

RASSEGNA  
AVVOCATURA  
DELLO STATO

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE DI SERVIZIO

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

DIRETTORE RESPONSABILE: *Giuseppe Fiengo* – Condirettori: *Giacomo Arena e Maurizio Borgo*.

COMITATO DI REDAZIONE: *Vittorio Cesaroni – Lorenzo D'Ascia – Roberto de Felice – Maurizio Fiorilli  
Massimo Giannuzzi - Maria Vittoria Lumetti – Antonio Palatiello – Massimo Santoro – Carlo Sica –  
Mario Antonio Scino*.

HANNO COLLABORATO INOLTRE AL PRESENTE FASCICOLO: *Pasquale Fava – Dimitris Liakopoulos –  
Alfonso Mezzotero – Arianna Scacchi – Marco Vita*.

SEGRETERIA DI REDAZIONE: *Francesca Pioppi*  
Telefono 066829431 – E-mail: [francesca.pioppi@avvocaturastato.it](mailto:francesca.pioppi@avvocaturastato.it)

GESTIONE DISTRIBUZIONE E ABBONAMENTI: *Antonella Quirini*  
Telefono 066829205 – E-mail: [antonella.quirini@avvocaturastato.it](mailto:antonella.quirini@avvocaturastato.it)

ABBONAMENTO ANNUO ..... € 40,00  
UN NUMERO ..... € 12,00

Per abbonamenti ed acquisti inviare copia della quietanza di versamento di bonifico bancario o postale a favore della Tesoreria dello Stato specificando: codice IBAN: IT 06U 01000 03245 350 0 10 2368 00, causale di versamento, [indirizzo ove effettuare la spedizione](#), codice fiscale del versante.

*I destinatari della rivista sono pregati di comunicare eventuali variazioni di indirizzo*

AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO  
RASSEGNA - Via dei Portoghesi, 12, 00186 Roma  
E-mail: [rassegna@avvocaturastato.it](mailto:rassegna@avvocaturastato.it) – Sito [www.avvocaturastato.it](http://www.avvocaturastato.it)

*Stampato in Italia - Printed in Italy*

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

Stabilimenti Tipografici Carlo Colombo S.p.A.  
Via Roberto Malatesta n. 296 - 00176 Roma

# INDICE – SOMMARIO

## TEMI ISTITUZIONALI

Antonio Palatiello (dossier), *Le Agenzie fiscali: natura e patrocinio*. . . . . pag. 1

## CONTENZIOSO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE

Dimitris Liakopoulos, Marco Vita, *Le competenze complementari dal Trattato costituzionale della Comunità europea al Trattato di Lisbona* . . . . » 65  
1.- *I giudizi in corso* . . . . . » 87

I PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO . . . . . » 233

## CONTRIBUTI DI DOTTRINA

Pasquale Fava, *Il giudizio di ottemperanza secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato e della Corte costituzionale*. . . . . » 257

Alfonso Mezzotero, *Pregiudiziale amministrativa, rito del silenzio e risarcimento del danno da omissione provvedimento: tiene la rete di contenimento del giudice amministrativo?* . . . . . » 292

Arianna Scacchi, *Per una lettura critica e costituzionalmente orientata della recente disciplina riguardante la revoca degli "atti amministrativi che incidono sui rapporti negoziali"* . . . . . » 341

INDICI SISTEMATICI ANNUALI . . . . . » 383



# TEMI ISTITUZIONALI

*Dossier*

## **Le Agenzie fiscali: natura e patrocinio**

*a cura di Antonio Palatiello*

*SOMMARIO: Introduzione. 1.- Le Agenzie fiscali; il problema all'esame del Comitato Consultivo. 2.- Le "Convenzioni". 3.- Gli orientamenti della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione; il problema del patrocinio. 4.- L'Agenzia del Demanio e la legittimazione processuale. 5.- L'ente-organo e il significato del patrocinio.*

### *Introduzione*

1. Il problema della natura giuridica delle Agenzie istituite dal D.Lgs. 30 luglio 1999, n. 300, si pose immediatamente all'attenzione dell'Avvocatura dello Stato, specie con riguardo alle Agenzie fiscali, che particolarmente risultavano costituire una notevole innovazione dell'apparato ordinamentale dello Stato (l'art. 9 del D.Lgs. 31 marzo 1988, n. 112, aveva già parlato di riordino delle strutture statali). Non poteva sfuggire, infatti, che l'istituzione di soggetti autonomi, successori in rapporti fondamentali per lo Stato, quali quello tributario o quelli legati alla funzione pubblica del patrimonio, o all'attività doganale o al territorio, imponeva la necessità di chiarire, insieme con i limiti della successione, la natura dei rapporti tra i vari centri di riferimento e lo Stato.

La risposta al quesito di fondo (se le Agenzie fiscali fossero o meno enti-organi dello Stato) apparve subito foriera di conseguenze molto importanti non solo sul piano istituzionale (ad esempio, nei rapporti con le Regioni: se l'Agenzia è organo dello Stato, è possibile immaginare il conflitto di attribuzioni davanti alla Corte Costituzionale) ma anche su quello operativo (si pensi al patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, necessario *ex art.* 1 T.U. n. 1611/1933 in favore delle Amministrazioni statali pur se ad ordinamento

autonomo, quali sono ad esempio gli enti-organo). Fu dunque elaborata una relazione, che viene di seguito pubblicata, per il Comitato Consultivo, che aveva lo scopo di richiamare l'attenzione sul problema nei suoi aspetti essenziali e sulle possibili soluzioni, nel tentativo di ricondurre a sistema un fenomeno altrimenti, almeno nella sua reale essenza, del tutto incomprensibile.

Si trattava infatti, di capire come mai fosse possibile, ad esempio, un'abdicazione della funzione tributaria in favore di ente in ipotesi estraneo all'apparato, quando perfino la sovranità popolare diretta trova limiti nella materia tributaria (art. 75 Cost.), o come si potesse configurare una rinuncia alla proprietà pubblica quando questa è strumento necessario per lo svolgimento dei compiti istituzionali (ed è prevista dall'art. 42 Cost.).

2. L'imperiosa urgenza della necessità del concreto svolgimento dei rapporti giuridici portò, nell'immediato, a valorizzare il dato costituito dall'art. 72 D.Lgs. n. 300/99, dove è disposto che "le agenzie fiscali possono avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, ai sensi dell'art. 43 del testo unico approvato con regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611, e successive modificazioni"; e dunque sembrò utile stipulare con le Agenzie apposite "convenzioni" per la disciplina dell'attività di patrocinio, di cui al citato art. 43. Tali convenzioni, che sul piano pratico, nel quotidiano dell'esperienza giuridica, hanno dato subito buoni risultati operativi, sono state rinnovate; e qui si pubblicano un paio di esempi di quelle vigenti (la Convenzione con l'Agenzia delle Entrate del 20 giugno 2007 e quella con l'Agenzia del Demanio, nel frattempo diventata ente pubblico economico, in data 21 giugno 2006).

Queste Convenzioni non sono l'esempio migliore di coerenza tecnica, perché se, come è evidente e come è espressamente dichiarato, esse sono volte a disciplinare il patrocinio di cui all'art. 43 T.U., cioè il patrocinio "organico ed esclusivo", non dovrebbero muovere dal presupposto che quel patrocinio possa essere diverso da quello disciplinato nel T.U., ovvero possa essere meramente facoltativo; per fortuna, di fatto, la premessa teorica (errata) è superata, nella realtà delle singole clausole convenzionali, da una disciplina che si limita al dettaglio della gestione meramente pratica del servizio reso dall'Avvocatura. Ma va riconosciuto alle Convenzioni il merito di aver permesso la gestione degli interessi comunque statali in modo non difforme da quello che è utile ai fini del perseguimento e della tutela di quegli interessi, senza che la discussione di fondamentali questioni *in apicibus* turbasse o rischiasse di inquinare l'ordinato svolgimento dell'attività. E così al Comitato Consultivo sembrò opportuno non dar corso, allora, alla discussione della "Relazione".

3. Ma i problemi rimossi non sono mai problemi risolti; essi covano sotto la cenere, e basta un refolo perché la fiamma torni viva. Così, nel caso delle Agenzie fiscali, si sono avute due occasioni importanti che hanno fatto di recente riemergere il problema in tutta la sua gravità: la prima occasione è stata il formarsi di un sostanziale contrasto di opinioni tra la Corte Costituzionale e le Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione, opportunamente e saggiamente minimizzato da tali supremi Organi, ma pur sempre evidenziato, con ricadute di carattere pratico di notevole peso. La seconda

occasione si è avuta a seguito di un contrasto di opinioni insorto tra il Ministero dell'economia e delle finanze e l'Agenzia del Demanio in ordine alla titolarità dei beni statali e quindi, in particolare, alla legittimazione processuale nelle controversie che coinvolgono la proprietà (per esempio, le azioni di rivendica, o di usucapione); anzi, la non identità di vedute che si è registrata addirittura all'interno dello stesso Ministero ha disvelato da un canto la delicatezza del tema e dall'altro l'ambiguità di un sistema normativo che, volendo riordinare le strutture statali, crea soggetti nuovi in posizione che, secondo una certa lettura, può addirittura essere competitiva o conflittuale con il soggetto Stato.

Di seguito si pubblicano gli stralci salienti delle sentenze della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione: come si vede, malgrado l'apprezzabile tentativo delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione di minimizzare la divergenza di opinioni, questa resta; e resta tutta, e forse si aggrava, proprio nel momento in cui si tenta di risolvere le contraddizioni spostandole su piani ordinamentali diversi o operando distinzioni piuttosto artificiose; così si è fatto per l'Agenzia delle Entrate, da una parte descritta come ente "collocato nell'ambito del sistema ordinamentale statale" e dunque, ad esempio, legittimato al conflitto di attribuzioni (Corte Costituzionale) e dall'altra parte considerata un soggetto "non titolare dell'obbligazione tributaria", ma incaricato di accertare e riscuotere i tributi il cui gettito "senza intermediazione alcuna rimane sempre dello Stato" (Corte di Cassazione): una doppia natura, costituzionale e ordinaria, che è piuttosto curiosa. Sorprende, peraltro, la conseguenza che la Corte di Cassazione trae dalla ritenuta estraneità dell'Agenzia rispetto allo Stato, nel senso che l'Ente "pur non disponendo *ex lege* del relativo patrocinio, ha la facoltà di richiedere di avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, con riferimento a singoli procedimenti" (Cass. 26 novembre 2007, n. 24547), potendo il direttore dell'Agenzia avvalersi "eventualmente" dell'Avvocatura (Cass. 8 febbraio 2008, n. 3058). Sono affermazioni non condivisibili, purtroppo elaborate sulla base dell'osservazione contenuta in Cass. S.U. 14 febbraio 2006, n. 3116, dove è detto che l'Agenzia "può semplicemente avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato ... (che) in assenza di una disposizione normativa... deve quindi avvenire in relazione al singolo procedimento, non rilevando l'eventuale conclusione tra Avvocatura e Agenzia di convenzioni di carattere generale per l'assunzione del patrocinio, come il protocollo d'intesa...". Ma l'art. 72 D.Lgs. n. 300/99, attraverso il testuale richiamo all'art. 43 del T.U. e successive modifiche, dice esattamente il contrario, e cioè dice che il patrocinio è "organico ed esclusivo" e dunque: *a*) non serve l'affidamento volta per volta del singolo incarico, *b*) è vietato l'affidamento del patrocinio a professionisti esterni, perché in violazione della regola legale dell'esclusività.

La disciplina dell'art. 43 citato, come novellato dalla legge n. 103/79, non è altro che la codificazione dell'insegnamento giurisprudenziale, remoto e costante, delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (ad es., Cass. S.U. 24 febbraio 1975, n. 700, in questa *Rassegna*, 1975, I, 696) che la sentenza del 2006, chissà perché, non considera.

4. La seconda occasione di rinnovato interesse per il problema della natura giuridica delle Agenzie fiscali si è avuta nella gestione delle cause aventi ad oggetto la proprietà degli immobili statali. Dal Ministero pervennero due opinioni: da un lato, totale dismissione di ogni tipo di legittimazione processuale dello Stato, dall'altro conservazione della legittimazione, pur con la responsabilità gestionale in capo alla sola Agenzia del Demanio; quest'ultima a sua volta sosteneva la propria estraneità alle vicende solo dominicali dei beni statali. Vi è stato un interessante dibattito cui è seguita la soluzione del Comitato Consultivo, con le disposizioni dettate dall'Avvocato Generale che vengono oggi pubblicate. Il dibattito ha evidenziato la contraddizione intima di un sistema che consideri i rapporti relativi ai beni statali in termini di alterità tra lo Stato e l'Agenzia del Demanio, la quale ha un senso in quanto gestore di quei beni, e non proprietario; ed è un gestore che in tale veste opera esclusivamente nello Stato e per lo Stato.

Ma anche in questa occasione si è, nell'imperiosa urgenza del quotidiano, preferito optare per soluzioni immediatamente operative, di nuovo rinviando una netta presa di posizione sui problemi di fondo.

5. La teoria dell'ente-organo, cioè la possibilità di considerare una persona giuridica quale organo di altro ente, è da tempo universalmente accettata. Anche l'Avvocatura dello Stato ben ne conosce i contenuti ed in più occasioni ne ha fatto applicazione.

Di seguito si pubblica uno dei tanti pareri in argomento, che richiama i dati consolidati circa gli indici di riconoscibilità dell'ente-organo. Se si leggono gli artt. da 57 a 71 del D.Lgs. n. 300/99, e successive modifiche, ci si accorge che i ricordati indici di riconoscibilità ci sono proprio tutti, a cominciare dalla pertinenza soltanto statale degli interessi affidati, fino alle modalità di provvista degli organi, al sistema dei controlli, alle direttive, alla vigilanza e così via.

Se l'ente Agenzia è organo dello Stato, esso rientra, ai fini del patrocinio, nell'art. 1, T.U. n. 1633/1933, quale amministrazione statale ad ordinamento autonomo. Come si spiega, allora, l'art. 72 D.Lgs. n. 300/99, che peraltro vide la luce senza una sia pur minima consultazione con l'Avvocato Generale dello Stato?

Esso si spiega con l'esigenza di contemperare due realtà: quella dell'ente comunque personificato e dunque comunque diverso dal soggetto Stato e quella dell'organo che come tale opera *nello* Stato. Non tutto quello che la persona giuridica fa o acquista è fatto o acquistato nell'esercizio dell'attività organica; può essere strumento più o meno diretto di quella attività, ma in essa non si identifica: acquistare gli strumenti di lavoro, o procurarsi la sede non è ancora gestire il *munus* organico. A questo settore di attività, diversa dalla gestione immediata e diretta dell'interesse statale affidato, si riferisce l'art. 72, quale norma (non di libertà ma) di vincolo imposto all'Ente in una coerenza necessaria con la attribuita natura di organo dello Stato per la gestione di interessi soltanto statali; si è voluto, cioè, che anche per le attività diverse dalla gestione del *munus* organico l'Agenzia fruisse del patrocinio *organico ed esclusivo* dell'Avvocatura dello Stato, dato il coinvolgimento,

sia pur solo indiretto e mediato, dell'interesse statale che ogni vicenda contenziosa – o comunque legale – finisce con il determinare e dunque stante la necessità di una visione unitaria e unificante dell'interesse pubblico che l'Avvocatura dello Stato è istituzionalmente chiamata a svolgere nella gestione legale dei singoli affari, attraverso l'esercizio del patrocinio.

*Avv. Antonio Palatiello*

## *1. LE AGENZIE FISCALI; IL PROBLEMA ALL'ESAME DEL COMITATO CONSULTIVO.*

### **Relazione per il Comitato Consultivo (settembre 2000).**

«1. Le undici agenzie istituite, in correlazione con il “riordino delle strutture” statali previsto dall'art. 9 (e da altri articoli) del D.Lgs. 31 marzo 1998 n. 112, dal D.Lgs. 30 luglio 1999 n. 300 sono da questo definite, all'art. 8 commi 1 e 2 e all'art. 2 comma 3, “*strutture che ...svolgono attività a carattere tecnico-operativo di interesse nazionale ... al servizio delle amministrazioni pubbliche...*”, in regime di “piena autonomia” e però con sottoposizione “ai poteri di indirizzo e di vigilanza di un Ministro” ed al controllo della Corte dei Conti, anche quando dotate di personalità giuridica (anche e non solo) “di diritto pubblico”. *Specularmente* l'art. 2 comma 2 recita “*i Ministeri svolgono...le funzioni di spettanza statale*” sia per mezzo della propria organizzazione sia “per mezzo delle agenzie”. Queste ultime sono dunque raffigurate, nel contesto di una distribuzione tra strutture modellate in modi differenziati di funzioni ed attività tutte ministeriali, come strutture alternative ai dipartimenti (ai quali sono attribuiti “compiti finali concernenti grandi aree di materie omogenee”) e in genere alle cosiddette “strutture di primo livello” di cui all'art. 3 del D.Lgs. n. 300 del 1999; e però esse pure (le agenzie) facenti parte dell'amministrazione dello Stato per quanto attiene sia alle funzioni sia all'organizzazione sia alla responsabilità politica ed al controllo parlamentare sia infine – e rileva non poco (si pensi anche al controllo della Corte dei Conti) – alla provenienza ed al fluire dei “finanziamenti da accordare” attraverso “apposita unità previsionale di base dello stato di previsione del Ministero competente” (art. 9 comma 4) e con assegnazione di personale e risorse.

Conferma di quanto precede si trae dalla sostanziale somiglianza del rapporto tra poteri di indirizzo politico-amministrativo degli “organi di Governo” (e segnatamente del Ministro) ed ambito delle funzioni attribuite ai dirigenti, siano questi preposti a dipartimento od a direzione generale od operanti in tali strutture, siano essi invece preposti ad agenzia od in essa operanti. In proposito significative appaiono le parole “secondo le disposizioni generali dettate dagli artt. 3 comma 1 e 14 del D.Lgs. n. 29 del 1993 e successive modificazioni” contenute nel cit. art. 8 comma 2 del D.Lgs. n. 300 del 1999. Tra le competenze riservate agli organi di governo merita segnalare l'adozione degli “atti di indirizzo interpretativo ed applicativo” ad integrazione e chiarimento degli “atti normativi” (sono tali anche i regolamenti), ossia le cosiddette circolari ministeriali, come noto di notevole importanza specie in materia tributaria. Ingiustificato il mancato esplicito richiamo dei commi 2 e 3 del predetto art. 3: è però indubbio che anche i dirigenti delle agenzie “sono responsabili in via esclusiva dell'attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati”.

Il principio “il Ministro non può revocare, riformare, riservare o avocare a sé, o altrimenti adottare provvedimenti o atti di competenza dei dirigenti ... salvo il potere di annullamento ministeriale per motivi di legittimità” (art. 14 comma 3 del D.Lgs. n. 29 del 1993,

come sostituito da ultimo dall'art. 9 del D.Lgs. 31 marzo 1998 n. 80), principio che in qualche misura realizza la cosiddetta "autonomizzazione delle burocrazie", vale per tutti i dirigenti statali, anche non operanti in agenzie.

Nel D.Lgs. n. 3000 del 1999 non si rinviene un esplicito richiamo anche dell'art. 21 (responsabilità dirigenziale) del D.Lgs. n. 29 del 1993 come sostituito dall'art. 14 del D.Lgs. n. 80 del 1998. Deve cionondimeno ritenersi che, anche per questo aspetto, non siano configurabili apprezzabili differenze tra dirigenti delle strutture ministeriali tradizionali e dirigenti, anche di vertice, delle agenzie.

Né paiono sensibili le differenze quanto ad adattabilità dell'organizzazione interna alle "esigenze di speditezza efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa" (art. 8 comma 4 lettera 1), posto che l'art. 5 comma 5 consente l'allocazione delle risorse umane finanziarie e strumentali all'interno dei dipartimenti "secondo principi di economicità efficacia ed efficienza" e che per l'art. 4 l'organizzazione anche delle direzioni generali può essere modificata mediante norme secondarie, ed anzi deve essere "revisionata" con cadenza almeno biennale.

Ovviamente ciò si rileva senza alcun intendimento di sminuire le differenze tra agenzie e moduli organizzativi tradizionali. Differenze che paiono concretarsi non tanto in modalità particolari di "provvista" (e, come si è detto, rimozione) dei dirigenti ed in diversità nel loro "status", quanto essenzialmente nel rilievo dato – per le agenzie – alla convenzione definente obiettivi attribuiti, risultati attesi, finanziamenti da accordare, etc., alla adozione di specifici statuti peraltro non autoprodotti, all'autonomia di bilancio nei limiti dell'anzidetta "apposita unità previsionale", ed alla previsione di un collegio dei revisori dei conti.

Questi peculiari connotati *non* valgono a configurare le agenzie come enti pubblici per così dire separati dallo Stato-apparato. Esse *non* sono riconducibili neppure alle figure (elaborate dalla dottrina più che codificate dal legislatore) dell'ente "strumentale" o "di servizi" (ossia dedicato alla prestazione di specifici servizi pubblici amministrativi): queste figure sono ipotizzabili solo quando l'interesse pubblico (od il gruppo di interessi pubblici) è curato dall'ente ausiliario, e "non è anche dell'ente ausiliato" (M.S. Giannini). Il D.Lgs. n. 300 del 1999 esclude – e non solo nel citato art. 2 comma 2 – una siffatta devoluzione ed il conseguente estraniarsi dello Stato dai compiti (non solo "esecutivi") assegnati alle agenzie. Compiti del resto intimi alla vita dello Stato (si pensi alle Agenzie fiscali) e più spesso attinenti all'esercizio di "funzioni" amministrative che alla prestazione di "servizi" alla collettività; per il che l'ipotesi di una dismissione da parte dello Stato sarebbe irrazionale e persino di dubbia coerenza con gli artt. 95 e 97 della Costituzione. È appena il caso di accennare che nell'ordinamento amministrativo statunitense la parola "agency", pur non esprimendo una nozione definita e costante, individua organizzazioni non assimilabili agli enti pubblici del nostro ordinamento; lo stesso deve del resto dirsi per le organizzazioni denominate "board" o "commission", che dalla "agency" si differenziano per il carattere collegiale dell'organo di vertice.

Le agenzie rimangono dunque strutture facenti parte dell'apparato ministeriale statale, anzi facenti parte – come recita il titolo del D.Lgs. n. 300 del 1999 – della "organizzazione del Governo". La responsabilità politica per i risultati e le modalità delle attività delle agenzie non si differenzia sostanzialmente da quella relativa alle attività delle altre strutture della amministrazione statale. E, d'altro canto, non pare che lo Stato possa sottrarsi alla ordinaria responsabilità civile conseguente dall'operato delle agenzie di che trattasi; neppure la attribuzione all'agenzia della personalità giuridica sembra escludere una responsabilità, seppur "in ultima istanza".

Quanto precede non è contraddetto dalla previsione di possibilità di avvalimento da parte di Regioni od enti locali secondo modalità da definire mediante convenzioni (cfr. ad esempio l'art. 57 comma 2). Una delle ragioni che hanno condotto a configurare agenzie può esser stata l'esigenza di prevenire la moltiplicazione di strutture dedite ad attività "tecniche" identiche o similari; però non è seriamente contestabile che il D.Lgs. n. 300 del 1999 configura le agenzie da esso previste come strutture unicamente dello Stato.

2.– Corollario e, al tempo stesso, conferma di quanto sin qui osservato è la impossibilità di portare dinanzi ad una autorità giurisdizionale eventuali conflitti tra una agenzia ed un Ministro od altra struttura ministeriale (ad esempio un Dipartimento). Contrasti e divergenze di opinione tra le strutture e gli organi dell'amministrazione statale sono certamente ipotizzabili, anzi possono essere persino considerati fisiologici; essi però non sono "giustiziabili" e – se insorti all'interno di un unico apparato ministeriale – non sono neppure classificabili come conflitti di amministrazione, il potere di risolverli spettando al Ministro preposto all'apparato.

In questo potere – di decisione dei conflitti e dei contrasti interni – si è ravvisato uno degli indici connotanti una sovraordinazione (altri indici di essa sono i poteri di dare indirizzi, emanare direttive generali, definire obiettivi priorità, piani e programmi, verificare la piena e corretta esecuzione delle indicazioni date, etc.) ed, al tempo stesso, non compatibili con l'attribuzione di piena "autarchia". Per contro, "i rapporti tra lo Stato e gli enti autarchici sono per essi rapporti esterni, nei quali la volontà di ciascun soggetto... può liberamente determinarsi nei limiti segnati dalla legge" (A. De Valles).

È indice connotante la sovraordinazione anche "il potere di annullamento ministeriale per motivi di legittimità" (cui si è accennato), che rimane distinto dal potere di annullamento governativo degli atti illegittimi dei soggetti dotati di "autarchia". Per quanto si è osservato l'agenzia – al pari di ogni altra struttura ministeriale – non può accedere per così dire "in proprio" alla giurisdizione contro l'annullamento ministeriale.

La "non-giustiziabilità" dei conflitti e dei contrasti (la parola conflitti sembra riferirsi specificamente ai dissensi sulle competenze) tra agenzia statale ed altra struttura ministeriale (o addirittura il Ministro) rileva anche quando si passa a trattare del coordinamento – necessario – tra D.Lgs. n. 300 del 1999 e regole sulla rappresentanza e difesa delle amministrazioni statali dinanzi alle giurisdizioni. Poiché – come si è visto – le agenzie fanno parte dello Stato-apparato, ad esse si applica, *naturaliter* e senza necessità di ulteriore esplicita e specifica disposizione, il titolo primo del testo unico approvato con il R.D. n. 1611 del 1933. E non sono configurabili situazioni di conflitto di interessi tra lo Stato e le sue agenzie, sia perché gli interessi pubblici da queste curati sono, per definizione, interessi generali dello Stato al pari di quelli affidati a dipartimenti od altre strutture ministeriali, sia perché – ripetesi – eventuali dissensi o contrasti non possono sfociare in controversie dinanzi alle giurisdizioni.

Del resto, giova rammentare che l'unità organizzativa elementare o "di base" non è né l'agenzia né la struttura ministeriale "di primo livello"; queste sono organizzazioni complesse, al cui interno solitamente opera una molteplicità di "uffici" (art. 17 comma 1 lettera *d*) del D.Lgs. n. 29 del 1993 come sostituito da ultimo dall'art. 12 del D.Lgs. n. 80 del 1998) dotati di competenza a porre in essere atti e comportamenti, ossia ad esprimere all'esterno la cosiddetta volontà dello Stato o le declaratorie (ad esempio, le certazioni) la cui produzione è affidata all'amministrazione. L'attribuzione di funzioni pubbliche solitamente avviene per uffici (ad esempio, gli uffici delle entrate) e non per figure organizzative complesse; l'agire delle amministrazioni è, nel concreto, l'agire degli uffici, più propriamente degli uffici abilitati ad operare come organi con conseguente formale imputazione degli effetti giuri-

dici di loro atti e comportamenti all'organizzazione complessa della quale fanno parte. La ipotesi di conflitti o contrasti tra organizzazioni complesse (ad esempio, tra una agenzia ed un dipartimento) frontalmente contrapposte può dunque risultare poco rappresentativa della effettiva dinamica delle strutture amministrative.

3. L'argomento della personalità giuridica, attribuita alle Agenzie fiscali ed alla Agenzia di protezione civile (non si ci occupa qui della ARAN), è rimasto sinora nell'ombra, e non a caso. Invero "la persona giuridica non è figura organizzativa primaria nel diritto pubblico, essendo rilevante come figura soggettiva piuttosto la sua eterogenea struttura sottostante, che consente l'azione, e non la qualificazione ultronea data dall'attribuzione di personalità giuridica, intesa in modo esclusivo a consentire un tipo specifico di imputazione di atti e fattispecie, quelle patrimoniali" (S. Valentini).

L'attribuzione della personalità giuridica ad un ufficio-organo o ad una struttura complessa (quale una agenzia) nel suo insieme includente più uffici-organo non pare aggiunga qualcosa di significativo alla attitudine a produrre effetti giuridici mediante l'esercizio di funzioni pubbliche amministrative. Ed infatti delle autorità indipendenti operanti in Italia, una sola – la CONSOB – è dotata di personalità; il che "induce ad ulteriore svalutazione della questione della personalità giuridica nell'ambito della organizzazione pubblica" (V. Cerulli Irelli).

Le cinque agenzie con riconoscimento di personalità giuridica sono – se si prescinde dalla norma di raccordo contenuta nell'art. 10 verosimilmente aggiunto al titolo secondo del D.Lgs. n. 300 del 1999 – stranamente collocate nel titolo quinto (di detto D.Lgs.) intitolato "disposizioni finali e transitorie", in origine forse destinato ad accogliere solo le norme poi poste negli artt. 55 e 89. Ciò lascia trasparire una certa estraneità delle disposizioni aggiunte nel titolo quinto rispetto all'originario impianto generale del provvedimento legislativo, e la provenienza degli articolati trasfusi in dette disposizioni da fucine settoriali, forse desiderose di trarre qualche beneficio dal riconoscimento di una loro specificità. Sennonché, la dianzi rilevata non significatività, rispetto all'esercizio di funzioni amministrative e in genere allo svolgimento di attività di diritto pubblico, del riconoscimento di una personalità giuridica per così dire aggiuntiva a quella dello Stato fa emergere con tutta evidenza che, per almeno quattro delle cinque agenzie in questione, detto riconoscimento rimane marginale e non necessario, ed anzi potrebbe originare inutili complicazioni. Così, ad esempio, non si riesce a ravvisare alcun significato sostanziale nell'imputare all'agenzia delle entrate anziché allo Stato gli avvisi di rettifica delle dichiarazioni tributarie; ed anche eventuali rapporti di avvalimento con Regioni ed enti locali potrebbero essere istituiti e gestiti senza necessità del riconoscimento di personalità giuridica e secondo modalità già sperimentate da più uffici dello Stato. Del resto, in un giudizio costituzionale per conflitto di attribuzione la personalità delle cinque agenzie svanirebbe, ed esse sarebbero considerate unicamente organi dello Stato.

Solo per l'agenzia del demanio il riconoscimento della personalità giuridica può risultare di qualche significato: per la "amministrazione dei beni immobili dello Stato" la redazione annualmente di un bilancio consuntivo recante, oltre ad un conto economico, anche una situazione patrimoniale può essere utile. Peraltro, la genericità della espressione "beni immobili dello Stato" non pare sufficiente a sminuire le profonde differenze nelle condizioni giuridiche delle varie categorie di beni, e potrà far emergere contrasti tra agenzia del demanio ed amministrazioni statali che di singoli beni immobili hanno cura e responsabilità o semplicemente fanno uso.

Per prevenire equivoci, appare opportuno considerare altresì che il riconoscimento della personalità giuridica non è necessario neppure per l'individuazione dei "centri di

spesa” pubblica a finalità di valutazione e controllo. Non solo le agenzie non dotate di personalità ma anche le altre strutture statali possono essere – e sono – poste sotto osservazione da questo particolare angolo visuale.

Una volta evidenziato il marginale rilievo del riconoscimento della personalità giuridica per le cinque agenzie di che trattasi – rilievo che risulta per quattro di esse essenzialmente solo “logistico” (ossia, come si dirà, relativo alle risorse umane e materiali strumentali all’esercizio delle attività) – appare palese come quanto osservato nei primi due paragrafi di questo parere valga in linea di principio per esse pure: in sintesi, esse fanno parte dell’amministrazione dello Stato, con le descritte conseguenze. Tra l’altro, questa conclusione è necessitata se solo si consideri che altrimenti risulterebbe arduo configurare e regolare in modo soddisfacente i rapporti di collaborazione con organismi statali quali la Guardia di Finanza, e il Corpo dei Vigili del Fuoco e molte delle altre “strutture operative nazionali di cui all’art. 11 della legge 24 febbraio 1992 n. 225”.

Quanto sin qui osservato riconduce ciascuna agenzia dotata di personalità, riguardata (l’agenzia) nella globalità della sua struttura, alla figura organizzatoria (la cui validità concettuale è unanimemente condivisa) dell’“organo (dello Stato) – persona giuridica”. Di tale ben nota figura organizzatoria è appena il caso di rammentare i connotati, quanto a capacità giuridica ed a dinamiche di imputazione giuridica di atti e comportamenti, richiamando le conclusioni cui autorevole dottrina è pervenuta.

“L’organo-persona giuridica si istituisce sempre e solo quando ricorrono particolari ragioni, di solito di carattere patrimoniale, cioè per dare all’organo una maggior libertà negoziale, e attribuirgli la qualità di parte contraente, con possibilità di percepire proventi diretti in corrispettivo delle prestazioni che eroghi (sono tali ISTAT e il CNR, in quanto possono essere richiesti di prestazioni a pagamento anche da parte di soggetti non pubblici). Gli organi persone giuridiche presentano, così, due facce: in quanto sono organi, si inseriscono in un quadro di rapporti interorganici, per cui sottostanno, a seconda dei casi, a poteri gerarchici, e di direttiva, a controlli generali (per esempio della Corte dei conti) o speciali, e così via. In quanto persone giuridiche hanno propri rapporti patrimoniali, propria contabilità, propria organizzazione. Di solito hanno anche proprio personale (distinto per stato giuridico, reclutamento, ecc., dal personale dell’ente di cui sono organi), e propri beni (beni che, quanto all’appartenenza, possono non essere dell’ente di cui sono organi)” (M.S. Giannini).

Pertanto, il ricondurre ciascuna delle cinque agenzie di che trattasi – ripetesi considerata nella globalità della sua struttura – alla figura dell’organo-persona giuridica non esaurisce affatto l’argomento che ne occupa. L’istituzione di agenzie dotate di personalità di certo *non* determina un declassamento degli uffici per così dire operativi (ad esempio, degli uffici delle entrate), per sottrazione ad essi della qualità di uffici-organo a rilevanza esterna. In proposito va segnalato l’art. 17 comma 2 ove si riconosce “autonomia tecnica” e persino (enfaticamente) “indipendenza”, peraltro impropriamente riferendole non agli uffici ma “al personale” degli uffici. Rimane quindi da esaminare se per gli atti da detti uffici prodotti e per i relativi effetti debba configurarsi una duplice imputazione giuridica, all’agenzia organo-persona giuridica dello Stato ed inoltre allo Stato (od altro ente territoriale servito dall’agenzia stessa), o se invece si abbia una sola imputazione giuridica senza alcun transito attraverso la persona-agenzia.

È di tutta evidenza l’esattezza di questa seconda ricostruzione: gli uffici testè denominati operativi, ancorché gestiti quanto a provvista ed organizzazione delle risorse umane e materiali dall’agenzia, producono atti i cui effetti giuridici sono direttamente imputati allo Stato (od al diverso ente territoriale servito). Del resto, nell’elencare le entrate delle agenzie

fiscali l'art. 70 comma 1 univocamente esclude che il gettito dei tributi rientranti nella competenza amministrativa degli uffici ricompresi nell'agenzia possa essere rappresentato come "risorsa propria" di questa.

Ne discende che l'espressione "la titolarità dei rapporti giuridici e delle obbligazioni di pertinenza dei citati dipartimenti è trasferita alle agenzie fiscali", leggibile nel D.M. (Finanze) 28 dicembre 2000 (in *Gazz. Uff.* n. 9 del 12 gennaio 2001) è enfatica, per non dire erronea: premesso che le parole "di pertinenza dei citati dipartimenti" esprimono solo ambiti di competenza amministrativa e che la parola "titolarità" è oltremodo vaga, appare indubbio che i crediti e le obbligazioni (ad esempio, per rimborsi IVA) dello Stato *non* sono stati trasferiti alle agenzie.

A questo punto il riconoscimento della personalità giuridica alle cinque agenzie assume un significato abbastanza preciso. Tale riconoscimento (salvo quanto osservato per l'agenzia del demanio) comporta imputazione giuridica all'agenzia soltanto delle attività di provvista ed organizzazione delle risorse umane e materiali *strumentali* alla "vita" ed all'operare dell'agenzia stessa; e per queste attività l'agenzia è organo (dello Stato) – persona giuridica. In sostanza, sono distinguibili tre ambiti: quello delle "funzioni" amministrative esercitate dagli uffici-organi frequentemente ma non necessariamente "periferici", con imputazione direttamente allo Stato (od altro ente territoriale eventualmente servito) degli atti e dei conseguenti effetti giuridici; quello (per certi versi residuale) delle "funzioni" amministrative (ad esempio, l'adozione di regolamenti e di atti di carattere generale "che regolano il funzionamento della agenzia") esercitate dalla agenzia come organo unitariamente inteso dello Stato e senza utilizzazione della personalità giuridica; e quello delle attività svolte dalla agenzia come organo-persona giuridica, con duplice imputazione degli atti e dei conseguenti effetti giuridici. Queste ultime emergono allorché l'agenzia – "competente in particolare a svolgere i servizi relativi a" (così recitano l'art. 62 comma 2, l'art. 63 comma 1 e l'art. 64 comma 1) – opera come struttura "di servizio" per l'esercizio di funzioni pubbliche amministrative che, come si è detto, - se statali – tali rimangono.

Prima di concludere un cenno occorre dedicare all'art. 72 ed all'art. 79 comma 6 del D.Lgs. n. 300 del 1999. Al riconoscimento della personalità giuridica queste disposizioni, inserite senza previamente acquisire l'opinione dell'Avvocato generale dello Stato, hanno ritenuto di collegare la modalità di patrocinio prevista dall'art. 43 del testo unico in esse menzionato (ovviamente come integrato dall'art. 11 della legge n. 103 del 1979), alla quale pure si applicano disposizioni del titolo primo del medesimo testo unico quale l'art. 1 comma 2 (Cass., S.U., 21 luglio 1999 n. 484, Cons. Stato, IV, 28 dicembre 2000 n. 6997 e numerose altre). Pervero, un siffatto collegamento non era e non è necessitato, tenuto conto dell'appartenenza di tutte le undici agenzie considerate all'organizzazione dello Stato e dell'essere organi dello Stato anche le agenzie dotate di personalità giuridica.

Comunque, i citati artt. 72 e 79 comma 6 concernono il patrocinio rispettivamente delle agenzie fiscali e dell'agenzia di protezione civile per le liti nelle quali esse specificamente – in quanto struttura globalmente considerata – sono parti, non anche il patrocinio degli uffici-organi (ed autonomamente organi) che da esse sono gestiti. Il patrocinio di questi ultimi continua ad essere disciplinato dal titolo primo del testo unico approvato con R.D. n. 1611 del 1933, anche per quanto attiene alle disposizioni processuali (in tema di foro, di notificazioni, etc.) contenute in esse e nel codice di procedura civile. Inoltre per quanto riguarda il contenzioso dinanzi alle Commissioni tributarie, continuano ad applicarsi le disposizioni recate dal D.Lgs. 31 dicembre 1992 n. 546 e dall'art. 37 comma 4 del D.Lgs. 31 dicembre 1992 n. 545; a proposito di queste giova rilevare che la Direzione centrale per gli affari giu-

ridici e per il contenzioso tributario del Dipartimento delle entrate è rimasta struttura non confluita nella omonima agenzia (malgrado anche i “servizi relativi al contenzioso” siano menzionati negli artt. 62 e 63).

È appena il caso di aggiungere che l’interpretazione qui data ai citati artt. 72 e 79 comma 6, oltre ad essere sorretta dalle esposte considerazioni sistematiche, risulta opportuna perché previene incertezze ed inutili complicazioni.

4. Le disposizioni poste dal D.Lgs. n. 300 del 1999 sono troppo recenti – e tuttora solo parzialmente attuate nel concreto – perché un interprete istituzionale possa esimersi dal formulare cauta riserva di ulteriori riflessioni e di approfondimenti. D’altro canto, neppure può escludersi che il legislatore provveda ad integrare o correggere il disegno tracciato. In particolare, norme o prassi o insegnamenti giurisprudenziali è prevedibile definiscano in modo gradualmente sempre più penetrante sia le linee di confine tra competenze rispettivamente degli organi di governo e dei dirigenti apicali, tra i quali vanno annoverati anche i direttori generali delle agenzie (in pratica assimilati a capi di dipartimento dall’art. 5 comma 2), sia le modalità di cooperazione tra detti organi e dirigenti (ad esempio, ancorché solo l’art. 81 comma 3 preveda, per l’Agenzia di protezione civile, che il Ministero si possa avvalere dell’agenzia “per la predisposizione di provvedimenti normativi”, appare inevitabile che un siffatto avvalimento si abbia anche per tutte le altre agenzie), sia – ancora – la consistenza e le modalità della “vigilanza” del Ministero competente per la singola agenzia: malgrado l’identità della parola utilizzata la nozione di “vigilanza” formatasi nei riguardi degli enti pubblici non è trasponibile alle agenzie, posto che, come accennato, queste intrattengono rapporti interorganici all’interno dello Stato e non rapporti intersoggettivi con esso».

## 2. LE “CONVENZIONI”

A) CON L’AGENZIA DELLE ENTRATE; B) CON L’AGENZIA DEL DEMANIO.

### a) Protocollo d’intesa tra Avvocatura dello Stato ed Agenzia delle Entrate

«Considerato che, ai sensi dell’art. 72 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300, l’Agenzia delle Entrate può avvalersi del patrocinio dell’Avvocatura dello Stato ai sensi dell’art. 43 del testo unico approvato con regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611 e successive modificazioni e che, in base a tale ultima disposizione, l’Avvocatura dello Stato è autorizzata ad assumere la rappresentanza e la difesa dell’Agenzia delle Entrate, salve le ipotesi di conflitto ed i casi speciali ivi previsti;

Vista la delibera n. 388 del 30 maggio 2007 – allegato *sub A*) al presente atto – con la quale il Comitato di gestione dell’Agenzia delle Entrate ha ritenuto, ai sensi del citato art. 43 del R.D. n. 1611 del 1933, di avvalersi del patrocinio dell’Avvocatura dello Stato;

Ritenuta l’opportunità di disciplinare, sulla base della obiettiva distinzione dei ruoli e delle competenze e del riconoscimento delle rispettive responsabilità, le modalità di cooperazione tra l’Agenzia delle Entrate (di seguito denominata anche solo Agenzia) e l’Avvocatura dello Stato (di seguito denominata anche solo Avvocatura), al fine di assicurare nel modo migliore la piena tutela degli interessi pubblici coinvolti, prevedendo anche forme snelle e semplificate di relazioni, tali da rafforzare l’efficienza e l’efficacia dell’azione amministrativa e l’ottimale funzionalità delle strutture;

Ravvisata, in particolare, l’opportunità di prevedere modalità operative volte a garantire un efficiente ed incisivo apporto consultivo dell’Avvocatura, nonché lo svolgimento del

patrocinio dell'Agazia affidato alla stessa Avvocatura nei giudizi attivi promossi o proseguiti in gradi ulteriori dall'Agazia e nei giudizi passivi instaurati o coltivati da terzi nei confronti della medesima;

Tra il Direttore dell'Agazia delle Entrate, Dott. Massimo Romano e l'Avvocato Generale dello Stato, Avv. Oscar Fiumara si conviene quanto segue.

#### *Attività consultiva*

1. Allo scopo di razionalizzare gli interventi, l'Agazia, tramite le competenti Direzioni centrali, provvede a coordinare la proposizione di quesiti e richieste di pareri che involgono questioni interpretative di carattere generale o di particolare rilevanza, evitando, salvo casi di assoluta urgenza, l'inoltro di specifiche richieste tramite proprie strutture periferiche.

2. Considerato che l'efficacia dell'attività consultiva è direttamente correlata alla tempestiva acquisizione dei richiesti pareri, l'Avvocatura provvede a corrispondere con tempestività alle relative richieste, comunque nei termini imposti dai procedimenti amministrativi ovvero in quelli prospettati dall'Agazia richiedente, segnalando tempestivamente i casi eccezionali in cui ciò non sia possibile.

3. L'Agazia informa l'Avvocatura dei principali orientamenti dalla stessa assunti, in particolare in ordine all'interpretazione di normativa di prima applicazione, al fine di acquisire eventuali suggerimenti e/o pareri, particolarmente nella prospettiva dei riflessi sulla gestione del relativo contenzioso, potenziale o in atto.

#### *Assistenza e rappresentanza in giudizio*

4. L'Agazia, attraverso le proprie strutture centrali o territoriali, provvede ad investire l'Avvocatura delle richieste di patrocinio con il più ampio margine rispetto alle scadenze, fornendo una completa e documentata relazione in fatto e in diritto, quale necessario supporto per l'efficace tutela delle ragioni dell'Agazia. In sede di richiesta verrà precisato il nominativo del funzionario responsabile del procedimento, con le modalità per la sua immediata reperibilità (telefono, fax, *e-mail*); analogamente l'Avvocatura provvederà a segnalare alla struttura richiedente dell'Agazia il nominativo dell'Avvocato incaricato dell'affare e le medesime modalità di immediata reperibilità (telefono, fax, *e-mail*). Ogni eventuale modifica dei predetti recapiti sarà tempestivamente comunicata.

Al fine di assicurare nel modo più sollecito ed efficace lo svolgimento delle rispettive attività istituzionali, è assicurato all'Avvocatura l'accesso alla documentazione tributaria (normativa, prassi e giurisprudenza) disponibile in banca dati, nonché l'accesso ai dati relativi ai fascicoli di causa delle controversie pendenti presso le Commissioni tributarie.

5. Ove l'Avvocatura ritenga di non convenire, per singole controversie, sulle richieste avanzate dall'Agazia, provvede, se del caso previa acquisizione di elementi istruttori, a darne tempestiva e motivata comunicazione alla struttura richiedente, al fine di pervenire ad una definitiva determinazione. Le divergenze che insorgono tra il competente Ufficio dell'Avvocatura e l'Agazia, circa l'instaurazione di un giudizio o la resistenza nel medesimo, sono risolte dal Direttore dell'Agazia, ai sensi dell'art. 12, secondo comma, della legge 3 aprile 1979, n. 103.

6. Qualora gli atti introduttivi del giudizio, o di un grado di giudizio, vengano notificati all'Agazia presso una sede dell'Avvocatura, non ancora investita della difesa, sono dalla stessa inviati alla competente struttura dell'Agazia entro cinque giorni dal ricevimento, ed immediatamente per i ricorsi in via d'urgenza, utilizzando gli strumenti in concreto più rapidi. Per le controversie attinenti a rapporti di lavoro avanti al Giudice ordinario, ai sensi del primo comma dell'art. 417-*bis* c.p.c., l'Agazia sta in giudizio avvalendosi direttamente di

propri dipendenti, salvi i casi in cui – venendo in rilievo questioni di massima o aventi notevoli riflessi economici – sia richiesta l'assunzione della difesa da parte dell'Avvocatura.

7. L'Avvocatura provvede a tenere informata la competente struttura dell'Agenzia dei significativi sviluppi delle controversie dalla stessa curate, anche con l'invio degli atti difensivi propri e delle controparti, di iniziativa o a seguito di richiesta della stessa struttura, dando comunque pronta comunicazione dell'esito del giudizio con la trasmissione di copia della decisione, in particolare se notificata. Ove si tratti di pronuncia sfavorevole per l'Agenzia suscettibile di gravame, l'Avvocatura rende tempestivamente il proprio parere in ordine all'impugnabilità della decisione stessa. Le pronunce che investano questioni di carattere generale sono dall'Avvocatura segnalate alla Direzione centrale normativa e contenzioso dell'Agenzia o alla diversa Direzione centrale eventualmente interessata.

8. Le sentenze pronunciate in grado di appello relativamente a controversie di lavoro, notificate presso l'Avvocatura distrettuale dello Stato, sono da quest'ultima trasmesse contemporaneamente, oltre che all'Avvocatura generale dello Stato, all'Ufficio dell'Agenzia parte del giudizio di appello, unitamente agli atti essenziali di cui l'Ufficio stesso non sia in possesso.

9. A richiesta del Direttore dell'Agenzia, l'Avvocatura può assumere, ai sensi dell'art. 44 del R.D. n. 1611 del 1933, la rappresentanza e la difesa di dipendenti dell'Agenzia nei giudizi civili e penali che li interessano per fatti e cause di servizio.

10. Avanti le Commissioni tributarie regionali, anche a seguito di rinvio della Corte di Cassazione, l'Avvocatura presta, d'intesa con la competente Direzione regionale, alle strutture dell'Agenzia l'assistenza nelle controversie particolarmente rilevanti in considerazione dell'ammontare della pretesa fiscale e/o del principio di diritto in discussione. Le concrete modalità di attuazione di tale assistenza sono concordate tra il competente Direttore Regionale e l'Avvocato Generale per i giudizi avanti la Commissione tributaria regionale di Roma ed i competenti Avvocati Distrettuali dello Stato per i giudizi avanti le altre sedi.

11. L'Avvocatura provvede al diretto recupero nei confronti delle controparti delle competenze e degli onorari di giudizio, posti a loro carico per effetto di sentenza, ordinanza, rinuncia o transazione. In caso di giudizio conclusosi con esito favorevole per l'Agenzia ma con disposta compensazione, totale o parziale, delle competenze e degli onorari del giudizio, così come in caso di transazione dopo sentenza favorevole, trova applicazione il disposto dell'art. 21, commi terzo, quarto e quinto, del R.D. n. 1611 del 1933, avendo riguardo alla complessità e all'impegno processuale della controversia, sulla base delle tariffe professionali applicabili.

12. Per le cause che si svolgono davanti ad Autorità Giudiziarie aventi sede diversa da quella della competente Avvocatura, ai sensi dell'art. 2 del R.D. n. 1611 del 1933, quest'ultima, ove non debba partecipare direttamente, si avvale, per la rappresentanza in giudizio, salvo diversa intesa con l'Agenzia, di funzionari dell'Agenzia stessa. In tal caso, l'Avvocatura trasmette l'atto di delega all'Ufficio dell'Agenzia che ha redatto la relazione difensiva, salvo che in quest'ultima siano fornite diverse indicazioni.

*Attività concernente la proposizione dei ricorsi per cassazione nei giudizi tributari e di lavoro*

13. Nelle more della realizzazione di specifiche modalità di trasmissione telematica degli atti processuali, le richieste di proposizione di ricorso per cassazione in materia tributaria vengono trasmesse all'Avvocatura generale dalla Direzione regionale e non direttamente dall'Ufficio locale, salvi i casi di particolare e motivata urgenza, in cui l'Ufficio locale ne dà

comunque tempestiva notizia alla Direzione regionale, acquisendone l'assenso, anche per posta elettronica, in relazione a ciascuna richiesta. Le Direzioni regionali, o gli Uffici nei predetti casi eccezionali, trasmettono le richieste di proposizione di ricorso per cassazione, in modo da assicurare la ricezione da parte dell'Avvocatura entro il termine massimo di:

- a) trenta giorni dalla notifica della sentenza;
- b) dieci mesi dalla data di deposito della sentenza non notificata.

In via del tutto eccezionale, in presenza di documentate e rilevanti difficoltà che non consentano l'osservanza degli indicati termini, le richieste di ricorso per cassazione vengono trasmesse in modo da assicurare la ricezione da parte dell'Avvocatura entro il termine massimo di:

- a) venti giorni prima della scadenza del termine breve di impugnazione;
- b) quarantacinque giorni prima della scadenza del termine lungo di impugnazione.

14. Nella prospettiva di accelerare l'esame preliminare delle proposte di ricorso e fermo quanto previsto al precedente punto 13, le richieste di proposizione di ricorso per cassazione devono essere anticipate all'Avvocatura generale dello Stato all'indirizzo di posta elettronica dedicato. Nell'oggetto del messaggio di posta elettronica vanno indicati i seguenti dati:

- cognome e nome o denominazione della controparte;
- estremi della sentenza;
- data di scadenza del termine per la proposizione del ricorso.

Nel testo del predetto messaggio vanno riportati i recapiti (telefono, fax ed *e-mail*) del funzionario responsabile presso la Direzione regionale e di quello responsabile presso l'Ufficio locale, ai quali rivolgersi in caso di richiesta di ulteriori informazioni da parte dell'Organo legale.

Al messaggio di posta elettronica vanno allegati:

- la richiesta di proposizione del ricorso per cassazione;
- la proposta trasmessa dall'Ufficio locale;
- la copia scannerizzata della sentenza da impugnare;
- ogni altro documento ritenuto indispensabile alla migliore comprensione della controversia, per il quale si ponga la necessità di una sua anticipata trasmissione all'Avvocatura generale.

La trasmissione della richiesta di ricorso in formato cartaceo – integrata di tutta la necessaria documentazione, ivi comprese la copia degli scritti difensivi dell'Ufficio e della controparte e dei documenti prodotti in giudizio – è effettuata, fermo restando il rispetto dei termini di cui al punto 13, subito dopo l'anticipazione per posta elettronica, avendo cura di riportare sulla richiesta la seguente dicitura "*Richiesta già anticipata per posta elettronica il giorno...*" e di allegare la stampa del messaggio di invio per posta elettronica.

15. L'Avvocatura, nei casi in cui ritenga di non condividere la richiesta di ricorso per cassazione, dà tempestiva comunicazione del proprio motivato parere negativo alla competente Direzione regionale, in caso di urgenza secondo modalità rapide (posta elettronica o *fax*) e, se del caso, dandone anticipazione telefonica ai recapiti indicati nella richiesta di ricorso. In ogni caso, tale parere è inviato alle strutture dell'Agenzia, salvo obiettive circostanze impedienti, almeno dieci giorni prima della scadenza del termine breve dell'impugnazione ovvero almeno venti giorni prima della scadenza del termine lungo di impugnazione.

16. La Direzione regionale, qualora non condivida il parere negativo dell'Avvocatura, formula alla stessa, entro due giorni utili dalla ricezione di detto parere, le proprie osserva-

zioni e le invia, unitamente alla completa documentazione relativa alla richiesta di ricorso, anche alla Direzione centrale normativa e contenzioso, tramite posta elettronica o *fax*.

17. Qualora l'Avvocatura non condivida la reiterata richiesta di proposizione del ricorso di cui al punto 16, comunica con la necessaria urgenza il proprio definitivo parere direttamente alla Direzione centrale normativa e contenzioso e alla Direzione regionale competente, mediante posta elettronica o *fax*. Nel caso in cui la Direzione centrale normativa e contenzioso non condivida il parere dell'Avvocatura, per la risoluzione della divergenza, si applica il secondo periodo del punto 5.

18. In mancanza di conferma espressa del parere negativo dell'Avvocatura, quest'ultima provvederà, in modo da evitare decadenze, alla proposizione di ricorso per cassazione, in attesa dell'eventuale soluzione della divergenza insorta.

19. Per la notifica del ricorso per cassazione, l'Avvocatura può avvalersi della collaborazione degli Uffici dell'Agenzia. In tal caso, se la notifica deve essere eseguita nei capoluoghi di regione, l'Avvocatura trasmette il ricorso alla Direzione regionale competente, mentre, se la notifica deve essere eseguita fuori dei capoluoghi di regione, l'Avvocatura effettua l'invio all'Ufficio locale del luogo di esecuzione della notifica, sempre che nella città ove ha sede il detto Ufficio locale sia presente l'Ufficio notificazioni esecuzioni e protesti.

20. Ai fini della notifica, l'Avvocatura fa pervenire il ricorso entro tre giorni lavorativi liberi prima della scadenza del termine di impugnazione; si considera non lavorativo anche il sabato.

21. L'Ufficio invia tramite posta celere il ricorso all'Avvocatura subito dopo la notifica.

22. Nei casi in cui provvede a notificare il ricorso senza avvalersi degli uffici dell'Agenzia, l'Avvocatura dà tempestiva informazione alla Direzione regionale della avvenuta proposizione del ricorso.

23. L'Avvocatura si può avvalere della collaborazione degli uffici dell'Agenzia anche per la richiesta di trasmissione del fascicolo d'ufficio, ai sensi dell'art. 369, terzo comma, c.p.c.. In tal caso, l'Avvocatura invia la predetta richiesta alla Direzione regionale competente ovvero, se la sentenza impugnata è stata emessa da una sezione staccata della Commissione tributaria regionale, all'Ufficio del luogo in cui ha sede la stessa sezione staccata.

24. La richiesta di cui al punto 23, dopo gli adempimenti di rito, è immediatamente restituita, tramite posta celere, all'Avvocatura.

25. Le modalità di cooperazione tra Agenzia e Avvocatura in materia di ricorsi per cassazione di cui al punto 13 ed ai punti da 15 a 24 si applicano, in quanto compatibili, anche alla restante attività di assistenza e rappresentanza in giudizio. In particolare, le modalità di cooperazione di cui ai punti 15, 16 e 18 si applicano anche alle controversie di lavoro.

26. L'Agenzia provvederà a costituire presso l'Avvocatura un congruo fondo, a titolo di anticipazione e salvo rendiconto annuale, per le spese vive da sostenere nei giudizi dei quali è parte. Le modalità per la costituzione del fondo e per la sua gestione contabile saranno successivamente concordate tra l'Avvocatura e la Direzione centrale amministrazione dell'Agenzia.

#### *Incontri periodici*

27. Tra l'Avvocatura e l'Agenzia è fissato un calendario di incontri periodici, di regola a cadenza trimestrale, a livello regionale e centrale, per l'esame dell'evoluzione del contenzioso concernente le più significative e rilevanti problematiche in discussione (in particolare, in ordine all'applicazione delle norme tributarie e alle controversie di lavoro), al fine

di definire congiuntamente e uniformemente le linee di condotta delle controversie in corso e l'interesse alla prosecuzione delle stesse.

Negli incontri a livello centrale sono esaminate congiuntamente anche le tematiche di particolare rilevanza generale che possono avere un impatto sulla conduzione e sulla soluzione del contenzioso potenziale o in atto.

Per ciascuna sede l'Avvocatura indica un proprio avvocato con funzioni di referente.

#### *Disposizione finale*

28. L'Avvocatura e l'Agenzia si impegnano a segnalare reciprocamente tutte le difficoltà operative eventualmente insorte nella gestione dei rapporti oggetto del presente protocollo, allo scopo di provvedere, nello spirito della più piena collaborazione, al superamento delle stesse ed eventualmente alla modifica delle modalità di cooperazione.

Roma, 20 giugno 2007 – Dott. Massimo Romano – Avv. Oscar Fiumara».

### **Agenzia delle Entrate – Comitato di Gestione – Delibera n. 388 – Rinnovo Protocollo d'intesa con l'Avvocatura dello Stato.**

«Il Comitato di Gestione

nella riunione odierna, con la partecipazione del Direttore dell'Agenzia, dott. Massimo Romano, che lo presiede, e dei componenti del Comitato dott. Vincenzo Busa, prof.ssa Silvia Giannini, prof.ssa Maria Cecilia Guerra, dott. Francesco Miceli, dott. Villiam Rossi e cons. Italo Volpe;

visto l'ad. 7, comma 1, dello Statuto dell'Agenzia, secondo il quale il Comitato di gestione delibera, su proposta del Direttore, sugli atti generali che regolano il funzionamento dell'Agenzia;

considerato che l'art. 72 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300 prevede che le agenzie fiscali possono avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, ai sensi dell'art. 43 del Testo unico approvato con regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611;

esaminato lo schema di protocollo d'intesa con il quale si definiscono le modalità operative volte a garantire l'apporto consultivo dell'Organo legale e lo svolgimento del patrocinio nei giudizi instaurati dall'Agenzia e da terzi nei confronti della medesima;

ritenuta l'opportunità di avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura in considerazione del suo ruolo istituzionale, della specifica professionalità e della positiva valutazione del sistema di relazioni convenuto con l'Organo legale;

su proposta del Direttore delibera di esprimere parere favorevole alla sottoscrizione del Protocollo d'intesa con l'Avvocatura Generale dello Stato per il triennio 1° marzo 2007 – 28 febbraio 2010.

La presente delibera sarà pubblicata nel sito *intranet* dell'Agenzia delle Entrate.

Roma, 30 maggio 2007 – Il Presidente Dott. Massimo Romano – Il Segretario Dott. Antonino Italiano».

### **b) Protocollo d'intesa tra l'Avvocatura dello Stato e l'Agenzia del Demanio.**

Già pubblicato in *questa Rassegna*, 2006, n. 2, 301.

### 3. GLI ORIENTAMENTI DELLA CORTE COSTITUZIONALE E DELLA CORTE DI CASSAZIONE; IL PROBLEMA DEL PATROCINIO.

A) LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE; B) LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE.

#### a.1) Corte Costituzionale, sentenza 29 dicembre 2004 n. 427 – Pres. V. Onida – Red. P. Maddalena.

«(omissis)

1.– Con ricorso notificato il 1° marzo 2003, depositato il successivo 7 marzo ed iscritto al numero 25 del registro ricorsi 2003, la Regione Emilia-Romagna ha impugnato varie disposizioni della legge 27 dicembre 2002, n. 289 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2003), e, tra queste, la disposizione dell'art. 80, comma 6, oggetto del presente giudizio, che viene censurata in riferimento agli articoli 117, secondo, terzo e quarto comma, e 119 della Costituzione.

La disposizione impugnata, “al fine di favorire l'autonoma iniziativa per lo svolgimento di attività, di interesse generale, in attuazione dell'articolo 118, quarto comma, della Costituzione”, prevede che “le istituzioni di assistenza e beneficenza e gli enti religiosi che perseguono rilevanti finalità umanitarie o culturali possono ottenere la concessione o locazione di beni immobili demaniali o patrimoniali dello Stato, non trasferiti alla «Patrimonio dello Stato S.p.a.», ... né suscettibili di utilizzazione per usi governativi, a un canone ricognitorio determinato ai sensi degli articoli 1 e 4 della legge 11 luglio 1986, n. 390, e successive modificazioni”.

La ricorrente sostiene che la disposizione sarebbe illegittima, sia perché costituirebbe un intervento dello Stato nel settore, di esclusiva competenza regionale (art. 117, quarto comma, della Costituzione), delle politiche sociali, sia perché lo Stato, non avendo ancora dato attuazione al precetto costituzionale (art. 119 della Costituzione) di dotare le Regioni e gli enti locali di un proprio patrimonio, secondo un criterio di coerenza con le rispettive funzioni, non potrebbe disporre di beni solo ancora temporaneamente propri.

2.– Le due censure non sono fondate.

2.1.– È anzitutto infondato l'assunto secondo cui lo Stato, fino alla attuazione dell'art. 119, ultimo comma, della Costituzione, come novellato dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione), non potrebbe disporre dei propri beni demaniali o patrimoniali.

L'invocata disposizione costituzionale, in effetti, prevede che Regioni ed enti locali abbiano un patrimonio attribuito secondo i principi determinati dalla legge statale, ma non detta alcuna regola in ordine alla individuazione dei beni oggetto dell'attribuzione, né, tanto meno, vieta allo Stato la gestione e l'utilizzazione, *medio tempore*, di tali beni.

Questa Corte ha già chiarito (sentenza n. 98 del 1997) che la dotazione patrimoniale di un ente pubblico non è predeterminata dalla Costituzione ed ha, pertanto, escluso che essa possa essere stabilita interpretativamente in sede di giudizio di costituzionalità. Ne consegue che, fino all'attuazione dell'ultimo comma dell'art. 119 della Costituzione e, pertanto, fino alla previsione da parte del legislatore statale dei principi per la attribuzione a Regioni ed enti locali di beni demaniali o patrimoniali dello Stato, detti beni restano a tutti gli effetti nella piena proprietà e disponibilità dello Stato (e per esso dell'Agenzia del demanio), il quale incontrerà, nella gestione degli stessi, il solo vincolo delle leggi di contabilità e delle altre leggi disciplinanti il patrimonio mobiliare ed immobiliare statale.

La diversa tesi, sostenuta dalla Regione, oltre a negare in radice gli stessi diritti dominicali dello Stato sui propri beni, condurrebbe, d'altra parte, all'irragionevole conseguenza che i beni statali non dovrebbero essere gestiti in attesa della legge di attuazione dell'art. 119 della Costituzione.

2.2.– Parimenti infondata è l'ulteriore censura prospettata dalla ricorrente, secondo la quale la disposizione di legge in questione violerebbe la competenza regionale nella materia residuale delle politiche sociali.

In effetti, l'art. 80, comma 6, della legge n. 289 del 2002, non diversamente dalla legge 11 luglio 1986, n. 390 (Disciplina delle concessioni e delle locazioni di beni immobili demaniali e patrimoniali dello Stato in favore di enti o istituti culturali, degli enti pubblici territoriali, delle unità sanitarie locali, di ordini religiosi e degli enti ecclesiastici), cui la norma impugnata fa espresso richiamo, e da altre normative di settore (cfr. la legge 1° giugno 1990, n. 134, recante "Estensione dei benefici in materia di concessione o locazione di immobili demaniali previsti dalla legge 11 luglio 1986, n. 390, agli enti a carattere internazionalistico di cui alla legge 28 dicembre 1982, n. 948", e l'art. 32 della legge 7 dicembre 2000, n. 383, recante "Disciplina delle associazioni di promozione sociale"), disciplina la gestione dei beni immobili (demaniali o patrimoniali) non utilizzati o utilizzabili dallo Stato, consentendone un utilizzo sociale.

Tale disposizione costituisce una manifestazione del potere dominicale dello Stato di disporre dei propri beni e, come tale, non incontra i limiti della ripartizione delle competenze secondo le materie.

In altri termini, la competenza della Regione nella materia non può incidere sulle facoltà che spettano allo Stato in quanto proprietario. Queste infatti precedono logicamente la ripartizione delle competenze ed ineriscono alla capacità giuridica dell'ente secondo i principi dell'ordinamento civile. In questo senso, peraltro, si è già espressa questa Corte, la quale ha precisato che la competenza regionale in materia di demanio marittimo non incide sulla destinazione dei canoni di concessione che spettano allo Stato in quanto titolare del demanio (cfr. sentenza n. 286 del 2004). Che il canone di concessione segua la titolarità del bene è stato peraltro confermato dalla sentenza di questa Corte n. 26 del 2004 relativa alla tutela, gestione e valorizzazione dei beni culturali (*omissis*).

## **a.2) Corte Costituzionale, sentenza 11 febbraio 2005 n. 72 – Pres. F. Contri – Red. F. Gallo.**

« (*Omissis*) Ritenuto in fatto

1.– Con ricorso notificato il 29 marzo 2002 e depositato il 5 aprile 2002, la Regione Siciliana ha sollevato – in riferimento all'art. 36 del proprio statuto, all'articolo 2 del decreto del Presidente della Repubblica 26 luglio 1965, n. 1074 (Norme di attuazione dello Statuto della Regione Siciliana in materia finanziaria) e al principio costituzionale di leale cooperazione tra Stato e regioni – conflitto di attribuzione nei confronti dello Stato in relazione: *a*) alla risoluzione dell'Agenzia delle entrate, "Direzione Centrale Gestione Tributi", n. 29/E del 30 gennaio 2002 (concernente «Istituzione del codice-tributo per il versamento dell'imposta sostitutiva dovuta dai fondi comuni d'investimento immobiliare chiusi. Decreto legge 25 settembre 2001, n. 351, convertito con modificazioni dalla legge 23 novembre 2001, n. 410»); *b*) alla risoluzione della medesima Agenzia delle entrate, "Direzione Centrale Gestione Tributi", n. 31/E del 31 gennaio 2002 (concernente «Istituzione dei codici tributo per il versamento delle imposte sostitutive previste dalla finanziaria 2002. Articoli 4, 5 e 7 della legge 28 dicembre 2001, n. 448»).

1.1.– La ricorrente premette che l’Agenzia delle entrate: *a)* con la risoluzione n. 29/E, istituendo un apposito codice-tributo per consentire il versamento, tramite modello F24, dell’imposta sostitutiva prevista a carico dei fondi comuni chiusi d’investimento immobiliare dal decreto-legge 25 settembre 2001, n. 351, convertito con modificazioni dalla legge 23 novembre 2001, n. 410, ha stabilito che le somme percepite «vanno imputate al capo VI ed al capitolo 1054 del bilancio dello Stato»; *b)* con la risoluzione n. 31/E, istituendo tre codici-tributo per il versamento delle imposte sostitutive previste dagli artt. 4, 5 e 7 della legge 28 dicembre 2001, n. 448 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato. Legge finanziaria 2002), ha disposto che tutte le somme riscosse per tali titoli vanno imputate a specifici «capitoli del bilancio dello Stato».

1.2.– La ricorrente sostiene, in via preliminare, l’ammissibilità del sollevato conflitto, ancorché l’Agenzia delle entrate sia ente dotato di propria personalità giuridica di diritto pubblico, con autonomia regolamentare, amministrativa, contabile e finanziaria, trattandosi di organizzazione creata dallo Stato per l’esercizio di proprie funzioni e potestà (*omissis*).

2.1.– La difesa erariale eccepisce, quanto all’ammissibilità del conflitto: *a)* che l’Agenzia delle entrate è un ente con propria personalità giuridica, distinta ed autonoma rispetto a quella dello Stato, del quale non può essere considerata “organo” ai sensi e per gli effetti di cui all’art. 39, secondo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87, sicché gli atti emessi dall’Agenzia non potrebbero essere oggetto di conflitto costituzionale di attribuzione; (*omissis*).

#### *Considerato in diritto*

1.– La Regione Siciliana ha proposto ricorso per conflitto di attribuzione nei confronti dello Stato in relazione alle risoluzioni dell’Agenzia delle entrate, “Direzione Centrale Gestione Tributi”, n. 29/E del 30 gennaio 2002 e n. 31/E del 31 gennaio 2002, entrambe concernenti l’istituzione di codici-tributo per il versamento di imposte sostitutive. Asserisce la ricorrente che tali risoluzioni, nel disporre che tutte le somme riscosse per detti titoli vanno imputate a specifici «capitoli del bilancio dello Stato» e non anche ai rispettivi capo e capitolo del bilancio regionale (per la parte di spettanza regionale), violerebbero le prerogative di cui all’art. 36 dello statuto della Regione Siciliana, ed all’art. 2 del decreto del Presidente della Repubblica 26 luglio 1965, n. 1074 (Norme di attuazione dello Statuto della Regione Siciliana in materia finanziaria), nonché il principio costituzionale di leale cooperazione tra Stato e regioni.

2.– La difesa erariale ha preliminarmente eccepito l’inammissibilità del conflitto, perché avente ad oggetto atti non dello Stato, ma dell’Agenzia delle entrate.

L’eccezione è infondata.

Questa Corte ha già ritenuto ammissibile il conflitto costituzionale di attribuzione in relazione ad atti dell’Agenzia delle entrate, sul presupposto della sostanziale riconducibilità di tale ente, ai fini del conflitto, nell’ambito dell’amministrazione dello Stato (sentenza n. 288 del 2004, riguardante, appunto, un conflitto di attribuzione sollevato dalla Regione Siciliana in relazione ad atti emessi dall’indicata Agenzia). Tale conclusione deve essere qui ribadita. Il decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300 (Riforma dell’organizzazione del Governo, a norma dell’articolo 11 della legge 15 marzo 1997, n. 59) affida, infatti, all’Agenzia delle entrate la «gestione» dell’esercizio delle tipiche funzioni statali concernenti «le entrate tributarie erariali» prima attribuite al Dipartimento delle entrate del Ministero delle finanze ed agli uffici connessi e, in particolare, assegna a tale ente la cura

del fondamentale interesse statale al perseguimento del «massimo livello di adempimento degli obblighi fiscali» (artt. 57, comma 1, primo periodo; 61, comma 3; 62, commi 1 e 2). Ai soli fini del conflitto costituzionale di attribuzione tra Regione e Stato, la riconducibilità alla sfera di competenza statale di tali essenziali funzioni – «affidate» all’Agenzia delle entrate nell’ambito del peculiare modulo organizzatorio disegnato per le agenzie fiscali dal decreto legislativo n. 300 del 1999, con disciplina derogatoria rispetto a quella dettata per le agenzie non fiscali (art. 10 del decreto) – esige di imputare al sistema ordinamentale statale gli atti emessi nell’esercizio delle medesime funzioni (*omissis*).

**a.3) Corte Costituzionale, sentenza 1 febbraio 2006 n. 31** – Pres. A. Marini – Red. G. Silvestri.

«(*Omissis*) Considerato in diritto

1.– Con ricorso notificato il 3 luglio 2004 e depositato il 12 luglio successivo, la Regione Lombardia ha promosso conflitto di attribuzione nei confronti del Presidente del Consiglio dei ministri, chiedendo che sia dichiarato che non spetta allo Stato, attraverso l’Agenzia del demanio, disciplinare l’alienazione di aree, situate nel territorio della stessa Regione, appartenenti al patrimonio e al demanio dello Stato, nei termini e secondo le modalità di cui alla circolare dell’Agenzia del demanio, Direzione generale, del 23 settembre 2003, prot. 2003/35540/NOR, avente ad oggetto «Decreto legge 24 giugno 2003 n. 143 convertito con legge 1 agosto 2003 n. 212 recante “Disposizioni urgenti in tema di versamento e riscossione di tributi, di fondazioni bancarie e di gare indette dalla C. S.p.A., nonché di alienazione di aree appartenenti al Patrimonio e al Demanio dello Stato” pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* n. 185 dell’11 agosto 2003 s.o. n. 131/L». Secondo la ricorrente, che ha sollecitato l’annullamento – previa sospensione dell’esecuzione – dell’atto impugnato, sarebbero nella specie violati il principio di leale collaborazione e gli artt. 5, 114, 117, 118 e 119 della Costituzione.

2.– Il presente conflitto di attribuzione ha per oggetto un atto dell’Agenzia del demanio, la quale – definita «ente pubblico economico» dall’art. 61, comma 1, del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300 (Riforma dell’organizzazione del Governo, a norma dell’art. 11 della legge 15 marzo 1997, n. 59), come modificato dall’art. 1 del decreto legislativo 3 luglio 2003 n. 173 (Riorganizzazione del Ministero dell’economia e delle finanze e delle agenzie fiscali, a norma dell’articolo 1 della legge 6 luglio 2002 n. 137) – esercita tuttora le funzioni che erano proprie della Direzione generale del demanio e delle direzioni compartimentali. Con riferimento a queste funzioni, tipiche dell’amministrazione pubblica statale, si deve ritenere che gli atti posti in essere dalla suddetta Agenzia siano riferibili allo Stato, inteso, secondo quanto affermato dalla giurisprudenza di questa Corte, non come persona giuridica, bensì come sistema ordinamentale (sentenza n. 72 del 2005) complesso e articolato, costituito da organi, con o senza personalità giuridica, ed enti distinti dallo Stato in senso stretto, ma con esso posti in rapporto di strumentalità in vista dell’esercizio, in forme diverse, di tipiche funzioni statali.

Il termine Stato deve ritenersi impiegato dall’art. 134 Cost. in un duplice significato: più ristretto quando viene in considerazione come persona giuridica, che esercita le supreme potestà, prima fra tutte quella legislativa; più ampio, quando, nella prospettiva dei rapporti con il sistema regionale, si pone come conglomerato di enti, legati tra loro da precisi vincoli funzionali e di indirizzo, destinati ad esprimere, nel confronto dialettico con il sistema regionale, le esigenze unitarie imposte dai valori supremi tutelati dall’art. 5 Cost.

Questa Corte ha precisato che la proprietà e disponibilità dei beni demaniali spettano – sino all’attuazione dell’ultimo comma dell’art. 119 Cost. – allo Stato «e per esso all’Agenzia del demanio» (sentenza n. 427 del 2004). Nei rapporti con il sistema ordinamentale regionale, l’Agenzia del demanio è pertanto parte integrante del sistema ordinamentale statale. L’uno e l’altro insieme formano il sistema ordinamentale della Repubblica. Al suo interno possono verificarsi conflitti tra organi e soggetti, statali e regionali, agenti rispettivamente per fini unitari o autonomistici, che attingono il livello costituzionale se gli atti o i comportamenti che li originano sono idonei a ledere, per invasione o menomazione, la sfera di attribuzioni costituzionalmente garantita del sistema statale o di quello regionale, anche se non provengono da organi dello Stato o della Regione intesi in senso stretto come persone giuridiche.

È compito della giurisdizione di costituzionalità mantenere un costante equilibrio dinamico tra i due sistemi, perché le linee di ripartizione tracciate dalla Costituzione siano rispettate nel tempo, pur nel mutamento degli strumenti organizzativi che lo Stato e le Regioni sceglieranno via via di adottare per conseguire i propri fini nel modo ritenuto più adatto, secondo i diversi indirizzi politici e amministrativi.

Nel caso di specie, è innegabile che l’impugnata circolare della Direzione generale dell’Agenzia del demanio si pone sul confine tra le sfere di competenza statale e regionale in materia di governo del territorio, in quanto incide contemporaneamente sulla gestione e sulla disponibilità di beni demaniali destinati a soddisfare interessi pubblici delle comunità amministrative, nel quadro dei principi fondamentali posti a tutela dell’intera collettività nazionale. Essa è pertanto atto idoneo, sotto i profili soggettivo ed oggettivo, a far sorgere un conflitto di attribuzione tra la Regione Lombardia e lo Stato, cui sostanzialmente può essere riferito il citato atto dell’Agenzia del demanio (*omissis*).

4.– Nel merito, il ricorso è fondato.

4.1.– La necessaria valutazione ponderata degli interessi pubblici coinvolti esclude che possa procedersi ad una sdemanializzazione *ope legis* di aree non identificate né dalle amministrazioni competenti né dallo stesso legislatore, ma individuate solo per la loro contiguità ad opere eseguite mediante sconfinamento su terreni demaniali. L’intento del legislatore, fatto palese dalla norma prima ricordata, è quello di accelerare la cessione ai soggetti richiedenti di aree non più utilizzabili per le finalità pubblicistiche originarie, a causa dell’irreversibile mutamento dello stato dei luoghi derivante dall’esecuzione di opere sconfinite in terreno demaniale. Lo stesso legislatore ha cura di escludere in modo assoluto e incondizionato dalla procedura accelerata di alienazione il demanio marittimo e le aree sottoposte a tutela ai sensi del testo unico in materia di beni culturali e ambientali (oggi “*Codice dei beni culturali e del paesaggio*”, ai sensi dell’art. 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137, approvato con decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42).

Non emerge dalla norma statale in questione una volontà di generale declassificazione di aree demaniali, da cedere ai soggetti sconfinanti dietro mera richiesta e pagamento del prezzo. Al contrario, il legislatore statale mostra particolare attenzione a non pregiudicare interessi collettivi primari collegati ai beni pubblici oggetto della specifica disciplina dettata per l’alienazione. Non appare ragionevole un’interpretazione della norma in esame che presuppone, accanto all’esclusione generalizzata di alcune categorie di beni, ispirata ad una logica di forte garanzia dell’interesse pubblico, un altrettanto generalizzato abbandono di tutte le rimanenti aree demaniali, esclusa ogni valutazione concreta da parte delle amministrazioni locali competenti, ispirato all’opposta logica della dismissione incontrollata del patrimonio pubblico. Un consolidato insegnamento ermeneutico impone che, prima di constatare una contraddizione intrinseca nel corpo di una disposizione normativa, si esplori la possibilità di

dare al testo da interpretare un significato coerente e ragionevole e solo nell'ipotesi di esito negativo di tale ricerca si concluda per l'irreparabile irragionevolezza della stessa.

Nel caso oggetto del presente giudizio l'interpretazione con esiti contraddittori del citato art. 5-*bis* del d.l. n. 143 del 2003 non è una strada obbligata, giacché è ben possibile, anzi necessario, interpretare la medesima disposizione come disciplina dei rapporti tra l'amministrazione statale ed i soggetti richiedenti, fermo restando il quadro normativo e istituzionale preesistente, che non risulta superato o alterato da alcuna delle norme in essa contenute. Di tale quadro fanno parte i rapporti tra Stato e Regioni in materia di governo del territorio, con particolare riferimento al demanio idrico, sul quale deve concentrarsi l'analisi giuridica necessaria ai fini dello scrutinio di costituzionalità dell'atto impugnato.

4.2.– L'art. 86 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112 (Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59) dispone che «Alla gestione dei beni del demanio idrico provvedono le Regioni e gli enti locali competenti per territorio»; il secondo comma aggiunge: «I proventi dei canoni ricavati dalla utilizzazione del demanio idrico sono introitati dalla Regione». I successivi artt. 89 e 105 elencano in modo dettagliato le funzioni conferite alle Regioni e agli enti locali.

Alla luce del nuovo testo dell'art. 118 Cost., dopo la riforma del Titolo V della Parte II, l'attribuzione alle Regioni ed agli enti locali delle funzioni amministrative in materia è sorretta dal principio di sussidiarietà, che implica l'allocazione delle funzioni amministrative al livello di governo il più possibile prossimo alle comunità amministrative. D'altronde, l'esercizio dei poteri dominicali dello Stato nei confronti dei beni del demanio idrico deve necessariamente ispirarsi anche al principio costituzionale di leale collaborazione, proprio perché occorre in concreto bilanciare l'interesse dello Stato proprietario e gli interessi delle collettività locali fruitrici dei beni.

Questa Corte ha costantemente affermato che il principio di leale collaborazione deve presiedere a tutti i rapporti che intercorrono tra Stato e Regioni: la sua elasticità e la sua adattabilità lo rendono particolarmente idoneo a regolare in modo dinamico i rapporti in questione, attenuando i dualismi ed evitando eccessivi irrigidimenti. La genericità di questo parametro, se utile per i motivi sopra esposti, richiede tuttavia continue precisazioni e concretizzazioni. Queste possono essere di natura legislativa, amministrativa o giurisdizionale, a partire dalla ormai copiosa giurisprudenza di questa Corte. Una delle sedi più qualificate per l'elaborazione di regole destinate ad integrare il parametro della leale collaborazione è attualmente il sistema delle Conferenze Stato-Regioni e autonomie locali. Al suo interno si sviluppa il confronto tra i due grandi sistemi ordinamentali della Repubblica, in esito al quale si individuano soluzioni concordate di questioni controverse.

In materia di demanio idrico, in sede di Conferenza unificata è stato sottoscritto, nella seduta del 20 giugno 2002, un accordo rilevante per l'oggetto della presente controversia: «Risultando in alcuni casi particolarmente attive le procedure di "sdemanializzazione" (vendita al privato di aree demaniali), il provvedimento finale di sdemanializzazione potrà essere assunto solo a seguito di parere favorevole delle Regioni e Province autonome, tenuto anche conto degli indirizzi della Autorità di bacino».

Accordi come quello appena citato rappresentano la via maestra per conciliare esigenze unitarie e governo autonomo del territorio, poteri dominicali e interessi delle collettività amministrative. Il principio di leale collaborazione, anche in una accezione minimale, impone alle parti che sottoscrivono un accordo ufficiale in una sede istituzionale di tener fede ad un impegno assunto.

La via di concretizzazione del parametro della leale collaborazione che passa attraverso gli accordi in sede di Conferenza Stato-Regioni appare anche la più coerente con la sistematica delle autonomie costituzionali, giacché obbedisce ad una concezione orizzontale-collegiale dei reciproci rapporti più che ad una visione verticale-gerarchica degli stessi.

Una norma legislativa, come l'art. 5-*bis* del d.l. n. 143 del 2003, intervenuta ad un anno di distanza dal citato accordo, senza che sul punto ci fossero state altre forme di interlocuzione ufficiali ed istituzionali tra Stato e Regioni, si inserisce nel quadro sopra tracciato e deve essere letta al suo interno. Solo in estrema ipotesi si potrebbe concludere per una deliberata ed unilaterale deroga all'accordo da parte dello Stato, a mezzo della norma citata. Come già detto prima, tale conclusione non è autorizzata dal testo della disposizione in parola, che nulla dice a proposito dei rapporti tra istituzioni e si limita a fissare le regole procedurali che devono disciplinare la presentazione delle domande ed i rapporti tra privati e Agenzia del demanio territorialmente competente.

4.3.– L'acquisizione del parere della Regione si colloca in un altro circuito di rapporti, che attiene alla valutazione ponderata degli interessi pubblici in gioco, rispetto ai quali viene in rilievo la competenza regionale in materia di gestione del demanio idrico stabilita dall'art. 86 del D.Lgs. n. 112 del 1998, rispetto al quale l'accordo del 2002 si pone esplicitamente in funzione attuativa. Nella premessa del suddetto accordo si legge infatti che «in sede di verifica dell'attuazione dell'art. 86 del [...] decreto legislativo n. 112 del 1998 sono emersi alcuni problemi connessi alla piena e corretta attuazione delle disposizioni di cui allo stesso articolo 86 del D.Lgs. n. 112 del 1998, esaminati con l'ufficio del Commissario straordinario del Governo per l'attuazione del decentramento amministrativo». Il titolo stesso dell'accordo conferma lo stretto legame con la norma generale di conferimento delle funzioni amministrative sopra citata: «Accordo tra lo Stato, le Regioni e gli Enti locali in materia di demanio idrico ai sensi dell'art. 86 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112».

In mancanza di una chiara e inequivocabile volontà legislativa contraria, si deve ritenere che un'interpretazione sistematica dell'art. 86 del D.Lgs. n. 112 del 1998, dell'accordo Stato-Regioni del 20 giugno 2002 e dell'art. 5-*bis* del d.l. n. 143 del 2003 conduca alla conclusione della perdurante attualità del ruolo della Regione nell'apprezzare la sussistenza di eventuali ragioni ostative alla cessione a terzi dei beni del demanio idrico. Al riguardo occorre infatti tener conto della precipua destinazione di tali beni alla soddisfazione di interessi delle comunità regionali e locali, che non possono essere sacrificati in partenza da una generale sdemanializzazione, legata soltanto all'interesse particolare dei privati sconfinanti ed all'interesse finanziario dello Stato, realizzato peraltro in misura modesta.

Il senso dell'art. 86 più volte citato è proprio quello di attribuire all'ente esponenziale della comunità regionale, con la gestione del demanio idrico, tutte le funzioni amministrative inerenti agli interessi pubblici delle collettività locali soddisfatti dai beni del suddetto. È irragionevole, pertanto, un'interpretazione dell'art. 5-*bis* del d.l. n. 143 del 2003 nel senso che lo stesso introduca un'innovazione particolare rispetto al regime giuridico generale precedente, escludendo in modo radicale la Regione da ogni interlocuzione nelle procedure di vendita a terzi dei beni del demanio idrico.

4.4.– L'impugnata circolare dell'Agenzia del demanio si discosta da questo quadro normativo e istituzionale conforme ai principî costituzionali ed omette ogni riferimento alla Regione nello scandire le fasi del procedimento che porta all'atto finale di cessione del bene demaniale al soggetto richiedente. Il diritto all'acquisto dell'area statale interessata dallo sconfinamento è collegato dalla circolare in questione «esclusivamente all'esistenza di un titolo che legittimi sotto il profilo edilizio la realizzazione dell'opera». È agevole notare che

invece l'art. 5-bis sopra citato non introduce questa esclusività, ma si limita ad individuare i presupposti in base ai quali il privato può richiedere allo Stato la vendita di beni appartenenti al demanio statale, senza nulla disporre in merito all'eventuale intervento di altri enti nel procedimento, peraltro legato al tipo di demanio di cui trattasi. Appare evidente che l'esistenza o meno di un potere consultivo della Regione nella materia specifica del demanio idrico, nei sensi precisati dal citato accordo del 20 giugno 2002, non incide sui presupposti che legittimano il proprietario dell'area che abbia sconfinato in terreno demaniale a chiedere la cessione in proprietà dell'area occupata, nei limiti stabiliti dalla stessa disposizione di legge. Si tratta di due profili distinti, che finiscono per essere sovrapposti dalla trasformazione di un procedimento accelerato di vendita a privati di porzioni di terreno demaniale in una generalizzata sdemanializzazione *ope legis*, che annulla ogni potere di apprezzamento da parte della Regione sulla sottrazione all'uso pubblico di beni affidati dalla legge alla sua gestione.

L'intento di escludere l'interlocazione di altri enti nel procedimento risulta evidente in un altro passo dell'atto impugnato, nel quale testualmente si legge, con riferimento al citato art. 5-bis del d.l. n. 143 del 2003: «Per effetto di tale norma i beni di demanio pubblico interessati dallo sconfinamento che costituiranno oggetto di alienazione sono da considerarsi tacitamente sdemanializzati senza necessità di apposito provvedimento che ne sancisca il passaggio al Patrimonio dello Stato e di acquisizione di ulteriori diversi pareri». Viene pure stabilito, nella circolare in questione, che «devono ritenersi automaticamente sospesi gli eventuali procedimenti amministrativi di sdemanializzazione interessanti tali beni ancora pendenti stante l'effetto conseguito *ope legis*».

Non spetta a questa Corte, ma al giudice competente, valutare la legittimità dell'atto in relazione alla legislazione ordinaria vigente ed in particolare allo stesso art. 5-bis del d.l. n. 143 del 2003, di cui l'atto stesso si pone come attuazione. Ugual affermazione deve farsi a proposito della previsione, ampiamente censurata dalla ricorrente Regione, di una sorta di automatico effetto traslativo delle autorizzazioni e dei pareri ottenuti dal privato sconfinante per il proprio terreno sulla porzione di terreno demaniale occupato, ancorché lo stesso sia gravato dal vincolo paesaggistico e ambientale, considerato dal medesimo art. 5-bis come ostativo all'inclusione dei beni ad esso sottoposti nel novero di quelli cedibili a terzi con la procedura accelerata prevista.

Ciò che invece deve essere censurato in questa sede è la totale esclusione della Regione dal procedimento delineato dall'atto impugnato. Tale esclusione non è conseguenza necessaria della legislazione ordinaria vigente, che al contrario richiede come indispensabile la partecipazione della Regione in quanto portatrice di interessi costituzionalmente protetti delle collettività locali. La chiusura unilaterale del procedimento prescritto dell'Agenzia del demanio menoma pertanto in modo illegittimo la sfera di attribuzioni della ricorrente e si pone in violazione del principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni (*omissis*)».

#### **a.4) Corte Costituzionale, sentenza 19 ottobre 2006 n. 334 – Pres. F. Bile – Red. F. Gallo.**

«(*Omissis*) 1.– Con ricorso notificato il 20 marzo 2004 e depositato il 6 aprile 2004, la Regione Siciliana ha sollevato – in riferimento all'art. 36 del proprio statuto e all'art. 2 del decreto del Presidente della Repubblica 26 luglio 1965, n. 1074 (Norme di attuazione dello Statuto della Regione Siciliana in materia finanziaria) – conflitto di attribuzione nei confronti dello Stato, in relazione: a) al decreto del Direttore generale dell'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato, emesso in data 30 dicembre 2003 (Modalità di versamento del

prelievo unico erariale dovuto ai sensi dell'art. 39, comma 13, del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326, per gli apparecchi e congegni di cui all'art. 110, comma 6, del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, di cui al regio decreto 18 giugno 1931, n. 773, e successive modificazioni); *b*) alla nota dell'Agenzia delle entrate – Direzione centrale amministrazione, emessa in data 13 febbraio 2004, n. 2004/29102 (Istituzione codici tributo per il versamento del prelievo erariale unico sugli apparecchi e congegni di gioco di cui all'art. 110, comma 6, del regio decreto n. 773/1931, previsto dall'art. 39, comma 13, del decreto-legge n. 269/2003) (*omissis*).

1.2.– La ricorrente sostiene, in via preliminare, l'ammissibilità del sollevato conflitto, ancorché l'Agenzia delle entrate sia ente dotato di propria personalità giuridica di diritto pubblico, con autonomia regolamentare, amministrativa, contabile e finanziaria, trattandosi di organizzazione creata dallo Stato per l'esercizio di proprie funzioni e potestà.

1.3.– Nel merito, la Regione lamenta la lesione delle proprie attribuzioni e della propria autonomia finanziaria, non essendo stato specificato, negli atti oggetto di conflitto, che i proventi del prelievo erariale unico riscossi in Sicilia debbono essere imputati al bilancio regionale. Infatti, i provvedimenti impugnati, prevedendo l'imputazione delle somme derivanti dalla riscossione del prelievo erariale unico ad un capitolo del bilancio dello Stato, sottrarrebbero tali importi alla Regione, in violazione degli evocati parametri, secondo i quali spettano alla Regione tutte le entrate tributarie erariali riscosse nell'ambito del suo territorio, dirette o indirette, comunque denominate, ad eccezione delle nuove entrate tributarie il cui gettito sia destinato alla copertura di oneri diretti a soddisfare particolari finalità contingenti o continuative dello Stato, specificate dalla normativa istitutiva (*omissis*).

2.– Nel giudizio si è costituito il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che il ricorso sia dichiarato inammissibile o, comunque, rigettato.

In punto di ammissibilità, la difesa erariale rileva che: *a*) «la domanda conclusivamente formulata nel ricorso [...] appare non congrua al presente processo costituzionale», per mancanza della richiesta della declaratoria di non spettanza allo Stato del gettito del prelievo erariale unico; *b*) la Regione non ha proposto ricorso avverso l'art. 39 del decreto-legge n. 269 del 2003, ma solo avverso atti amministrativi meramente applicativi di tale norma.

L'Avvocatura generale osserva, inoltre, che il prelievo erariale unico, pur rientrando tra le prestazioni patrimoniali imposte di cui all'art. 23 Cost., non ha natura tributaria, ma «propriamente amministrativa»; e ciò sarebbe confermato «anche dalla assenza di disciplina di alcune fasi procedurali – come quelle attinenti alla riscossione coattiva, all'accertamento e alla previsione della misura delle sanzioni comminabili – che caratterizzano i tributi». Il gettito del prelievo in questione spetterebbe, pertanto, allo Stato, a norma del d.P.R. n. 1074 del 1965, il quale prevede che spettino alla Regione Siciliana solo le entrate tributarie (art. 2) e che spettino allo Stato i proventi delle attività di gioco.

3.– Con memorie depositate in prossimità dell'udienza, la difesa erariale ha ribadito la propria eccezione di inammissibilità del ricorso «per incongrua formulazione della domanda», e ha dedotto la «cessazione di efficacia» dell'impugnato decreto direttoriale per effetto dell'art. 7 del decreto direttoriale 8 aprile 2004 (Termini e modalità di assolvimento del prelievo erariale unico sugli apparecchi e congegni da intrattenimento di cui all'art. 110, comma 6, del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza). Osserva, inoltre, l'Avvocatura dello Stato che l'impugnata nota dell'Agenzia delle entrate, «tenendo contabilmente separato il prelievo “riscosso in Sicilia”, lascia impregiudicata la questione relativa alla spettanza sia dell'attribuzione sia dell'entrata per cui si discute». In forza di tali considerazioni, sem-

pre ad avviso dell'Avvocatura, il ricorso dovrebbe essere ritenuto privo di oggetto o dovrebbe, comunque, dichiararsi cessata la materia del contendere.

L'Avvocatura generale ribadisce, altresì, che il prelievo erariale unico non è un tributo sostitutivo dell'imposta sugli intrattenimenti, ma «un provento delle attività di gioco», e cioè «un “provento” di attività [...] imprenditoriali» svolte dallo Stato attraverso la rete telematica. Rileva, infine, che lo statuto di autonomia e le relative norme di attuazione non garantiscono alla Sicilia «una “invarianza” quantitativa degli introiti da tributi “deliberati” dallo Stato». (*omissis*).

*Considerato in diritto (omissis)*

2.– Si deve preliminarmente rilevare, in relazione all'impugnazione della citata nota dell'Agenzia delle entrate, l'ammissibilità di un conflitto costituzionale di attribuzione avente ad oggetto un atto di tale Agenzia, emesso nell'esercizio delle funzioni pubbliche concernenti le entrate tributarie erariali in precedenza attribuite al Dipartimento delle entrate del Ministero delle finanze e connessi uffici. Questa Corte, infatti, con le sentenze n. 288 del 2004 e nn. 72 e 73 del 2005, ha ritenuto ammissibile tale tipo di conflitto, in ragione delle indicate funzioni, e della collocazione dell'Agenzia delle entrate nell'ambito del sistema ordinamentale statale (*omissis*).

Per aversi materia di un conflitto di attribuzione tra Regione e Stato, è necessario che l'atto impugnato sia idoneo a ledere la sfera di competenza costituzionale dell'ente confligente. Contrariamente a quanto sostenuto dalla Regione Siciliana, gli atti oggetto del conflitto non attribuiscono il gettito del prelievo erariale unico allo Stato, ma si limitano a fornire istruzioni sulle modalità di versamento delle imposte. Essi vanno inquadrati nell'articolato sistema normativo delineato dal decreto legislativo 9 luglio 1997, n. 241 (Norme di semplificazione degli adempimenti dei contribuenti in sede di dichiarazione dei redditi e dell'imposta sul valore aggiunto, nonché di modernizzazione del sistema di gestione delle dichiarazioni), con il quale viene disciplinato, tra l'altro, il versamento delle imposte dai contribuenti allo Stato ed il riversamento del gettito tributario da parte dello Stato agli enti ai quali spetta, in tutto o in parte, quel gettito. Tale sistema prevede, per quanto qui rileva, che le somme dovute agli enti destinatari del gettito, tra cui la Regione Siciliana, vengano ad essi riversate soltanto dopo che un'apposita struttura di gestione centralizzata abbia provveduto ai conteggi ed alle operazioni di propria competenza. Gli atti impugnati, dunque, inserendosi in una fase procedimentale meramente provvisoria (che precede l'intervento dell'indicata struttura di gestione e non ne condiziona l'operato), non incidono sulla spettanza del gettito e non sono idonei a ledere le prerogative costituzionali della Regione Siciliana in materia finanziaria. Conseguentemente, rimangono impregiudicate le pretese regionali che potrebbero nascere da violazioni del delineato sistema normativo (sentenza n. 72 del 2005; vedi anche, *ex plurimis*, le sentenze n. 73 del 2005, n. 97 e n. 92 del 2003, nonché le ordinanze n. 79 e n. 30 del 2003) (*omissis*).

### **b.1) Corte di cassazione, Sezioni Unite, sentenza 14 febbraio 2006 n. 3116**

«(*Omissis*) 3.2. Le ragioni dell'Avvocatura, nell'interesse delle amministrazioni ricorrenti, svolte nella memoria del 9 dicembre 2005, possono così sintetizzarsi:

– il problema della persistente vigenza, dopo l'istituzione delle agenzie fiscali, della legge 15 maggio 1999, n. 133, art. 21, comma 1, secondo cui le sentenze di secondo grado delle Commissioni Tributarie devono essere notificate all'Amministrazione finanziaria pres-

so l'Avvocatura Distrettuale dello Stato competente, deve essere risolto, contrariamente a quanto affermato da alcune sentenze della Sezione tributaria della Corte (n. 12075/04 e 2161/05), nel senso della vigenza di tale norma, in quanto le agenzie, pur dotate di personalità giuridica, devono considerarsi organi dello Stato.

L'Avvocatura sollecita, pertanto una revisione del principio affermato dalle Sezioni Unite nella sentenza 6033/2003, in considerazione delle successive pronunce della Corte Costituzionale n. 72 del 7 febbraio 2005 e n. 73 del 12 febbraio 2005, le quali, richiamando un principio già affermato nella sentenza n. 288 del 2004, hanno ritenuto l'ammissibilità di un conflitto di attribuzione sollevato da una regione nei confronti di una risoluzione dell'Agenzia delle Entrate, sul presupposto della sostanziale riconducibilità di tale ente nell'ambito dell'amministrazione dello Stato. Ciò in quanto il D.Lgs. n. 300 del 1999 (Riforma dell'organizzazione del governo, a norma della legge 15 marzo 1997, n. 59, art. 11) affida all'Agenzia delle Entrate la "gestione" dell'esercizio delle tipiche funzioni statali concernenti le "entrate tributarie erariali" prima attribuite al Dipartimento delle Entrate del Ministero delle Finanze ed agli uffici connessi. Pertanto, secondo la Corte Costituzionale, ai soli fini del conflitto costituzionale di attribuzione tra Regione e Stato, la riconducibilità alla sfera di competenza statale di tali essenziali funzioni affidate all'Agenzia delle Entrate "nell'ambito del peculiare modulo organizzatorio disegnato per le Agenzie fiscali dal D.Lgs. n. 300 del 1999" ... "esige di imputare al sistema ordinamentale statale gli atti emessi nell'esercizio delle medesime funzioni". Secondo l'Avvocatura, l'espressa limitazione dell'imputazione al sistema statale delle funzioni affidate all'Agenzia ai soli fini del conflitto non appare idonea a modificare i termini della questione, in quanto sarebbe singolare che tale imputazione operasse nel solo giudizio per conflitto di attribuzione, e non dinanzi alle altre giurisdizioni. Ciò significa che l'attività dell'Agenzia, allorché questa esercita funzioni in materia di accertamento e riscossione di tributi statali, sarebbe direttamente imputabile allo Stato. A tale soluzione non è di ostacolo al D.Lgs. n. 300 del 1999, art. 72, secondo cui le Agenzie "possono avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, ai sensi dell'articolo 43 del testo unico approvato con R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611". In proposito, premesso che anche la difesa *ex art. 43* è di fatto obbligatoria (salvo il caso di conflitto con lo Stato), tale difesa riguarderebbe i casi di attività diversa da quella di pertinenza statale;

- l'ordinamento conosce da tempo la figura della persona giuridica-organo: ne sono esempi le Università, la Cassa per il Mezzogiorno, l'A.I.M.A., gli istituti d'istruzione superiore, il Fondo edifici di Culto. Un esempio significativo è costituito dalla Banca d'Italia che, a norma dell'art. 43 del suo statuto, approvato con R.D. 11 giugno 1936, n. 1067, nel testo modificato dal d.P.R. n. 482 del 1948, "esercita il servizio di Tesoreria provinciale, a tenore di speciali convenzioni, e, alle condizioni che siano deliberate dal Consiglio superiore, può disimpegnare altri servizi per conto dello Stato";

- che le Agenzie fiscali costituiscano un modulo organizzatorio per la gestione di funzioni statali in materia tributaria emergerebbe dal D.Lgs. n. 300 del 1999, art. 57, comma 1 ("Per la gestione delle funzioni esercitate dai dipartimenti delle entrate, delle dogane, del territorio e di quelle connesse svolte da altri uffici del ministero sono istituite l'agenzia delle entrate... delle dogane... del territorio e... del demanio... Alle agenzie fiscali sono trasferiti i relativi rapporti giuridici, poteri e competenze che vengono esercitate secondo la disciplina dell'organizzazione interna di ciascuna agenzia");

- la configurazione delle agenzie come organi dello Stato con personalità giuridica sarebbe imposta da un'interpretazione conforme a Costituzione – sotto il profilo dell'art. 76 Cost. – delle norme ad esse relative contenute nel D.Lgs. n. 300 del 1999. La Legge Delega

15 marzo 1997, n. 59, art. 11, lett. *a*), e art. 12, prevedono, infatti, l’emanazione di decreti delegati diretti a razionalizzare l’ordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri e dei Ministeri, anche mediante istituzione di agenzie o di aziende, senza contemplare la possibilità di trasferire funzioni statali ad enti diversi dallo Stato. L’istituzione di Agenzie ed aziende viene prevista, infatti, come un “ridisegno delle strutture di primo livello”. Una diversa interpretazione condurrebbe ad una censura di incostituzionalità delle norme delegate per eccesso di delega.

– in conclusione, essendo l’attività dell’Agenzia delle Entrate in materia di tributi statali direttamente imputabile al Ministero dell’Economia e delle Finanze, con conseguente applicazione della legge n. 133 del 1999, art. 21, che impone la notifica delle sentenze delle Commissioni Tributarie regionali presso l’Avvocatura dello Stato;

– il D.L. n. 182 del 2005, art. 3, comma 5 *decies* (convertito in legge n. 231 del 2005), nell’introdurre un comma nel R.D. n. 2440 del 1923, art. 69, (legge sulla contabilità dello Stato) prevede espressamente che “tra le amministrazioni dello Stato devono intendersi le Agenzie da esso costituite, anche quando dotate di personalità giuridica”;

– in via subordinata, si deduce che la legge n. 133 del 1999, art. 21, deve ritenersi ancora applicabile. La *ratio* della disposizione è, infatti, quella di provocare l’immediata conoscenza della decorrenza del termine breve, in capo direttamente all’organo difensore *ex lege* delle Agenzie fiscali, finalità non venuta meno a seguito della sostituzione degli uffici del Ministero con quelli dell’Agenzia, in quanto la titolarità dei tributi è sempre in capo allo Stato.

Pertanto, la notificazione della sentenza presso l’Agenzia centrale deve considerarsi nulla, decorrendo il termine breve soltanto da quella effettuata presso la competente Avvocatura dello Stato;

– in via ulteriormente subordinata si deduce che, essendo stato il giudizio instaurato nei confronti di un organo del Ministero delle Finanze, ed essendo l’Agenzia delle entrate intervenuta solo con l’atto d’appello, il processo deve considerarsi proseguito nei confronti di tre parti, e cioè contribuente, ufficio dell’Agenzia e organo statale, che non era stato estromesso. (*omissis*).

4.1. Preliminarmente deve essere definita la posizione dell’Agenzia delle Entrate nei riguardi dell’Amministrazione finanziaria statale.

Innanzitutto si pone il problema, prospettato dall’Avvocatura erariale, della qualificazione dell’Agenzia come persona giuridica-organo dello Stato.

La tesi, pur suggestiva ed abilmente articolata, non è condivisa dalle Sezioni Unite.

Senza addentrarsi in problemi generali sull’architettura organizzativa dei pubblici poteri, il Collegio rileva che la ricostruzione del rapporto tra due persone giuridiche come organico, nel senso che la seconda, pur nella sua autonoma soggettività, assume il ruolo di organo della prima, con imputazione a quest’ultima di attività da essa compiuta, non possa essere risolta attraverso indici, quali l’interesse perseguito o la sottoposizione a controlli, come sostenuto dalla difesa dell’Amministrazione nelle sue conclusioni. Infatti, l’essere l’attività svolta dal secondo ente funzionale al perseguimento di interessi statali, anche di rango primario – quale è indubbiamente l’imposizione fiscale – costituisce un dato assolutamente generico, che è comune ad altre figure nelle quali si realizza una cooperazione tra enti pubblici, quali i c.d. enti strumentali o ausiliari, le concessioni di pubblici servizi e di costruzione di opera pubblica, o il ricorso a strumenti organizzatori di tipo privatistico, come avviene nel caso di costituzione di società per la gestione di pubblici servizi al di fuori del meccanismo concessorio. La configurabilità di persone giuridiche-organi, riconosciuta dalla

stessa legislazione fiscale (si richiamano, fra gli altri, del d.P.R. n. 917 del 1986, artt. 45 e 88, comma 1, e del d.P.R. n. 633 del 1972, art. 6, comma 5, nel testo risultante dalla modifica introdotta dal d.P.R. n. 793 del 1981, art. 2, norme nelle quali vengono espressamente menzionati “organi dello Stato dotati di personalità giuridica”), per quanto interessa l’interprete è un problema di stretto diritto positivo, tanto che si conoscevano esempi anche prima delle profonde e recenti modificazioni introdotte nell’organizzazione dei pubblici poteri. Essa richiede, infatti, un sicuro elemento testuale che consenta di ritenere che l’attività della seconda persona giuridica (o una parte di tale attività) sia direttamente imputata ad altra persona giuridica.

Orbene, nel caso di specie, la natura primaria degli interessi e la sottoposizione a controlli non sono sufficienti, in difetto di specifiche previsioni, a ritenere che l’attività di accertamento e di riscossione dei tributi statali, pur essendo affidata all’Agenzia delle entrate, rimanga attività amministrativa statale in senso stretto, con la conseguente applicazione del R.D. n. 1611 del 1933, art. 11, in materia di patrocinio obbligatorio dell’Avvocatura.

In proposito va anzitutto osservato che, per escludere l’esistenza di un rapporto organico tra Stato-Amministrazione finanziaria ed Agenzia, è del tutto irrilevante la possibilità, prevista dalla legge, di concludere convenzioni, in quanto l’esistenza di un simile rapporto non è in logico contrasto con la previsione di atti bilaterali tra i due enti, considerato che l’attività affidata all’ente-organo non si riconduce interamente all’alveo del rapporto organico, e l’atto bilaterale può ben riguardare l’impiego di risorse umane e materiali per un migliore espletamento delle funzioni affidate. La prassi amministrativa conosce numerosi esempi di convenzioni tra enti pubblici, aventi ad oggetto l’esercizio di attività inserita in un rapporto organico fra gli enti stessi. Un esempio rilevante è costituito dalla convenzione tra Stato e Banca d’Italia sull’esercizio del servizio di tesoreria dello Stato – pacificamente ricondotto ad un rapporto organico tra i due enti – prevista dal R.D. 11 giugno 1936, n. 1067, art. 43, ricordato nella memoria dell’Avvocatura.

Le ragioni che ostano a ricondurre l’attività impositiva affidata all’Agenzia nell’alveo di un rapporto organico con lo Stato sono, invece, le seguenti.

Innanzitutto deve ritenersi che nessuna conferma della tesi sostenuta dall’Avvocatura possa trarsi dalle sentenze della Corte Costituzionale da essa richiamate.

A parte l’espressa riserva che l’attività dell’Agenzia delle Entrate viene considerata “statale” soltanto ai fini della risoluzione del conflitto di attribuzioni con la Regione, tale inquadramento non appare sufficiente per affermare che l’attività stessa debba essere direttamente imputata allo Stato. La difficoltà di pervenire ad una simile soluzione, del resto, era stata avvertita dalla stessa Avvocatura dello Stato che, nei giudizi di costituzionalità conclusi con le sentenze n. 72 e 73 dell’11 febbraio 2005, aveva sostenuto che l’Agenzia delle Entrate non poteva essere considerata “organo” dello Stato, ai sensi della Legge Costituzionale 11 marzo 1953, n. 87, art. 39, comma 2, con conseguente inammissibilità del conflitto di attribuzioni. In proposito la Corte, respingendo tale questione d’inammissibilità, si è limitata ad osservare che l’affidamento, da parte del D.Lgs. 30 luglio 1999, n. 300, all’Agenzia delle Entrate delle funzioni statali concernenti i tributi erariali comporta l’imputazione al sistema ordinamentale statale degli atti emessi nell’esercizio di tali funzioni. Tale statuizione non comporta, quindi, necessariamente una diretta imputazione degli atti emessi dall’Agenzia nell’esercizio di funzioni impositive ad organi statali, ma soltanto alla sfera delle attribuzioni statali – contrapposta a quella regionale – nel suo complesso. Nella specie, come aveva esattamente dedotto la Regione Sicilia nei citati giudizi di conflitto, l’Agenzia, pur dotata di autonomia regolamentare, amministrativa, contabile e finanziaria,

costituiva comunque un'organizzazione creata dallo Stato per l'esercizio di proprie funzioni e potestà. Appare ben chiaro dalla motivazione delle sentenze della Corte Costituzionale che la stessa ha voluto includere nell'attività "statale", potenzialmente idonea ad invadere le attribuzioni costituzionalmente garantite delle Regioni, non solo le attività direttamente imputabili allo Stato-persona, ma anche quelle dei soggetti ai quali lo Stato, con diversi meccanismi giuridici, abbia affidato compiti o funzioni di cui esso sia originariamente titolare. Si pensi al già richiamato caso di società private, costituite per l'esercizio di pubblici servizi al di fuori dallo schema concessorio, e all'ampia nozione di "rapporto di servizio", costruita dalla giurisprudenza per affermare un legame tra soggetti, anche privati, ed ente pubblico (ivi compreso lo Stato), ai fini della sottoposizione di tali soggetti alla giurisdizione contabile per danno erariale. Del resto, anche la Legge Delega 15 marzo 1997, n. 59, art. 12, comma 1, lett. g), sulla base della quale è stato emesso il D.Lgs. n. 300 del 1999, prevede espressamente la possibilità del "trasferimento, riallocazione o unificazione delle funzioni e degli uffici esistenti anche mediante istituzione di dipartimenti o di amministrazioni ad ordinamento autonomo o di agenzie e aziende". Nessun decisivo argomento letterale o sistematico impone una lettura della norma nel senso di escludere un affidamento dell'esercizio di poteri in materia di imposizione fiscale statale all'infuori dallo schema del rapporto organico. Si aggiunga che la descrizione del fenomeno come trasferimento di rapporti giuridici, poteri e competenze già appartenenti all'Amministrazione dello Stato, secondo la previsione del D.Lgs. n. 300 del 1999, att. 57, mal si concilia con un rapporto organico esistente tra i due enti.

4.2. Ciò premesso, occorre analizzare la struttura del meccanismo attraverso il quale l'Agenzia esercita funzioni originariamente statali, attraverso norme legislative che comportano, oltre al conferimento dell'esercizio di funzioni di primario interesse statale, una successione in una serie di rapporti giuridici dei quali l'Amministrazione finanziaria statale era parte, il subentrare dell'Agenzia nei poteri e nei rapporti giuridici strumentali all'adempimento dell'obbligazione tributaria non dà luogo, come già ritenuto dalle Sezioni Unite, ad un'ipotesi di successione a titolo universale, ma, per quanto riguarda il riflesso processuale, ad un'ipotesi di successione a titolo particolare nel diritto controverso, ai sensi dell'art. 111 cod. proc. civ. E ciò, non soltanto in considerazione della riserva al Ministero delle Finanze di determinate funzioni, definite come "statali" dal D.Lgs. n. 300 del 1999, art. 56, ma fondamentalmente perchè, come spesso viene trascurato, le risorse finanziarie acquisite mediante l'attività impositiva esercitata in via esclusiva dall'Agenzia affluiscono direttamente al bilancio dello Stato, senza transitare da quello dell'Agenzia. Il che è quanto dire che il trasferimento di situazioni soggettive previsto dal D.Lgs. n. 300 del 1999, art. 57, comma 1, non si estende alla titolarità dell'obbligazione tributaria. Orbene, pur essendo certamente conferita, a causa del maneggio di danaro che resta di pertinenza statale, ai soggetti che operano per l'Agenzia in qualità di agenti contabili dello Stato, con conseguente soggezione degli stessi alla giurisdizione contabile della Corte dei Conti, ciò non comporta di necessità l'attribuzione all'Agenzia del ruolo di organo dello Stato. La pertinenza originariamente statale (o, comunque, dell'ente impositore) del gettito dell'imposizione fiscale, infatti, non viene meno per il fatto che l'esercizio della potestà impositiva, nelle sue diverse articolazioni e nella sua proiezione processuale, è affidato ad altro soggetto. Basti considerare che nell'ordinamento tributario costituisce una modalità del tutto ordinaria l'attività di riscossione tramite concessionario. Addirittura, per i tributi locali e per alcuni tributi statali (ad esempio, in materia di imposta sugli spettacoli e di tributi connessi: del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 640, art. 17) è prevista anche la possibilità di concessione dell'accertamento, oltre che della riscossione.

Il fenomeno del conferimento dell'esercizio di potestà o di compiti pubblicistici, originariamente attribuiti ad un ente pubblico, che resta titolare delle posizioni giuridiche di diritto sostanziale o di alcune di esse, ad altro soggetto è assai diffuso nell'ordinamento.

La speciale caratteristica del caso di specie è il fatto che tale attribuzione sia avvenuta attraverso un atto normativo primario (pur a contenuto concreto), e non, come generalmente accade, con atto amministrativo, come nelle ipotesi della concessione e della delegazione amministrativa. Pur nella diversità dello strumento giuridico, il risultato è identico, e cioè una separazione tra titolarità di posizioni giuridiche sostanziali – nella specie, l'acquisizione in via immediata del gettito tributario – ed esercizio dei poteri e dei diritti necessari ad assicurare tale gettito.

Proprio tale separazione comporta come conseguenza, sul piano della tutela giurisdizionale, l'attribuzione della *legitimitatio ad causam* e *ad processum* esclusivamente al soggetto cui è stato conferito l'esercizio dei poteri e delle funzioni, separatamente dalla titolarità di corrispondenti situazioni sostanziali. Le Sezioni Unite richiamano, in proposito, la consolidata giurisprudenza della Corte (fra le più recenti, sentenze 16 novembre 2001, n. 14378; 26 giugno 2003, n. 10163; 16 luglio 2003, n. 11139; 4 settembre 2004, n. 17881) in materia di concessione di costruzione di opere pubbliche, nelle quali l'attribuzione al concessionario dell'esercizio dei poteri pubblicistici necessari per la realizzazione dell'opera, tra i quali siano compresi quelli relativi al trasferimento coattivo della proprietà del suolo, comporta una sua legittimazione esclusiva nelle controversie relative all'esercizio di tali poteri, come quelle sull'indennità di espropriazione, essendo del tutto irrilevante che l'opera appartenga all'ente concedente, le cui esigenze l'opera tende a soddisfare.

Tale riflessione consente, quindi, di affermare che, come esattamente ricordato nell'ordinanza della Sezione tributaria, l'attribuzione all'Agenzia delle Entrate della gestione del contenzioso, prevista dal D.Lgs. n. 300 del 1999, art. 62, n. 2, e ribadita dalla norma statutaria, costituisce un mero corollario del conferimento delle funzioni e del trasferimento di una serie di posizioni sostanziali strumentali ad assicurare il corretto adempimento dell'obbligazione tributaria, di cui l'Amministrazione dello Stato resta titolare.

La possibilità di affidamento ad enti diversi dallo Stato, anche se non aventi un diretto collegamento col territorio, della cura di interessi di rango primario, quale è indubbiamente la realizzazione della pretesa impositiva, non pare possa essere messa in discussione, proprio se si considera il ricorso sempre più ampio a moduli organizzativi autonomi, anche in settori che in tempi meno recenti venivano considerati come prerogativa dell'amministrazione statale diretta. Le Sezioni Unite non condividono, perciò, i dubbi di legittimità costituzionale che vengono avanzati nei confronti di figure organizzative autonome, alle quali siano affidate funzioni originariamente statali al di fuori dello schema del rapporto organico. Per quanto attiene all'imposizione fiscale, vi è sempre da tener presente che, come si è già detto, il destinatario del gettito fiscale – senza intermediazione alcuna – rimane sempre lo Stato. Inoltre, se è ampiamente consentito il ricorso all'attività di soggetti, anche privati, estranei all'amministrazione statale, per l'accertamento e la riscossione di tributi, soggetti che vengono scelti attraverso atti discrezionali dell'amministrazione, non si vede perchè debbano sorgere sospetti d'incostituzionalità quando, come nella specie, l'affidamento delle funzioni impositive ad altro soggetto avviene in forza di atto di normazione primaria;

4.3. Da tali considerazioni consegue che nei procedimenti introdotti successivamente al 1 gennaio 2001 la legittimazione appartiene soltanto all'Agenzia delle Entrate, la quale, secondo il disposto del D.Lgs. n. 300 del 1999, art. 72, può semplicemente avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato. Il ricorso a tale patrocinio, in assenza di una disposizione norma-

tiva (legislativa, regolamentare o statutaria) vincolante anche nei confronti dei terzi, deve quindi avvenire – anche se non è necessaria una specifica procura – in relazione al singolo procedimento, non rilevando l'eventuale conclusione tra Avvocatura e Agenzia di convenzioni di contenuto generale per l'assunzione del patrocinio, come il protocollo d'intesa del 21 marzo 2001, richiamato nella circolare ministeriale del 30 luglio 2001, n. 71/E/2001/135070.

Per quanto attiene, invece, ai procedimenti introdotti anteriormente alla data predetta, e nei quali come è avvenuto nella specie – l'ufficio finanziario periferico non aveva richiesto il patrocinio dell'Avvocatura, si deve ancora una volta fare riferimento ai principi enunciati dalle Sezioni Unite nelle sentenze 29 aprile 2003, n. 6633, e 5 maggio 2003, n. 6774, e fondamentalmente alla riconduzione della vicenda all'art. 111 cod. proc. civ.. Sul punto, come si è detto, l'Avvocatura ha rilevato che la proposizione dell'appello da parte dell'Agenzia avrebbe mantenuto la qualità di parte dell'Amministrazione finanziaria, non essendo questa stata estromessa. La Corte osserva, in proposito, che pur essendo tale deduzione in linea con l'interpretazione dell'art. 111 c.p.c., la stessa non tiene conto della particolarità dei rapporti che, a seguito dell'operatività delle Agenzie fiscali, si sono creati tra queste e l'Amministrazione finanziaria. Vi è da considerare, infatti, che la gestione del contenzioso nelle fasi di merito, prima attribuita agli uffici dei Dipartimenti delle entrate, viene assunta in via esclusiva all'Agenzia delle Entrate, la quale – assumendo, anche da un punto di vista materiale – l'intera organizzazione degli uffici del Dipartimento – esercita tutti i poteri processuali relativi all'attività impositiva e di riscossione secondo la propria competenza, potendo giungere a disporre del diritto sostanziale fatto valere in giudizio e del rapporto processuale, per esempio attraverso atti di autotutela. L'attribuzione al nuovo soggetto, in via esclusiva, della gestione del contenzioso, comprendente anche l'attività di difesa nel processo (ove non venga fatto ricorso al patrocinio dell'Avvocatura), comporta che, pur mantenendo l'Amministrazione finanziaria la qualità di parte, la concreta strategia processuale (e quindi il mantenimento di tale qualità) spetta all'Agenzia. In proposito si deve rilevare che la legge non prevede alcun potere degli organi statali centrali di emettere atti che condizionino la validità o l'esecuzione sulle determinazioni dell'ufficio periferico dell'Agenzia circa la concreta strategia difensiva adottata. Quindi, la proposizione dell'appello esclusivamente da parte dell'Agenzia, senza esplicita menzione dell'ufficio finanziario periferico che era parte originaria, ha comportato la conseguente estromissione di quest'ultimo.

4.4. Si può, quindi, passare all'esame delle questioni relative alla legittimazione processuale dell'Agenzia in relazione al giudizio di Cassazione.

In proposito, le Sezioni Unite non possono non prendere atto delle incertezze interpretative provocate dall'impatto del nuovo sistema sul regime processuale preesistente, che già aveva comportato notevoli difficoltà e determinato questa Corte all'elaborazione di principi spesso derogatori da quelli del diritto processuale comune.

Pertanto, la sollecitazione della difesa erariale alla scelta di soluzioni che non contrastino col principio dell'affidamento, che comporta, secondo la giurisprudenza della Corte Costituzionale, della Corte Comunitaria e di questa stessa Corte, un divieto di introdurre modificazioni a sorpresa di un regime processuale (legale o di formazione pretoria) al quale i soggetti dell'ordinamento si siano adeguati, non può *sic et simpliciter* comportare l'accoglimento della tesi qui sostenuta dalla stessa Avvocatura, nell'ambito di una autentica rivoluzione normativa dell'intero apparato pubblico dell'imposizione tributaria statale e dei conseguenti riflessi processuali, introdotta con immediata operatività nel sistema previgente senza l'adozione di adeguate norme transitorie e di attuazione. Pertanto, nell'esercizio della funzione di nomofilachia affidatale dall'ordinamento giudiziario, la Corte dovrà individua-

re le soluzioni che meglio attuino le finalità di tutela, e soprattutto siano il più possibile chiare per gli operatori.

Per quanto riguarda la soluzione data dalla giurisprudenza nel sistema previgente all'assunzione di operatività delle agenzie fiscali, la stessa si fondava sull'identificazione delle diverse articolazioni dell'Amministrazione finanziaria – ai fini della legittimazione *ad causata* e *ad processum* – come distinti soggetti giuridici.

La legittimazione degli uffici periferici era fondata sul D.Lgs. n. 546 del 1992, artt. 10 e 11 e limitata al giudizio dinanzi alle commissioni tributarie. Per il giudizio di Cassazione, in difetto di speciale disciplina, si riteneva che riprendesse vigore la regola ordinaria, contenuta nel R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611, art. 11, dell'esclusiva legittimazione del Ministro delle Finanze (confluito poi in quello dell'Economia e delle Finanze), rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso la quale era domiciliato. Con la conseguenza che la proposizione del ricorso per Cassazione nei confronti dell'ufficio finanziario periferico era inammissibile, e non suscettibile di sanatoria, neppure attraverso la costituzione del Ministero attraverso l'Avvocatura erariale. Da ciò conseguiva, altresì, l'inammissibilità, senza possibilità di sanatoria, del ricorso proposto dall'ufficio finanziario periferico che era stato parte nel giudizio di merito.

Come si è sopra ricordato, alcune sentenze della Sezione Tributaria hanno applicato tali regole anche al caso in cui il ricorso per Cassazione sia proposto nei confronti dell'ufficio periferico dell'Agenzia delle Entrate o da quest'ultimo.

Le Sezioni Unite ritengono che i detti principi non possano essere applicati nel caso in cui parte esclusiva nel processo tributario (come nel caso di specie) sia l'Agenzia delle Entrate.

Una corretta interpretazione di tale regime non può prescindere dai vincoli derivanti dai principi costituzionali di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, ulteriormente rafforzati dal nuovo testo dell'art. 111 Cost.. A ciò si aggiunga che, nei campi in cui si chiede la tutela giurisdizionale di diritti derivanti dall'ordinamento comunitario – divenuti assai numerosi, particolarmente in materia tributaria – il principio di effettività osta ad una disciplina processuale che renda eccessivamente difficile l'esercizio di tali diritti. Si consideri, ancora, l'indicazione della giurisprudenza della Corte Costituzionale nella sentenza n. 189 del 13 giugno 2000 per un'interpretazione, se necessario adeguatrice, del sistema processuale, nel senso di ridurre ai casi indispensabili le ipotesi di inammissibilità dei rimedi giurisdizionali. Il risultato, di tali indicazioni, provenienti da norme o ordinamenti di rango superiore, è un vero e proprio effetto di irraggiamento nei confronti della disciplina legislativa che regola i modi di esercizio della tutela giurisdizionale. Tale effetto adeguatore del sistema normativo, allorché sia in gioco la tutela di diritti fondamentali, è stato riconosciuto dalla giurisprudenza di questa Corte, proprio in materia processuale tributaria (sentenza delle Sezioni Unite del 2 dicembre 2004, n. 22601).

Per quanto concerne il caso di specie, si deve, innanzitutto, rilevare che la disciplina della legittimazione e difesa in giudizio delle amministrazioni dello Stato non può applicarsi allorché ad un ente pubblico, dotato di autonome personalità giuridica e *legitimatio ad causam* e *ad processum*, ma che ad esso debbano applicarsi le regole stabilite in via generale dal codice di procedura civile, tenuto conto dell'impatto, su tale disciplina, di quella in materia di contenzioso tributario.

Senza prendere posizione sulla validità della regola enunciata dalla giurisprudenza della Corte nel regime precedente all'assunzione di operatività dell'Agenzia delle Entrate, la cui applicazione viene invocata dalla difesa erariale anche nel nuovo sistema e secondo cui le norme in materia di contenzioso tributario che attribuiscono legittimazione agli uffici

periferici hanno carattere eccezionale, per cui, nella fase che si svolge dinanzi al Giudice ordinario (e cioè nel giudizio di Cassazione) riprende applicazione l'ordinaria disciplina in tema di rappresentanza in giudizio dello Stato, le Sezioni Unite si limitano a rilevare come tale ricostruzione, in generale, non tiene adeguatamente conto della natura impugnatoria (almeno per quanto attiene all'introduzione del giudizio) del processo tributario, e della regola vigente in materia di processo amministrativo di legittimità, coerente con la natura impugnatoria di tale processo, secondo la quale parte necessaria del giudizio è sempre l'autorità che ha emesso l'atto o provvedimento impugnato (R.D. 26 giugno 1924, n. 1054, art. 36 e della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, art. 21).

Orbene, secondo gli articoli 163 e 144 cod. proc. civ., l'atto introduttivo del giudizio deve essere proposto nei confronti del soggetto convenuto e notificato, per le amministrazioni non patrocinate dall'Avvocatura dello Stato, direttamente all'ente, in persona del suo rappresentante. Se si segue la regola generale, pertanto, ove l'ente non si sia avvalso del patrocinio dell'Avvocatura (il che deve avvenire per ogni singolo procedimento) essendo l'Agenzia delle Entrate rappresentata dal suo direttore, il ricorso, proposto nei confronti della stessa Agenzia, dovrebbe essere notificato, in via di principio al direttore presso la sede centrale dell'ente in Roma. Identica regola vale per quanto attiene alla notificazione della sentenza conclusiva della fase del merito.

Sennonché, tale regola deve essere opportunamente integrata con la disciplina speciale contenuta nel D.Lgs. n. 546 del 1992, e precisamente negli artt. 10 e 11. Poiché tali norme attribuivano capacità di stare in giudizio agli uffici finanziari che avevano emesso l'atto impugnato e tale capacità è stata assunta dagli uffici periferici dell'Agenzia delle Entrate, la stessa capacità deve ritenersi conferita in modo concorrente e alternativo, secondo un modello simile alla preposizione institoria disciplinata dagli artt. 2203 e 2204 cod. civ., anche tenendo conto di quanto sopra rilevato sulla natura impugnatoria del processo tributario. Ciò perché nel nuovo sistema non è applicabile la disciplina vigente per le amministrazioni dello Stato, operante al di fuori della disciplina speciale contenuta nella legge sul contenzioso tributario.

Pertanto, anche gli uffici periferici dell'Agenzia, subentrati a quelli dei Dipartimenti delle Entrate, devono essere considerati – una volta che l'atto ha come destinatario l'ente – come organi dello stesso che, al pari del direttore, ne hanno la rappresentanza in giudizio, ai sensi dell'art. 163 c.p.c., comma 2, n. 2 e artt. 144 e 145 cod. proc. civ.. Da ciò consegue, altresì, che la notifica della decisione, ai fini della decorrenza del termine breve per la proposizione del ricorso, può essere indifferentemente effettuata all'Agenzia presso la sua sede centrale ovvero presso il suo ufficio periferico; inoltre, che il ricorso per Cassazione può essere proposto anche nei confronti dell'ufficio periferico, e ad esso notificato. Dal punto di vista pratico, tale soluzione non comporta un aggravio nell'esercizio del diritto di difesa nella fase di legittimità da parte dell'Agenzia, in quanto è del tutto normale che gli uffici dell'ente che hanno emesso l'atto impugnato, e di regola hanno curato il contenzioso dinanzi alle commissioni tributarie, svolgano l'attività istruttoria necessaria a predisporre la difesa stessa. Quanto alla difesa tecnica dell'Agenzia nel giudizio di Cassazione, non essendo espressamente prevista – come per il giudizio dinanzi alle commissioni – quella affidata a funzionari dell'ente, la stessa potrà essere affidata, oltre che all'Avvocatura dello Stato, a professionisti esterni. Si tratta di una scelta ovviamente non del tutto libera, dovendo gli organi competenti dell'Agenzia, secondo l'espressa previsione del D.Lgs. n. 300 del 1999, art. 61, agire in base "ai principi di legalità, imparzialità e trasparenza, con criteri di efficienza, economicità ed efficacia", con possibilità di essere assoggettati a giudizio contabile di

responsabilità per danno erariale nei casi in cui la scelta del professionista esterno non consideri l'alta specializzazione dell'Avvocatura erariale e i minori costi complessivi che il ricorso a quest'ultima in genere comporta.

In conclusione, le regole enunciate per il regime previgente all'istituzione delle Agenzie fiscali non possono essere applicate perchè costruite su una realtà ordinamentale totalmente diversa, per cui non può derivarne alcun affidamento, essendo, invece, necessario – in assenza di una disciplina transitoria – trarre dal nuovo sistema regole tali da garantire certezza agli operatori e, in definitiva, un'adequata tutela giurisdizionale.

Nella specie, non essendo contestata l'esistenza di una richiesta dell'Agenzia circa l'intervento dell'Avvocatura, si deve ritenere che quest'ultima sia munita del potere di rappresentanza, a seguito della proposizione dell'appello da parte della sola Agenzia, soltanto nei confronti di quest'ultima. Il ricorso deve considerarsi inammissibile per quanto riguarda l'Amministrazione dello Stato, che come si è detto non è più parte in causa, mentre, nei confronti dell'Agenzia l'inammissibilità deve essere dichiarata perchè il gravame è stato proposto dopo la scadenza del termine breve (*omissis*)».

## **b.2) Corte di Cassazione, sentenza 26 novembre 2007 n. 24547.**

«(*Omissis*) Avverso la sentenza di appello, l'Amministrazione finanziaria ha proposto ricorso per Cassazione.

In particolare deducendo “violazione e/o falsa applicazione del D.Lgs. n. 346 del 1990, artt. 21, 22 e 23, “l'Amministrazione ricorrente ha censurato la sentenza impugnata per avere erroneamente ritenuto che la documentazione prodotta dai contribuenti, benché diversa da quella specificamente e tassativamente prevista dal D.Lgs. n. 346 del 1990, art. 23, fosse idonea a dimostrare la sussistenza e l'entità dei debiti del *de cuius* ai fini della loro deducibilità. Le contribuenti hanno resistito con controricorso, eccependo preliminarmente l'inammissibilità del ricorso, in quanto promosso, dopo l'1 gennaio 2001, dall'Amministrazione delle finanze e dall'Agenzia delle entrate, quest'ultima inidoneamente difesa e rappresentata dall'Avvocatura generale dello Stato (*omissis*).

L'eccezione di inammissibilità del ricorso proposto dalla controricorrente in via preliminare è infondata e va disattesa.

In proposito, deve osservarsi che questa corte ha reiteratamente affermato (cfr. Cass., sez. un., 6633/03, 6674/03, 3116/06, 3118/06) che il ricorso per cassazione avverso sentenze di commissioni tributarie regionali, pronunciate, quale quella oggetto del presente giudizio, nell'ambito di un procedimento in corso all'atto dell'entrata in funzione delle Agenzie fiscali istituite dal D.Lgs. n. 300 del 1999, e divenute operative a partire dal 1 gennaio 2001, D.M. 28 dicembre 2000, *ex art. 1*, è ammissibilmente promosso sia dal Ministero dell'economia e delle finanze, ai sensi dell'art. 111 c.p.c., comma 1, (in quanto organo statale cui si rapporta la pubblica amministrazione, parte originaria del processo) sia dall'Agenzia delle entrate, ai sensi dell'art. 111 c.p.c., comma 5, giacché il trasferimento, dall'Amministrazione finanziaria all'Agenzia, dei rapporti inerenti alle entrate tributarie, disposta dalla richiamata normativa, configura ipotesi di successione a titolo particolare nel diritto controverso.

Deve, peraltro, considerarsi che l'Agenzia, pur non disponendo *ex lege* del relativo patrocinio, ha la facoltà di richiedere di avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato con riferimento ai singoli procedimenti, senza che sia necessaria specifica procura (v. Cass. 3116/06, 3118/06).

Il ricorso dell'Amministrazione è, dunque, ammissibile (*omissis*)».

**b.3) Corte di Cassazione, sentenza 8 febbraio 2008 n. 3058.**

«(Omissis) L'Amministrazione delle finanze e l'Agenzia delle Entrate hanno proposto ricorso per cassazione avverso la suindicata sentenza della Commissione tributaria regionale del Piemonte, deducendo violazione e falsa applicazione di norme di legge, con particolare riferimento al D.Lgs. n. 546 del 1992, artt. 10,11, e 52 e D.Lgs. n. 300 del 1999, artt. 62 e 66, nonché motivazione contraddittoria ed insufficiente.

I contribuenti non si sono costituiti.

Il ricorso dell'Amministrazione finanziaria è fondato.

Il D.Lgs. n. 300 del 1999, art. 57, ha previsto, per la gestione delle funzioni già esercitate dai vari Dipartimenti e dagli altri Uffici del Ministero delle finanze, l'istituzione delle Agenzie fiscali, che in base alla previsione del successivo D.M. 28 dicembre 2000, art. 73, comma 4, sono divenute operative a far tempo dall'1 gennaio 2001, contestualmente subentrando nella titolarità dei rapporti giuridici già di pertinenza degli uffici ministeriali.

In forza dell'art. 61, comma 1, del medesimo testo di legge, le Agenzie fiscali hanno personalità giuridica di diritto pubblico e autonomia regolamentare, amministrativa, patrimoniale, organizzativa, contabile e finanziaria e, quindi, quali autonomi soggetti di diritto, possono stare in giudizio nelle controversie instaurate successivamente alla loro costituzione a mezzo del direttore che ne ha la rappresentanza, avvalendosi, eventualmente, del patrocinio della Avvocatura dello Stato, ai sensi del R.D. 30 ottobre 1933, n. 1, art. 43.

Ai fini della realizzazione della migliore organizzazione, il D.Lgs. n. 300 del 1999, art. 66, commi 2 e 3, ha disposto che gli uffici siano articolati tra livello centrale e livello periferico, secondo disposizioni interne.

In tale prospettiva, lo Statuto provvisorio dell'Agenzia delle Entrate (approvato con Decreto 14 marzo 2000), ha stabilito, all'art. 13, che, sino all'approvazione del regolamento di amministrazione, l'articolazione dell'Agenzia in uffici centrali e periferici corrispondesse a quella in essere per le strutture del Dipartimento delle Entrate le cui funzioni, ai sensi del D.Lgs. n. 300 del 1999, art. 57, comma 1, erano state e trasferite all'Agenzia e, quindi, il Regolamento di amministrazione dell'Agenzia delle Entrate (approvato con deliberazione del comitato direttivo 30 novembre 2000 e pubblicato in *GU*. 13 febbraio 2001, n. 36), ha stabilito, all'art. 7 comma 3, che gli uffici locali dell'Agenzia corrispondono ai preesistenti Uffici delle Entrate.

Tanto premesso, va rilevato che la legge attribuisce la personalità giuridica alla Agenzia fiscale e non anche ai singoli uffici periferici in cui essa si articola (v. art. 61, comma 1 D.Lgs. 300/1999 ed il Regolamento di amministrazione) e identifica, come organo dotato di rappresentanza legale dell'Agenzia fiscale, il solo direttore dell'Agenzia (v. D.Lgs. n. 300 del 1999, artt. 67 e 68), mentre l'art. 6 dello Statuto dell'Agenzia delle entrate (approvato con deliberazione del Comitato direttivo del 13 dicembre 2000, n. 6, pubblicato in *GU*. 20 febbraio 2001 n. 42) ribadisce che "Il direttore è il legale rappresentante dell'Agenzia, la dirige e ne è responsabile" e che egli "svolge tutti i compiti non espressamente assegnati dalle disposizioni di legge e dal presente statuto ad altri organi".

Ciò posto, va osservato che, se le richiamate indicazioni normative configurano il direttore dell'Agenzia delle entrate quale unico soggetto capace di rappresentare l'Agenzia in attività a rilevanza esterna, deve, d'altro canto, considerarsi che l'art. 5, comma 1, del Regolamento di amministrazione, in attuazione della previsione di cui al D.Lgs. n. 300 del 1999, art. 66, commi 2 e 3, attribuisce agli Uffici locali le funzioni operative dell'Agenzia ed in particolare la gestione dei tributi, l'accertamento, la riscossione e la trattazione del

contenzioso, prevedendo che le “le funzioni operative dell’Agenzia sono svolte da uffici locali di livello dirigenziale.

Essi curano, in particolare, ... la trattazione del contenzioso”.

E tale disposizione – che appare in sintonia con quanto disposto dall’art. 7, comma 3, del medesimo regolamento – risulta costantemente intesa da questa corte (v., tra le altre, Cass. 604/05, 11551/05, nelle motivazioni), con indirizzo da cui non vi è motivo di discostarsi, nel senso che gli uffici periferici delle Agenzie sono deputati alla trattazione del contenzioso nei limiti stabiliti dalla legge; e cioè – ai sensi del D.Lgs. n. 546 del 1992, artt. 10 e 11, che riconoscono agli uffici locali la posizione processuale di parte e l’accesso alla difesa diretta davanti alle commissioni tributarie attraverso la rappresentanza del direttore – costituendosi direttamente in giudizio, a mezzo dei relativi direttori, dinanzi alle commissioni di merito.

Gli uffici locali dell’Agenzia, esplicazione territoriale dell’Agenzia centrale sono, quindi, legittimati ad agire ed esser convenuti nei giudizi davanti alle commissioni tributarie ed in questi sono rappresentati dal direttore nominato, avente funzioni dirigenziali, che per la gestione e l’adempimento dei compiti ad esso demandati può delegare suoi diretti collaboratori a scopi determinati.

Quanto esposto in precedenza comporta, con riferimento al caso di specie, che, diversamente da quanto ritenuto dal giudice *a quo*, deve ritenersi che gli appelli proposti per l’Agenzia dal direttore tributario N.R., a ciò delegato dal direttore dell’Agenzia, Ufficio di (...), D.M.G., sono ammissibili (*omissis*)».

#### 4. L’AGENZIA DEL DEMANIO E LA LEGITTIMAZIONE PROCESSUALE.

A) LE OPINIONI DEL M.E.F., DELL’AGENZIA E DELLA RAGIONERIA GENERALE; B) LE CIRCOLARI DELL’AVVOCATO GENERALE.

#### **Relazione per il Comitato Consultivo (20 luglio 2007).**

«Si tratta di stabilire a chi spetti la legittimazione processuale nelle cause che coinvolgono direttamente la proprietà degli immobili dello Stato (rivendiche, accertamenti d’usucazione e simili): l’Agenzia del Demanio sostiene che la legittimazione sia del Ministero dell’Economia e delle Finanze; quest’ultimo afferma che l’Agenzia sarebbe subentrata in ogni funzione e competenza relative a qualsiasi vicenda riguardante gli immobili dello Stato.

Con parere ribadito in data 18 maggio 2007 (all. 1) questa Avvocatura Generale optava per l’interpretazione dell’Agenzia; la resistenza opposta dal M.E.F. ha reso opportuno indire, presso l’Avvocatura, apposita riunione cui hanno partecipato qualificati rappresentanti delle Amministrazioni coinvolte (M.E.F., Demanio, Territorio); sono stati acquisiti documenti riassuntivi delle diverse posizioni, quello del M.E.F. – Dipartimento Politiche Fiscali (docc. 2 e 6), del M.E.F. – Dipartimento del Tesoro (doc. 3) e dell’Agenzia del Demanio (doc. 4); in precedenza era già stato acquisito l’avviso della Ragioneria Generale dello Stato (docc. 5 e 7).

La proposta che sottopongo alla valutazione del Comitato Consultivo, alle cui determinazioni peraltro le Amministrazioni interessate hanno già dichiarato in sede di riunione di volersi attenere, è nel senso della costituzione in giudizio di entrambi i soggetti così da rendere inutile l’eccezione di difetto di legittimazione e di evidenziare agli stessi che la gestione della lite e le relative spese saranno comunque a carico dell’Agenzia, cui resta l’onere di fornire il concreto apporto per la difesa in giudizio (Avv. A. Palatiello).»

**A.G.S. – Parere del 18 maggio 2007 n. 59320**

*Legittimazione ad causam e ad processum e patrocinio dell'Avvocatura dello Stato nell'interesse del Ministero dell'economia e delle finanze e dell'Agenzia del Demanio (consulativo 17707/07, avvocato A. Palatiello).*

«(Omissis) In relazione ad una serie di vertenze, nelle quali si controverte della proprietà di beni immobili dello Stato, il Dipartimento per le politiche fiscali ha rilevato la carenza di legittimazione passiva, indicando, quale ente competente, in alcuni casi, “l'Agenzia del Territorio che è subentrata all'ex Dipartimento del territorio del soppresso Ministero delle Finanze”, ed in altri, l'Agenzia del Demanio.

A sostegno di tale tesi, il Dipartimento effettua una ricostruzione del quadro normativo delineatosi a seguito dell'entrata in vigore del decreto legislativo n. 300 del 1999, citando numerose pronunce giurisprudenziali, nonché l'articolo 20, comma 3, del d.P.R. n. 107/01 (che sostanzialmente riproduce quanto previsto dall'articolo 57 del decreto legislativo n. 300/99, a norma del quale “Per la gestione delle funzioni esercitate dai dipartimenti delle entrate, delle dogane, del territorio e di quelle connesse svolte da altri uffici del ministero sono istituite l'agenzia delle entrate, l'agenzia delle dogane, l'agenzia del territorio e l'agenzia del demanio, di seguito denominate agenzie fiscali. Alle agenzie fiscali sono trasferiti i relativi rapporti giuridici, poteri e competenze che vengono esercitate secondo la disciplina dell'organizzazione interna di ciascuna agenzia.”), che ha stabilito che “le Agenzie fiscali subentrano al Ministero nei rapporti giuridici, poteri competenze e controversie relative alle funzioni ad esse trasferite...”.

Di contro, l'Agenzia del Demanio, in linea con l'avviso espresso dalla Scrivente, ritiene ancora legittimato passivo il Ministero dell'economia e delle finanze in tutte le controversie in cui sia posta in discussione la titolarità di un bene dello Stato.

Al riguardo, la Scrivente ritiene che sia proprio l'inciso “relative alle funzioni ad esse trasferite...” contenuto nella norma sopra citata, a circoscrivere il perimetro del “trasferimento” in questione, intervenuto a seguito del nuovo assetto delineato dal decreto legislativo n. 300 del 1999.

Con specifico riguardo all'Agenzia del Territorio, che il citato Dipartimento indica, talvolta, quale soggetto legittimato, si osserva che l'articolo 64 del citato decreto legislativo n. 300/99, che individua le competenze di detta Agenzia, non contiene alcun riferimento alla titolarità (*rectius* proprietà) dei beni immobili dello Stato.

Quanto poi all'Agenzia del demanio, l'articolo 65 dello stesso decreto legislativo n. 300 del 99, prevede che «All'agenzia del demanio è attribuita l'amministrazione dei beni immobili dello Stato, con il compito di razionalizzarne e valorizzarne l'impiego, di sviluppare il sistema informativo sui beni del demanio e del patrimonio, utilizzando in ogni caso, nella valutazione dei beni a fini conoscitivi ed operativi, criteri di mercato, di gestire con criteri imprenditoriali i programmi di vendita, di provvista, anche mediante l'acquisizione sul mercato, di utilizzo e di manutenzione ordinaria e straordinaria di tali immobili...».

Già il tenore letterale della norma, che fa espresso riferimento alla “amministrazione” e non anche, ad esempio, alla “titolarità” dei beni in questione, indurrebbe a ritenere trasferita a detta Agenzia esclusivamente la gestione dei beni immobili dello Stato, non anche la proprietà.

Inoltre, un'interpretazione logico sistematica e teleologica dell'articolo 65 citato – che si inserisce peraltro nel quadro di un riassetto organizzativo che ha visto incorporare le funzioni operative dei previgenti Dipartimenti dal Ministero, per affidarle alle Agenzie fiscali

sembrerebbe avvalorare la suesposta tesi, in considerazione del fatto che l'Agenzia, nella *amministrato* dei beni in questione, è tenuta a *valorizzarne l'impiego, utilizzando in ogni caso a fini operativi, criteri di mercato*, così chiaramente orientando l'azione amministrativa dell'Agenzia, che deve informare la propria attività a criteri di gestione sostanzialmente imprenditoriali.

A completamento del processo innovativo delineato con il decreto legislativo n. 300 del 1999, è poi intervenuto il decreto legislativo n. 173 del 2003, che ha previsto la trasformazione dell'Agenzia del demanio in ente pubblico economico.

Quanto appena rappresentato indurrebbe ad escludere la riconducibilità, a detta Agenzia, della titolarità dei beni immobili dello Stato e, dunque, la legittimazione passiva della stessa nelle cause in cui sia in contestazione la proprietà del bene.

Tenuto tuttavia conto della posizione del Dipartimento per le politiche fiscali, nonché della necessità di assumere una linea – anche difensiva – unitaria e condivisa, si ritiene opportuno convocare una riunione presso la Scrivente – I piano, sala Mantellini – per il giorno 30 maggio p.v., ore 9.30, alla quale codesti Uffici avranno cura di assicurare la partecipazione di qualificati rappresentanti (*omissis*)».

### **Considerazioni del Dipartimento delle politiche fiscali.**

«Per quanto riguarda la proprietà dei beni dello Stato, sebbene l'articolo 42 della Costituzione, nel prevedere una proprietà pubblica accanto ad una privata sembra avallare una soluzione qualificatoria dei diritti sui beni pubblici di stampo dominicale, le norme del codice civile e le leggi speciali di settore, tuttavia, non utilizzano mai il termine proprietà per designare il rapporto tra i pubblici poteri ed i beni pubblici, qualificandolo, piuttosto, in termini di appartenenza. Essendo questo termine privo di specificità giuridica, per coglierne il significato occorre verificare la portata dei poteri, delle facoltà e dei diritti attribuiti dall'ordinamento alle amministrazioni pubbliche cui essi appartengono.

Relativamente ai beni patrimoniali disponibili, l'amministrazione può vantare un autentico diritto di proprietà che può definirsi pubblica solo in ragione della loro appartenenza ad organi dell'apparato pubblico, ma che nella sostanza è assimilabile a quella di diritto comune.

Quanto ai beni demaniali ed ai beni del patrimonio indisponibile dello Stato il particolare regime che ne sancisce l'inusucapibilità, l'inalienabilità e l'inespropriabilità, sembra contrassegnare un tipo di proprietà che è pubblica non tanto in ragione della titolarità, come avviene per i beni patrimoniali disponibili, quanto, piuttosto, per la natura dei poteri, delle facoltà e degli scopi che la connotano, tutti gravitanti nell'orbita del diritto pubblico e tali da indurre a qualificarla come proprietà-funzione.

Il concetto di proprietà-funzione va inteso in senso diverso rispetto a quello di "funzione sociale" che si rinviene nell'articolo 42 della Costituzione con riferimento alla proprietà privata, in quanto è espressivo di tutta una serie di compiti, doveri e oneri che la pubblica amministrazione è chiamata ad assolvere per la conservazione, gestione ed utilizzazione dei beni demaniali.

Il concetto di proprietà, quindi, può essere usato solo come schema generale di riferimento, suscettibile di essere riempito di poteri e facoltà variabili in ragione dei diversi scopi che essa è destinata a realizzare.

La proprietà-funzione, proprio perché gravita tutta nell'ambito del diritto pubblico, è una proprietà-scopo che si risolve nel fine pubblico istituzionale dell'ente di appartenenza.

Sotto il profilo contenutistico, essa, pertanto, si sostanzia in doveri di gestione, di controllo e di conservazione finalizzati a consentire che i beni pubblici siano sempre in grado di realizzare i loro scopi, ma anche in poteri diretti ad incentivare le potenzialità di utilizzazione e di sfruttamento, attraverso l'uso di strumenti pubblicistici (concessioni o autorizzazioni) idonei a contemperare l'interesse statico alla loro conservazione con quello dinamico volto a potenziarne le capacità evolutive (R. GALLI-D. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, 2004, p. 583).

Da quanto sopra esposto, quindi, per i beni pubblici, a differenza di quelli privati, il diritto positivo presenta una significativa esitazione ad intitolarli alla proprietà.

Ciò emerge dalla considerazione di tutte le principali formule normative che li riguardano.

Il r.d. 18 novembre 1923, n. 2440 esordisce con una norma così formulata: "i beni immobili dello Stato, tanto pubblici quanto posseduti a titolo di privata proprietà, sono amministrati a cura del Ministero delle finanze, salve le eccezioni stabilite da leggi speciali".

Anche il regolamento di esecuzione di questa legge (r.d. n. 827/1924) ne segue la farragine: "i beni dello Stato si distinguono in demanio pubblico e beni patrimoniali, secondo le norme del codice civile", laddove è vano cercare l'intitolazione di una posizione giuridica alla proprietà statale dei beni pubblici (*a fortiori* alla proprietà pubblica).

Il codice civile del 1942 evita di classificare le proprietà e di menzionare la proprietà pubblica: beni "appartengono" allo Stato e agli enti territoriali e non territoriali (artt. 822-831).

Ancora più significativo è che la normativa sui beni appartenenti "allo Stato, agli enti pubblici e agli enti ecclesiastici" sia contenuta nel titolo I del libro III del codice; mentre soltanto il titolo successivo reca la disciplina della proprietà, quale diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo (art. 832 c.c.).

Nella proprietà pubblica prevalgono nettamente esigenze, finalità e, di conseguenza, discipline normative specifiche che vedono il soggetto pubblico "proprietario" quale centro di imputazioni giuridiche tutte qualificate per la doverosità. La c.d. proprietà pubblica è, cioè, sempre espressione di un dovere e la sua gestione implica esercizio di una pubblica funzione. Infatti, i beni classificati come demaniali e come patrimoniali indisponibili si presentano quali oggetto prevalente di doveri amministrativi piuttosto che di diritti per il loro titolare nominato (CAPUTI-JAMBRENGHI, *Diritto Amministrativo*, Monduzzi, 2005, p. 180).

Premesso quanto sopra sul concetto di proprietà pubblica, si torna a dire che anche a seguito delle innovazioni introdotte dal decreto legislativo n. 173 del 2003, il decreto legislativo n. 300 del 1999 conserva un ruolo primario nella regolamentazione dell'attività dell'Agenzia del Demanio Ente pubblico economico.

Infatti, ai sensi dell'articolo 66, comma 1, ultimo periodo del predetto D.Lgs. n. 300, come modificato dal D.Lgs. n. 173 "L'Agenzia del Demanio è regolata, salvo che non sia diversamente disposto dal presente decreto legislativo, dal codice civile e dalle altre leggi relative alle persone giuridiche private".

L'inciso contenuto nella norma conferma la specialità della regolazione data con il D.Lgs. n. 300; il rinvio alla disciplina civilistica o comunque privatistica contenuto nel citato articolo 66 è da ritenere di carattere residuale e sussidiario rispetto a quanto già disposto nel D.Lgs. n. 300 (cfr. parere dell'Ufficio legislativo finanze, prot. n. 3-16868 del 9 dicembre 2004).

Peraltro, l'articolo 1, comma 3, dello Statuto dell'Agenzia prevede che l'attività dell'Agenzia stessa è regolata dal D.Lgs. n. 300 del 1999, dallo Statuto, dalle norme del codice civile e delle altre leggi relative alle persone giuridiche private.

Ciò premesso, ai sensi del combinato disposto dell'articolo 57 del D.Lgs. n. 300/99 (dal quale emerge che le Agenzie fiscali sono state istituite per la gestione delle funzioni che in

passato venivano esercitate dai Dipartimenti del Ministero delle finanze e che alle Agenzie stesse sono trasferiti i rapporti giuridici inerenti all'esercizio delle funzioni, poteri e competenze che vengono esercitati secondo la disciplina dell'organizzazione interna di ciascuna Agenzia), dell'articolo 17, comma 3, del previgente Statuto dell'Agenzia (ai sensi del quale l'Agenzia subentra al Ministero delle finanze nei rapporti giuridici, poteri e competenze relativi ai servizi ad essa trasferiti o assegnati) e dell'articolo 12, comma 1, dello Statuto vigente (il quale afferma che l'Ente pubblico economico Agenzia del Demanio succede a titolo universale a tutti i rapporti giuridici, sostanziali e processuali in titolarità dell'Agenzia del Demanio alla data della trasformazione) si è attuata una sostanziale successione dell'Agenzia nelle competenze gestori del Dipartimento del territorio (area demanio).

A tale ultimo riguardo, si ricorda che il menzionato r.d. n. 2440/1923 aveva attribuito al Ministero delle finanze l'amministrazione (e non la proprietà) dei beni immobili dello Stato, tanto pubblici che posseduti a titolo di proprietà privata, funzione ora di competenza dell'Agenzia del Demanio *ex articolo* 65 del D.Lgs. n. 300/1999.

Peraltro, la Corte Costituzionale nella sentenza n. 427/2004 parla di beni demaniali e patrimoniali dello Stato come di beni nella proprietà e disponibilità dello Stato e per esso dell'Agenzia del Demanio.

La speciale caratteristica del caso di specie è il fatto che l'attribuzione di potestà originariamente in capo al Ministero sia avvenuta attraverso un atto normativo primario e non con atto amministrativo, come nelle ipotesi della concessione e della delegazione amministrativa. Pur nella diversità dello strumento giuridico, il risultato è identico, e cioè una separazione tra titolarità di posizioni giuridiche sostanziali ed esercizio dei poteri e dei diritti.

Proprio tale separazione comporta come conseguenza, sul piano della tutela giurisdizionale, l'attribuzione della *legitimatō ad causam* esclusivamente al soggetto cui è stato conferito l'esercizio dei poteri e delle funzioni, separatamente dalla titolarità di corrispondenti situazioni sostanziali (Cass. Civ. Sez. Unite n. 3118/2006). Le Sezioni Unite richiamano, in proposito, la consolidata giurisprudenza della Corte (fra le più recenti, sentenze 16 novembre 2001, n. 14378; 26 giugno 2003, n. 10163; 16 luglio 2003, n. 11139; 4 settembre 2004, n. 17881).

Sempre la Cassazione, con sentenza n. 11979 dell'8 agosto 2003, ha osservato che "a partire dal 1° gennaio 2001, si è verificata una successione nella titolarità dei rapporti, poteri e competenze in materia tributaria tra soggetti distinti: il Ministero, da un lato, e l'agenzia fiscale, dall'altro, senza che sia configurabile alcun nesso di natura organica tra il primo e la seconda".

"... Deve escludersi che l'agenzia fiscale possa qualificarsi come organo statale od amministrazione statale ad ordinamento autonomo e che il Ministero delle finanze possa conservare per tale ragione (neppure adducendo l'essenzialità, per lo Stato, dell'esercizio del potere impositivo) la legittimazione processuale..."

In definitiva, sembra possa rilevarsi come sia da escludere totalmente un qualsiasi coinvolgimento del Ministero quale soggetto attivo o passivo di procedimenti contenziosi, dato che il nuovo assetto organizzativo gli attribuisce solo funzioni di indirizzo, vigilanza e controllo sui risultati di gestione delle Agenzie fiscali».

### **Considerazioni del Dipartimento del Tesoro.**

«L'Agenzia del Demanio è nata dalla suddivisione e dal conferimento delle funzioni del Ministero delle Finanze alle quattro Agenzie Fiscali (Entrate, Territorio, Dogane e

Demanio) istituite nell'ambito della nuova organizzazione del Ministero dell'Economia e delle Finanze a seguito del Decreto Legislativo n. 300/1999.

In seguito, il Decreto Legislativo 173/03 ha trasformato l'Agenzia in Ente Pubblico Economico (EPE). Tale trasformazione, peraltro, non incide sulla natura delle funzioni dell'Agenzia che continua ad essere assoggettata ai poteri di indirizzo e di controllo da parte dello Stato, posto che l'art. 1 dello Statuto dispone che *"l'Agenzia è sottoposta all'alta vigilanza del Ministero dell'economia e delle finanze, che ne detta gli indirizzi"*, ciò mediante l'Atto di indirizzo triennale, inviato annualmente dal Ministro dell'Economia e delle Finanze; inoltre, essa è soggetta al controllo della Corte dei Conti che viene esercitato, tra l'altro, con la presenza alle sedute del Comitato di Gestione di un magistrato della Corte delegato al controllo.

Per quanto attiene alla definizione delle competenze assegnate dall'Agenzia del Demanio, Part. 65 del D.Lgs. 300/99, statuisce che: *"All'Agenzia del Demanio è attribuita l'amministrazione dei beni immobili dello Stato, con il compito di razionalizzarne e valorizzarne l'impiego, di sviluppare il sistema informativo sui beni del demanio e del patrimonio, utilizzando in ogni caso, nella valutazione dei beni a fini conoscitivi ed operativi, criteri di mercato, di gestire con criteri imprenditoriali i programmi di vendita, di provvista, anche mediante l'acquisizione sul mercato, di utilizzo e di manutenzione ordinaria e straordinaria di tali immobili"*.

I compiti svolti dall'Agenzia trovano ulteriore puntualizzazione nello Statuto, pubblicato sulla G.U. n. 48 del 27 febbraio 2004, il quale all'art. 2 dispone che: *"L'Agenzia svolge tutte le funzioni e i compiti ad essa attribuiti dalla legge e relativamente ai beni immobili dello Stato, e provvede, tra l'altro, a:*

*a) definire la loro ottimale composizione nel tempo e tutelarne l'integrità e la corretta utilizzazione, assicurando il soddisfacimento delle esigenze statali, anche attraverso acquisizioni, dismissioni e sdemanializzazioni;*

*b) assicurare le conoscenze complete ed aggiornate delle loro caratteristiche fisiche e giuridiche;*

*c) garantire i più alti livelli di redditività e definire e realizzare gli interventi finalizzati alla loro realizzazione;*

*d) coordinare la programmazione dei loro usi ed impieghi nonché gli interventi edilizi sugli stessi monitorandone lo stato di attuazione;*

*e) svolgere tutte le attività connesse e strumentali rispetto a quelle di cui alle precedenti lettere"*.

Dalla lettura delle suddette norme emerge con palese evidenza la natura strettamente gestoria delle competenze attribuite dalla legge all'Agenzia del demanio in materia di tutela e valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico.

L'assunto trova ulteriore conferma nell'Atto di indirizzo per il conseguimento degli obiettivi di politica fiscale adottato dal Ministero dell'economia e delle finanze, per gli anni 2006/2009 il quale, nel delineare gli obiettivi che l'Agenzia dovrà perseguire nel triennio, tutti correlati ad attività di gestione ai fini della razionalizzazione, valorizzazione e messa a reddito del patrimonio immobiliare pubblico (vedi punto 3.4, lettere a, b, c, d, e), dispone al punto 1 che *"quanto alla gestione dei beni pubblici (...) l'Agenzia del demanio orienterà la propria azione sulla base delle seguenti linee di intervento: (...) creazione del valore e gestione proattiva degli immobili di proprietà dello Stato"*.

Le suddette norme, peraltro, vanno lette in combinato disposto con l'art. 20 comma 3 del d.P.R. n. 107/2001 (Regolamento di organizzazione del Ministero dell'Economia e delle

Finanze) il quale statuisce che “*Le Agenzie fiscali subentrano al Ministero nei rapporti giuridici, poteri, competenze e controversie relative alle funzioni ad esse trasferite*”.

Ne consegue che, posto che le funzioni trasferite a norma di legge all’Agenzia del Demanio attengono esclusivamente all’amministrazione dei beni immobili dello Stato con esclusione di qualsiasi riferimento alla loro titolarità, la legittimazione passiva della medesima nelle controversie ad essi collegate è inscindibilmente connessa al suo ruolo di gestore del patrimonio immobiliare pubblico in nome e per conto dello Stato, quale titolare del diritto di proprietà sugli stessi.

Dalla lettura della norma, peraltro, si evince che l’esercizio della rappresentanza in giudizio da parte dell’Agenzia del demanio è strettamente correlata con l’adempimento delle funzioni ad essa trasferite, costituendo una delle modalità con cui in concreto l’Agenzia provvede a garantire la tutela e la conservazione del patrimonio affidato alle sue cure; ne deriva che tale attività, lungi dall’aver carattere eventuale, costituisce un corollario delle sue competenze in quanto tale non necessitante di mandato ad agire *ad hoc*.

A conferma di ciò sono molteplici gli esempi di controversie in cui l’Agenzia del demanio negli anni passati è intervenuta a sostegno delle ragioni di interesse pubblico in assenza di specifico incarico da parte del MEF; per attenersi alle vicende più recenti si può far menzione della questione attinente all’interpretazione data da talune Regioni a statuto speciale (Friuli Venezia Giulia e Sicilia) alle norme dello statuto concernenti la titolarità e il trasferimento di beni immobili statali e delle vicende attinenti alla dismissione del patrimonio immobiliare del Ministero della difesa alla luce della disciplina dettata dal D.L. n. 269/2003.

È d’uopo ribadire, in proposito, che si tratta di attività e competenze che l’Agenzia svolge “in rappresentanza” e sotto la vigilanza del MEF, quindi in nome e nell’interesse dello Stato che continua a mantenere la titolarità dei beni in questione.

Ad ulteriore sostegno del suddetto assunto è utile fare richiamo a taluni dati normativi che assumono peculiare rilievo nella materia *de quo*.

L’art. 3 dello Statuto dell’Agenzia dispone che: “*Il patrimonio è costituito da un fondo di dotazione e dai beni mobili e immobili strumentali all’attività dell’Agenzia. I beni che costituiscono il patrimonio iniziale sono individuati con decreto del Ministero dell’economia e delle finanze*”.

In attuazione di tale disciplina il MEF ha provveduto con D.M. del 29 luglio 2005 a dare avvio al processo di patrimonializzazione dell’Agenzia disponendo il trasferimento di taluni beni demandando ad un successivo Decreto, ad oggi in fase di adozione, l’individuazione di ulteriori cespiti.

Se ne ricava che il patrimonio immobiliare dell’Agenzia del Demanio è costituito da beni che lo Stato, mediante appositi provvedimenti, ha provveduto ad assegnare alla sua titolarità, per cui in assenza di specifico conferimento, i beni che la medesima gestisce rimangono confinati nella mera sfera dell’esercizio del potere di amministrazione dell’Agenzia.

Le stesse linee guida sono deducibili dalla lettura della disciplina in materia di dismissione del patrimonio immobiliare pubblico dettata dalla Legge n. 410/2001.

Tale normativa dispone che il conferimento dei cespiti tanto alla SCIP, società veicolo delle operazioni di cartolarizzazione (artt. 1 e 3) tanto ai fondi immobiliari chiusi (art. 4) avvenga con Decreto di natura non regolamentare del Ministro dell’economia e delle finanze, mentre riconosce all’Agenzia del Demanio compiti di individuazione dei beni da trasferire nella fase “attuativa” delle operazioni e di gestione nella fase “esecutiva”.

Conformemente a ciò, l’art. 26 del D.L. 269/2003 comma 9 *bis*, al fine di favorire la valorizzazione dei beni immobili statali e nell’ambito del perseguimento degli obiettivi di finanza

pubblica in funzione del patto di stabilità e crescita, prevede che “(...) l’Agenzia del demanio, con decreto del Ministero dell’Economia e delle Finanze, può essere autorizzata a vendere a trattativa privata, anche in blocco, beni immobili dello Stato a S.I. S.p.A.”

In attuazione della suddetta norma il Ministro dell’Economia e delle finanze è intervenuto con il D.M. 1 dicembre 2005 per rilasciare l’autorizzazione richiesta *ex lege*.

Dalle suddette disposizioni emerge con assoluta evidenza che titolare del patrimonio immobiliare che l’Agenzia amministra è il soggetto Stato, alla cui autorizzazione è subordinato l’esercizio diretto del potere di disposizione dei cespiti da parte dell’Agenzia e ai cui interventi normativi è collegato il conferimento di tali beni a soggetti differenti, Agenzia del Demanio compresa. (*omissis*)».

### **Considerazioni dell’Agenzia del Demanio.**

«Con la presente, lo scrivente Ufficio intende porre in evidenza alcune problematiche connesse alla legittimazione passiva del Ministero dell’Economia e delle Finanze nei giudizi afferenti alla proprietà dei beni immobili dello Stato.

Alcuni Uffici del predetto Dicastero e, su richiesta di questo, diverse Avvocature Distrettuali, ritengono che, nelle predette controversie, non sussista la legittimazione passiva del Ministero, in quanto, a seguito dell’istituzione, con D.Lgs. n. 300/1999, delle Agenzie Fiscali e, in particolare, dell’Agenzia del Demanio, ente pubblico dotato di autonoma personalità giuridica, cui è stata attribuita la gestione dei beni immobili dello Stato, l’Agenzia sarebbe l’unico soggetto legittimato a resistere anche nelle cause che vertono sulla proprietà di detti beni.

Tale orientamento è stato manifestato nell’ambito di diversi contenziosi.

Fra tutti, si rammenta, ad esempio, la recente causa avviata innanzi al Tribunale Civile di Napoli dalla sig.ra S. contro lo Stato – Ministero dell’Economia e delle Finanze (come proprietario *pro quota ex art. 586 c.c.*), al fine di ottenere dal Tribunale adito il riconoscimento dell’avvenuta acquisizione, per usucapione, della proprietà di due unità immobiliari in Napoli.

A seguito della notifica dell’atto di citazione della sig.ra S., l’Ufficio Amministrazione delle Risorse del Dipartimento per le Politiche Fiscali del predetto Dicastero, con nota prot. 56731/2006, ha richiesto all’Avvocatura Distrettuale di Napoli di eccepire in giudizio il difetto di legittimazione passiva del Ministero, in quanto con D.Lgs. n. 300/99 è stata attribuita all’Agenzia del Demanio, autonomo soggetto giuridico, l’amministrazione dei beni immobili dello Stato, per cui la stessa andava ritenuta come unico soggetto legittimato a resistere nella lite *de qua*.

L’Organo Legale, recependo dette indicazioni, contrastanti con quelle fornite da quest’Agenzia, che ha agito in linea con gli accordi intercorsi e formalizzati nel Protocollo d’Intesa con l’Avvocatura Generale, ha richiesto l’integrazione del contraddittorio (autorizzata dal Giudice) nei confronti della scrivente nonché l’estromissione del Ministero dal giudizio (sulla base di una prassi comune e frequente posta in essere dalle Avvocature Distrettuali, anche di propria iniziativa).

Quanto sopra è avvenuto anche nel giudizio promosso da B. e M. contro il Ministero dell’Economia e delle Finanze e l’Agenzia del Demanio, avente ad oggetto il riconoscimento in capo agli attori della proprietà di una porzione di demanio idrico. Anche in tal caso, il Ministero aveva richiesto alla Distrettuale di sollevare il difetto di legittimazione passiva dello stesso, ma il T.R.A.P. Torino ha diversamente concluso con la sentenza n. 38/06, accogliendo la domanda attorea e ritenendo legittimato passivo il Ministero.

La tesi seguita dal Dipartimento Politiche Fiscali, fondata su interpretazione estensiva del D.Lgs. n. 300/99 e delle norme ad esso collegate, ha determinato l'insorgere di un conflitto nel patrocinio che l'Avvocatura svolge nell'interesse di entrambi gli enti.

Appare, pertanto, utile rinvenire una comune e concorde strategia difensiva, al fine, da un lato, di non duplicare inutilmente le spese di lite a carico del bilancio dello Stato, dall'altro, di fornire omogenee istruzioni all'Organo Legale, che si costituisce nell'interesse di entrambi gli enti, i quali agiscono a tutela dei medesimi interessi e perseguono identiche finalità pubbliche, ovvero la tutela del patrimonio dello Stato. Il Ministero dell'Economia e delle Finanze, quale soggetto che rappresenta la proprietà; l'Agenzia del Demanio, quale soggetto meramente gestore del patrimonio dello Stato.

Sotto il profilo strettamente giuridico, a sostegno della tesi seguita dalla scrivente Agenzia e condivisa sia dall'Avvocatura Generale sia dalla Ragioneria Generale dello Stato, si evidenzia, infatti, che a norma dell'art. 57 del D.Lgs. n. 300/99 e s.m.i., le Agenzie Fiscali sono subentrate al Ministero vigilante nei "rapporti giuridici, poteri e competenze" per le funzioni ad esse trasferite, funzioni che, per quanto attiene l'Agenzia del Demanio, afferiscono alla gestione degli immobili dello Stato, *rimasto titolare del diritto di proprietà sugli stessi* (nello stesso senso, l'art. 3 del D.M. 28 dicembre 2000).

È chiaro, dunque, che questa Agenzia è subentrata nella titolarità dei rapporti giuridici relativi alla gestione dei beni in parola, ma non nella *titolarità dei diritti*, in primis *del diritto di proprietà* sugli stessi, che, rimanendo allo Stato, lo rende legittimato passivo nei giudizi in cui si controverte di tale diritto.

In tal senso, d'altra parte, si è espressa anche l'Avvocatura Generale dello Stato, con nota prot. 128139 del 9 novembre 2006, in accordo con ampia giurisprudenza dei Tribunali delle Acque Pubbliche, orientamento condiviso anche dal Giudice Ordinario (si veda, ad es. Trib. Civ. Torino, sentenza n. 5500/06 – P. contro Agenzia del Demanio; Trib. Civ. Torino, sentenza n. 8086/03).

Tale nota è stata condivisa anche dal Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato, nella nota prot. 38039 del 2006.

Come detto, inoltre, diversi precedenti giurisprudenziali confermano questa tesi, affermando la necessità che il Ministero dell'Economia e delle Finanze, in quanto soggetto proprietario dei beni immobili dello Stato, partecipi alle controversie *de quibus*, poiché è nei suoi confronti che, innanzitutto, deve formarsi il giudicato che incide sul diritto di proprietà e, pertanto, è *soggetto legittimato passivo nei relativi giudizi*.

In ragione di quanto detto, dunque, si è ritenuto che, anche al fine di non duplicare inutilmente di spese di giudizio, nelle cause "dominicali" di cui sopra, qualora venga evocato in giudizio il solo Ministero dell'Economia e delle Finanze, l'Avvocatura non debba eccepirne il difetto di legittimazione passiva né estendere il contraddittorio nei confronti dell'Agenzia del Demanio, la quale garantisce tutto il supporto documentale necessario per la difesa e la tutela degli interessi erariali (si veda, in tal senso, il punto 9 del Protocollo d'Intesa sottoscritto con l'Avvocatura).

Qualora, poi, l'atto introduttivo del giudizio sia rivolto contro entrambi i soggetti, le argomentazioni sopra descritte dovrebbero condurre l'Avvocatura a non richiedere, comunque, l'estromissione del Ministero (stante l'oggetto di cui si controverte), *bensì a redigere un unico atto difensivo nell'interesse di ambedue i convenuti in modo da contenere anche le spese processuali*.

Resta fermo, chiaramente, che, in tutte le altre controversie aventi ad oggetto l'attività di gestione svolta dalla scrivente Agenzia, seppure sempre in nome e per conto del Ministero

dell'Economia e delle Finanze, è corretto che l'Avvocatura evidenzi la successione dell'Agenzia del Demanio nei rapporti giuridici del predetto Ministero e, pertanto, richieda l'integrazione del contraddittorio nei confronti della stessa, la quale risponderà in via esclusiva di eventuali responsabilità derivanti da atti e/o fatti da questa posti in essere, qualora gli effetti pregiudizievoli non derivino da atti e/o fatti precedenti all'istituzione dell'Agenzia (e, quindi, di competenza dell'ex Dipartimento).

Infatti, nei giudizi che hanno ad oggetto esclusivamente atti e comportamenti imputabili all'Agenzia del Demanio nell'ambito della sua attività istituzionale di gestione, la sua legittimazione passiva andrà certamente ricondotta nella fattispecie giuridica della successione a titolo particolare, *ex art. 111 c.p.c.* (come da costante giurisprudenza in tal senso), relativamente ai rapporti giuridici inerenti alle funzioni ad essa trasferite.

Ferma restando la piena disponibilità a recepire altre soluzioni che venissero prospettate dai soggetti in indirizzo, le argomentazioni di cui sopra sono state esposte al fine di individuare una linea di condotta comune e coerente tra i due soggetti istituzionali preposti alla tutela del patrimonio dello Stato, per articolare nel modo più efficace la difesa degli interessi erariali, permettendo una proficua collaborazione tra le Avvocature Distrettuali, l'Agenzia del Demanio (nonché le sue strutture territoriali) ed il Ministero vigilante. (*omissis*).

### **Considerazioni della Ragioneria generale dello Stato.**

«Con il foglio n. 128140 P, datato 9 novembre 2006, l'Avvocatura Generale dello Stato aveva chiesto, dopo aver svolto talune considerazioni di natura giuridica, notizie in merito alla documentazione inerente al demanio idrico funzionali alla causa indicata in oggetto.

A tal riguardo, si è ritenuto, con la lettera n. 167454 del 18 dicembre 2006, trasmettere per competenza a codesto Dipartimento la suddetta richiesta.

In quella sede, è stato anche precisato che la partecipazione ad eventuali controversie volte all'accertamento del diritto di proprietà (o di altro diritto reale) sui beni immobili appartenenti, *prima facie*, allo Stato non rientra nella competenza del Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato.

Successivamente, con la nota in esito, codesto Dipartimento per le Politiche Fiscali ha comunicato, invece, il proprio avviso di “*assoluta estraneità alle controversie relative ai beni demaniali*”, precisando, altresì, “*che la fattispecie in oggetto non rientra in alcun modo nelle competenze di quest'Ufficio né risulta che la competenza in materia possa rinvenirsi in qualunque altro Ufficio di questo Ministero*” (dell'Economia e delle Finanze).

Ciò posto, non possono condividersi le conclusioni esposte nella predetta nota, anche alla luce dell'avviso espresso dall'Avvocatura Generale dello Stato relativamente alla circostanza che “*allo Stato, e per esso al Ministero Economia e Finanze, è rimasta la legittimazione passiva in controversie dominicali, quali – tra altre – rivendiche ex previgente art. n. 941 cod. civ., oppure per asserita usucapione*”.

In particolare, giova rammentare che, tra le competenze attribuite al Ministero dell'Economia e delle Finanze e ascrivibili al Dipartimento per le Politiche Fiscali, a norma dell'articolo 24, lettera *d*), nonché dell'articolo 25 del D.Lgs. n. 3011/1999, rientrano le “*funzioni previste dalla legge in materia di demanio, patrimonio della Stato, catasto e conservatorie dei registri immobiliari*”.

Pertanto, si ritiene che la legittimazione passiva del Ministero dell'Economia e delle Finanze nelle controversie dominicali concernenti il demanio idrico sia riconducibile alle attività istituzionalmente affidate alla cura di codesto Dipartimento che, quindi, vorrà provvedere, nel proprio ambito, in merito».

### **Ulteriori considerazioni del Dipartimento per le politiche fiscali.**

«Nel documento “*format contenzioso*”, inviato per *mail* in data 8 giugno c.a., si afferma che la titolarità di beni immobili pubblici spetta al Ministero dell’Economia e delle Finanze, in quanto soggetto proprietario del patrimonio immobiliare dello Stato.

Si legge, inoltre, che sono, invece, trasferite all’Agenzia del Demanio le funzioni concernenti l’amministrazione del patrimonio immobiliare pubblico “ai fini della sua tutela, razionalizzazione, valorizzazione e messa a reddito”, e che l’art. 20, comma 3, del d.P.R. n. 107/2001 (Regolamento di organizzazione del Ministero dell’Economia e delle Finanze) statuisce che “*Le Agenzie fiscali subentrano al Ministero nei rapporti giuridici, poteri, competenze e controversie relative alle funzioni ad esse trasferite*”.

A tal proposito, per quanto riguarda la proprietà dei beni dello Stato, si torna a ripetere quanto segue.

Sebbene l’articolo 42 della Costituzione, nel prevedere una proprietà pubblica accanto ad una privata sembra avallare una soluzione qualificatoria dei diritti sui beni pubblici di stampo dominicale, le norme del codice civile e le leggi speciali di settore, tuttavia, non utilizzano mai il termine proprietà per designare il rapporto tra i pubblici poteri ed i beni pubblici, qualificandolo, piuttosto, in termini di appartenenza. Essendo questo termine privo di specificità giuridica, per coglierne il significato occorre verificare la portata dei poteri, delle facoltà e dei diritti attribuiti dall’ordinamento alle amministrazioni pubbliche cui essi appartengono.

Relativamente ai beni patrimoniali disponibili, l’amministrazione può vantare un autentico diritto di proprietà che può definirsi pubblica solo in ragione della loro appartenenza ad organi dell’apparato pubblico, ma che nella sostanza è assimilabile a quella di diritto comune.

Quanto ai beni demaniali ed ai beni del patrimonio indisponibile dello Stato il particolare regime che ne sancisce l’iususcapibilità, l’inalienabilità e l’inespropriabilità, sembra contrassegnare un tipo di proprietà che è pubblica non tanto in ragione della titolarità, come avviene per i beni patrimoniali disponibili, quanto, piuttosto, per la natura dei poteri, delle facoltà e degli scopi che la connotano, tutti gravitanti nell’orbita del diritto pubblico e tali da indurre a qualificarla come proprietà-funzione.

Il concetto di proprietà-funzione va inteso in senso diverso rispetto a quello di “funzione sociale” che si rinviene nell’articolo 42 della Costituzione con riferimento alla proprietà privata, in quanto è espressivo di tutta una serie di compiti, doveri e oneri che la pubblica amministrazione è chiamata ad assolvere per la conservazione, gestione ed utilizzazione dei beni demaniali.

Il concetto di proprietà, quindi, può essere usato solo come schema generale di riferimento, suscettibile di essere riempito di poteri e facoltà variabili in ragione dei diversi scopi che essa è destinata a realizzare.

La proprietà-funzione, proprio perché gravita tutta nell’ambito del diritto pubblico, è una proprietà-scopo che si risolve nel fine pubblico istituzionale dell’ente di appartenenza. Sotto il profilo contenutistico, essa, pertanto, si sostanzia in doveri di gestione, di controllo e di conservazione finalizzati a consentire che i beni pubblici siano sempre in grado di realizzare i loro scopi, ma anche in poteri diretti ad incentivare le potenzialità di utilizzazione e di sfruttamento, attraverso l’uso di strumenti pubblicistici (concessioni o autorizzazioni) idonei a contemperare l’interesse statico alla loro conservazione con quello dinamico volto a potenziarne le capacità evolutive (R.GALLI-D. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, 2004, p. 583).

Da quanto sopra esposto, quindi, per i beni pubblici, a differenza di quelli privati, il diritto positivo presenta una significativa esitazione ad intitolarli alla proprietà.

Il r.d. 18 novembre 1923, n. 2440 esordisce con una norma così formulata: “i beni immobili dello Stato, tanto pubblici quanto posseduti a titolo di privata proprietà, sono amministrati a cura del Ministero delle Finanze, salve le eccezioni stabilite da leggi speciali”.

Anche il regolamento di esecuzione di questa legge (r.d. n. 827/1924) ne segue la farsariga: “i beni dello Stato si distinguono in demanio pubblico e beni patrimoniali, secondo le norme del codice civile”, laddove è vano cercare l’intitolazione di una posizione giuridica alla proprietà statale dei beni pubblici (*a fortiori* alla proprietà pubblica).

Il codice civile del 1942 evita di classificare le proprietà e di menzionare la proprietà pubblica: beni “appartengono” allo Stato e agli enti territoriali e non territoriali (artt. 822-831).

Ancora più significativo è che la normativa sui beni appartenenti “allo Stato, agli enti pubblici e agli enti ecclesiastici” sia contenuta nel titolo I del libro III del codice; mentre soltanto il titolo successivo reca la disciplina della proprietà, quale diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo (art. 832 c.c.).

Nella proprietà pubblica prevalgono nettamente esigenze, finalità e, di conseguenza, discipline normative specifiche che vedono il soggetto pubblico “proprietario” quale centro di imputazioni giuridiche tutte qualificate per la doverosità. La c.d. proprietà pubblica è, cioè, sempre espressione di un dovere e la sua gestione implica esercizio di una pubblica funzione. Infatti, i beni classificati come demaniali e come patrimoniali indisponibili si presentano quali oggetto prevalente di doveri amministrativi piuttosto che di diritti per il loro titolare nominato (CAPUTI-JAMBRENGHI, *Diritto Amministrativo*, Monduzzi, 2005, p. 180).

Premesso quanto sopra sul concetto di proprietà pubblica, si torna a dire che anche a seguito delle innovazioni introdotte dal decreto legislativo n. 173 del 2003, il decreto legislativo n. 300 del 1999 conserva un ruolo primario nella regolamentazione dell’attività dell’Agenzia del Demanio Ente pubblico economico.

Infatti, ai sensi dell’articolo 66, comma 1, ultimo periodo del predetto D.Lgs. n. 300, come modificato dal D.Lgs. n. 173 “L’Agenzia del Demanio è regolata, salvo che non sia diversamente disposto dal presente decreto legislativo, dal codice civile e dalle altre leggi relative alle persone giuridiche private”.

L’inciso contenuto nella norma conferma la specialità della regolazione data con il D.Lgs. n. 300; il rinvio alla disciplina civilistica o comunque privatistica contenuto nel citato articolo 66 è da ritenere di carattere residuale e sussidiario rispetto a quanto già disposto nel D.Lgs. n. 300 (cfr. parere dell’Ufficio legislativo finanze, prot. n. 3-16868 del 9 dicembre 2004).

Peraltro, l’articolo 1, comma 3, dello Statuto dell’Agenzia prevede che l’attività dell’Agenzia stessa è regolata dal D.Lgs. n. 300 del 1999, dallo Statuto, dalle norme del codice civile e delle altre leggi relative alle persone giuridiche private.

Ciò premesso, ai sensi del combinato disposto dell’articolo 57 del D.Lgs. n. 300/99 (dal quale emerge che le Agenzie fiscali sono state istituite per la gestione delle funzioni che in passato venivano esercitate dai Dipartimenti del Ministero delle finanze e che alle Agenzie stesse sono trasferiti i rapporti giuridici inerenti all’esercizio delle funzioni, poteri e competenze che vengono esercitati secondo la disciplina dell’organizzazione interna di ciascuna Agenzia), dell’articolo 17, comma 3, del previgente Statuto dell’Agenzia (ai sensi del quale l’Agenzia subentra al Ministero delle finanze nei rapporti giuridici, poteri e competenze relativi ai servizi ad essa trasferiti o assegnati) e dell’articolo 12, comma 1, dello Statuto vigente (il quale afferma che l’Ente pubblico economico Agenzia del Demanio succede a

titolo universale a tutti i rapporti giuridici, sostanziali e processuali in titolarità dell'Agenzia del Demanio alla data della trasformazione) si è *attuata una sostanziale successione dell'Agenzia nelle competenze gestorie del Dipartimento del territorio (area demanio)*.

A tale ultimo riguardo, *si ricorda che il menzionato r.d. n. 2440/1923 aveva attribuito al Ministero delle finanze l'amministrazione (e non la proprietà) dei beni immobili dello Stato, tanto pubblici che posseduti a titolo di proprietà privata, funzione ora di competenza dell'Agenzia del Demanio ex articolo 65 del D.Lgs. n. 300/1999.*

*Peraltro, la Corte Costituzionale nella sentenza n. 427/2004 parla di beni demaniali e patrimoniali dello Stato come di beni nella proprietà e disponibilità dello Stato e per esso dell'Agenzia del Demanio.*

In definitiva, sembra possa rilevarsi come sia da escludere totalmente un qualsiasi coinvolgimento del Ministero quale soggetto attivo o passivo di procedimenti contenziosi, dato che il nuovo assetto organizzativo gli attribuisce solo funzioni di indirizzo, vigilanza e controllo sui risultati di gestione delle Agenzie fiscali.

Anche volendo non condividere la tesi sopra descritta, peraltro formulata da accreditata dottrina, come riportato, si fa presente che la proposta di documento per la rappresentanza in giudizio in commento appare non conforme alle norme del codice di procedura civile ed agli orientamenti della Giurisprudenza.

A tal proposito, si riporta quanto segue.

Premesso che il documento in esame riveste i caratteri formali e sostanziali di una procura speciale ad agire in giudizio rilasciata dal rappresentato Ministero dell'economia e delle finanze all'Agenzia del Demanio, l'indagine deve essere diretta a stabilire se la rappresentanza processuale esiga, per poter essere *rite et recte* conferita, la congiunta attribuzione della rappresentanza sostanziale in ordine al rapporto dedotto in giudizio o se possa legittimamente prescindere.

Alla questione suindicata, se la rappresentanza processuale esiga la congiunta attribuzione della rappresentanza sostanziale, deve darsi soluzione positiva, conformemente ad un orientamento giurisprudenziale della Corte di legittimità a Sezioni Unite (Cass. S.U. 4666/98) ormai consolidato e che di seguito si richiama: "Superate iniziali incertezze, costituisce, invero, *ius receptum* che, ai sensi dell'art. 77 cod. proc. civ., il potere rappresentativo processuale può essere conferito soltanto a colui che già sia investito di un potere rappresentativo di natura sostanziale in ordine al rapporto dedotto in giudizio (Cass. 23 ottobre 1990 n. 10287; *Id.* 9 novembre 1983 n. 6621): ed il principio si conferma di persistente validità, anche ad una rinnovata revisione critica che ne investa le premesse ermeneutiche, i percorsi argomentativi che da esse si snodano e le necessità di inquadramento sistematico. Lo svolgimento dei lavori preparatori dell'art. 77 c.p.c. conferma, poi, la necessità di una lettura della norma incompatibile con la previsione di una rappresentanza volontaria limitata agli atti processuali, alla medesima *ratio* essendosi ispirati gli artt. 12 del progetto Carnelutti; 5, cpv. dello schema Rocco; 41 del progetto Redenti; 5 del progetto preliminare Solmi; 21 del progetto definitivo Solmi; ed essendosi nella stessa Relazione del guardasigilli sul progetto definitivo espressamente rilevato che "la rappresentanza limitata ad affari giudiziari sarebbe stata in contrasto con l'interesse pubblicistico del processo che richiede la presenza in giudizio di chi abbia un reale interesse nella controversia e, d'altro canto, potrebbe dar luogo a pericolosi abusi".

Sul piano dei principi deve, inoltre, notarsi che, ai sensi dell'art. 100 cod. proc. civ., "per proporre una domanda o per contraddire alla stessa è necessario avervi interesse": e questa proposizione manifesta una capacità di riferimento non solo all'esistenza obiettiva

dell'interesse ad agire, che si risolve nella presenza o nella probabilità della lite, ma anche alla sua appartenenza, *cioè alla titolarità della lite in chi agisce, nel senso che la relazione della lite con l'agente debba consistere in ciò che l'interesse in lite sia suo.*

Posta, dunque, come necessaria la coincidenza della titolarità dell'interesse *litigioso con la corrispondente legittimazione processuale, manifestamente se ne deve dedurre l'impossibilità che taluno delegando ad altri l'ufficio di parte nel processo che riguarda una sua lite, spezzi quell'unione imposta da un principio fondamentale del processo civile* (Tribunale di Milano Sez. VI civ., 15-22 marzo 2006, n. 3682 – Pres. S. Di Blasi, Rel. A. Simonetti).

Nel caso in esame, a voler accettare la tesi della legittimazione *ad causam* del Ministero dell'economia e delle finanze per effetto della proprietà dei beni in capo al medesimo, la parte sostanziale del rapporto giuridico dedotto in giudizio (MEF) "attribuisce all'Agenzia del Demanio la rappresentanza ad agire in giudizio in nome e per conto del Ministero dell'Economia e delle Finanze nella causa *de quo* al fine di garantire adeguata tutela all'interesse dello Stato".

Detta ipotesi di procura non può ritenersi conforme al disposto dell'art. 77 c.p.c. perché priva di qualsiasi accenno al conferimento di poteri di rappresentanza sostanziale; anzi, la soluzione prospettata si fonda proprio sull'inesistenza di un interesse sostanziale dell'Agenzia, e conferisce alla stessa, si ripete, soltanto il potere di agire in giudizio in nome e per conto del Dicastero.

Per tali considerazioni, si ritiene che vi sia carenza di legittimazione ad agire dell'Agenzia del Demanio relativamente alla questione in esame.

Da ultimo, nel documento in commento si legge che "Il Dipartimento delle Politiche Fiscali, quale soggetto competente a rappresentare in giudizio il MEF per i ricorsi vertenti in materia di proprietà immobiliare, assunto quanto sopra posto e considerato, prende atto del conferimento del suddetto incarico all'Agenzia del Demanio".

Al riguardo, si ricorda che dopo la riforma del D.Lgs. n. 300/1999, le funzioni previste dalla legge in materia di patrimonio dello Stato sono state sottratte all'area funzionale delle politiche fiscali (che mantiene funzioni in materia di demanio) e conferite all'area politiche economiche e finanziarie (Dipartimento del Tesoro).

Quindi, per i ricorsi vertenti in materia di proprietà immobiliare non demaniale competente a rappresentare in giudizio il MEF è il Dipartimento del Tesoro».

**A.G.S. – Circolare 9 agosto 2007 n. 35, prot. 88408 – Comunicazione di servizio 9 agosto 2007 n. 93, prot. 88411.**

*Legittimazione nelle cause relative ai beni immobili dello Stato*'.

Già pubblicata in *questa Rassegna*, 2007, n.2, 221.

### **Relazione per il Comitato consultivo – Roma, 9 gennaio 2008.**

«Nella riunione del Comitato Consultivo tenutasi il 20 luglio 2007 si affrontò il problema della legittimazione processuale nelle cause che coinvolgono direttamente la proprietà degli immobili dello Stato (rivendiche, accertamenti d'usucapione e simili); si trattava di valutare le posizioni dell'Agenzia del Demanio, che sosteneva essere la legittimazione del solo Ministero dell'Economia e delle Finanze, e di quest'ultimo, il quale affermava che l'Agenzia sarebbe subentrata in ogni funzione e competenza relative a qualsiasi vicenda riguardante gli immobili dello Stato.

Si ricordava, nella relazione che fu all'epoca predisposta (all. 1), che con parere ribadito in data 18 maggio 2007 questa Avvocatura Generale aveva optato per l'interpretazione dell'Agenzia; la resistenza opposta dal M.E.F. aveva reso opportuno indire, presso l'Avvocatura, apposita riunione cui avevano partecipato qualificati rappresentanti delle Amministrazioni coinvolte (M.E.F., Demanio, Territorio); erano stati acquisiti documenti riassuntivi delle diverse posizioni, quello del M.E.F. – Dipartimento Politiche Fiscali, del M.E.F. – Dipartimento del Tesoro e dell'Agenzia del Demanio; in precedenza era già stato acquisito l'avviso della Ragioneria Generale dello Stato.

Il parere del Comitato Consultivo venne recepito nella circolare dell'Avvocatura Generale n. 35/07 in data 9 agosto 2007 (all. 2) con la quale venne indicata “una linea operativa unitaria” secondo cui, tra l'altro, nelle azioni reali relative alla proprietà dell'immobile e comunque in ogni vicenda in cui si tratti “di acquistare o di perdere o di modificare o di limitare la proprietà di un bene l'Avvocatura si costituirà in giudizio per entrambi gli Enti (il M.E.F. e il Demanio) ... a prescindere dall'individuazione del convenuto, tra i due predetti, fatta dall'attore e si eviterà qualsiasi eccezione di difetto di legittimazione”.

L'Agenzia del Demanio ha recentemente segnalato che nell'attuazione della predetta direttiva alcune Avvocature Distrettuali sono solite costituirsi con due separati atti; segnala inoltre che la ricordata direttiva è stata da alcune Avvocature interpretata nel senso che la costituzione in giudizio dell'Agenzia debba avvenire anche quando controparte *non* abbia notificato l'atto introduttivo alla medesima né in altro modo l'abbia chiamata in giudizio; l'Agenzia richiama in proposito l'art. 9 della vigente Convenzione (all. 3).

Propongo al Comitato Consultivo di esprimere parere favorevole ad una integrazione della precedente direttiva del 9 agosto 2007 nel senso che: *a*) quando si opera la costituzione per entrambi gli Enti (M.E.F. e Agenzia del Demanio) l'atto deve essere unico ed unitario; *b*) la costituzione in giudizio dell'Agenzia postula la notifica alla medesima dell'atto introduttivo o della chiamata in causa, a prescindere dalla domanda formulata dalla parte. L'allegato 4 contiene un possibile schema di direttiva, nella forma della circolare.

Avv. A. Palatiello»

**A.G.S. – Circolare 14 febbraio 2008 n. 12, prot. 21243 – Comunicazione di servizio 14 febbraio 2008 n. 22, prot. 21250.**

*Legittimazione nelle cause relative ai beni immobili dello Stato. Disposizioni integrative.*

«L'Agenzia del Demanio ha segnalato che nelle cause promosse contro il Ministero dell'Economia e delle Finanze in litisconsorzio con l'Agenzia alcune Avvocature Distrettuali sono solite costituirsi in giudizio con due separati atti. Tale prassi non può essere approvata non solo perché essa si risolve in un maggior costo amministrativo, ma anche perché appare in contraddizione con il presupposto logico che giustifica l'assunzione del patrocinio di entrambi i soggetti convenuti e cioè l'assoluta mancanza di conflitto di interessi tra i medesimi: appare infatti evidente che la redazione di separati atti fa apparire, almeno nella forma, una non coincidenza di posizioni sostanziali.

Colgo l'occasione per richiamare la norma di cui all'art. 9 della vigente convenzione con l'Agenzia del Demanio, giusta la quale “l'Avvocatura dà notizia ... (all'Agenzia) anche delle controversie proposte soltanto nei confronti del Ministero dell'Economia e delle Finanze e relative ai beni gestiti dall'Agenzia ... L'Avvocatura evita di chiamare l'Agenzia a partecipare alle predette controversie, quando non è ravvisabile una legittimazione della

stessa a parteciparvi ...”. Anche in esecuzione della convenzione sono state impartite le istruzioni di cui alla mia Circolare n. 35/07 e coeva Comunicazione di servizio n. 93/07, e dunque in coerenza con la medesima esse vanno intese: in particolare, il punto 2) di pag. 3, dove si dispone che nelle azioni relative a vicende “in cui si tratti di “acquistare” o di “perdere” o di “modificare” o di “limitare” la proprietà di un bene l’Avvocatura si costituirà in giudizio per entrambi gli Enti (il M.E.F. e il Demanio)... a prescindere dall’individuazione del convenuto, fra i due predetti, fatta dall’attore”, deve intendersi riferito al caso in cui entrambi gli Enti siano stati citati in giudizio, a prescindere dalle domande in concreto proposte dall’attore (in relazione alle quali si individua, appunto, il convenuto).

Non v’è ragione di costituirsi per l’Agenzia del Demanio, e dunque di determinare una sorta di spontaneo intervento in causa dell’Ente, quando l’attore non abbia proposto nei confronti di questo l’atto introduttivo del giudizio e quando, non trattandosi di vicende relative alla “gestione”, “non è ravvisabile una legittimazione della stessa (Agenzia) a parteciparvi” (art. 9 *cit.*).

Nelle cause di cui al punto 2 di pag. 3 delle ricordate istruzioni la costituzione del M.E.F. avverrà, coerentemente, in quanto vero legittimato, anche quando sia stata citata in giudizio soltanto l’Agenzia.

L’Avvocato Generale Oscar Fiumara».

## 5. L’ENTE – ORGANO E IL SIGNIFICATO DEL PATROCINIO

A) PARERI DELL’AVVOCATURA ; B) UNA RECENTE SENTENZA DI UN GIUDICE DI MERITO.

### L’ENTE ORGANO

#### a.1) A.G.S. – Parere 27 settembre 2002

*Rappresentanza e difesa dell’Istituto Superiore di Sanità* (consultivo 12401/02, avvocato A. Palatiello).

«(Omissis) codesto Istituto espone di aver ricevuto, per effetto del regolamento adottato con d.P.R. 20 gennaio 2001, n. 70, una profonda trasformazione della propria struttura, tale da aver determinato una radicale modifica della stessa natura giuridica; l’istituto sarebbe, così, divenuto ente pubblico da “organo tecnico” dello Stato, sicché dovrebbe ritenersi venuto meno il patrocinio dell’Avvocatura dello Stato. Sulla base di tale premessa, codesto Istituto manifesta comprensibile preoccupazione per la sorte dei giudizi in corso e di quelli da promuovere, e dunque chiede alla Scrivente di valutare se non sia il caso di far dichiarare l’interruzione dei primi (quando, si intende, le norme processuali consentano tale rimedio), e di adottare le opportune misure non escluso il promuovimento del d.p.c.m., di cui all’art. 43 del R.D. n. 1611/1933, di autorizzazione al patrocinio dell’Avvocatura dello Stato ad evitare eccezioni di nullità per difetto di *ius postulandi* degli atti processuali futuri (*recitius*, di quelli adottati dopo l’entrata in vigore del d.P.R. n. 70/01 *cit.*). (omissis).

Il Regolamento è stato, infine, adottato con d.P.R. 20 gennaio 2001, n. 70, che, all’art. 1 c. 1 definisce l’Istituto quale “ente di diritto pubblico, dotato di autonomia scientifica, organizzativa, amministrativa e contabile”; e al c. 2 quale “organo tecnico scientifico del servizio sanitario nazionale... sottoposto alla vigilanza del Ministro della Sanità”. Non è il caso di verificare se la qualificazione dell’Istituto quale “ente di diritto pubblico” trovi conferma nel contesto del Regolamento e se sia coerente con le indicazioni della legge (il D.Lgs. n. 419/99 non parla di conferimento di personalità giuridica, e peraltro il legislatore delegante voleva ridurre, e non ampliare, il numero degli enti; di ciò il legislatore delegato

è ben consapevole: sul punto si vedano le considerazioni del Consiglio di Stato nel parere del 29 dicembre 2000, n. 333, qui trasmesso): invero, anche una persona giuridica può essere organo dello Stato e dunque, per quanto interessa, rientrare nel novero dei soggetti affidati al patrocinio dell'Avvocatura dello Stato *ex art. 1 R.D. n. 1611/1933*.

Dunque il problema non è tanto quello di stabilire se l'I.S.S. sia davvero – ed eventualmente in che limiti – una persona giuridica pubblica, ma, ben diversamente, ai fini del patrocinio di questa Avvocatura, occorre verificare se esso continui ad essere un organo dello Stato. La risposta affermativa discende dalla considerazione degli elementi sintomatici rilevanti ai fini dell'indagine (già altre volte eseguita da questa Avvocatura Generale: ad esempio con riguardo alla Cassa Integrativa di Previdenza del Personale Telefonico Statale, o al Fondo Finanziari, o alle Autorità di Bacino; e più di recente a proposito dell'AIMA, con parere 15 luglio 2002, n. 13891, e delle Agenzie Fiscali, con parere recepito dalla P.C.M. di cui alla nota 9 luglio 2002, n. 72570; cfr. anche Cass. n. 1531/89: vicende di enti pubblici pur sempre organi dello Stato, e dunque amministrazioni statali autonome ai fini dell'art. 1 R.D. n. 1611/1933).

Tali elementi sintomatici sono: 1) i fini istituzionali dell'ente; 2) il sistema di provvista degli organi; 3) il sistema della contabilità e dei finanziamenti. *Riguardo ai fini*, essi coincidono esattamente con quelli dello Stato: la tutela della salute, oggi attraverso il coordinamento e il raccordo con gli enti locali, per il tramite del Servizio Sanitario Nazionale, del quale ultimo, come ricordato, l'Istituto continua ad essere "organo tecnico-scientifico", è uno dei compiti propri dello Stato, addirittura di rilevanza costituzionale (art. 32 e 38 Cost.); si noti in proposito che l'art. 117 Cost., anche prima della Novella di cui alla legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3, assegnava allo Stato il compito di dettare i principi fondamentali in tema, tra l'altro, di assistenza sanitaria e ospedaliera; dopo la Novella, detta norma attribuisce allo Stato la legislazione esclusiva per la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti in tutto il territorio nazionale (lett. *m*) nonché per la tutela dell'ambiente e per l'ecosistema (lett. *s*): valori la cui tutela pur rientra nelle attribuzioni dell'Istituto; la tutela della salute è oggi elencata tra le materie di legislazione concorrente, ferma però la competenza dello Stato ad indicare i "principi fondamentali".

Il responsabile di vertice del sistema organizzativo che trova riferimento nel S.S.N. è il Ministro della Sanità; è dunque logico che l'Istituto sia sottoposto alla vigilanza del Ministro (si noti, non del Ministero); è infatti il Ministro che indica gli obiettivi generali dell'azione. Le "funzioni istituzionali" indicate nell'art. 2 confermano la vocazione di organo di coordinamento generale e di controllo dell'Istituto, così in perfetta sintonia con i fini istituzionali dello Stato. *In quanto al sistema di provvista degli organi* va osservato che il Presidente è nominato con d.P.R., previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro della Sanità (art. 5); nel Consiglio di amministrazione, che è nominato dal Ministro, quattro membri su otto sono di designazione statale, (e dunque la provenienza statale è in maggioranza: il presidente, come si è visto, è nominato con d.P.R.) (art. 6); il direttore generale è pure di nomina statale (art. 8); anche nel Comitato Scientifico, che è di nomina statale, la maggioranza è direttamente o indirettamente di designazione statale (art. 9); i revisori dei conti sono tutti di nomina e designazione statale (art. 11).

*Il sistema di contabilità e di bilancio*, infine, trova una penetrante ingerenza dello Stato, cui vanno trasmessi i bilanci preventivi e consuntivi, le relazioni del collegio dei revisori ed una relazione annuale dell'attività svolta (art. 15); lo Stato, inoltre, contribuisce direttamente e indirettamente alla provvista dei mezzi finanziari (art. 17).

In conclusione, al momento, non può che confermarsi che l'Istituto Superiore di Sanità, quale organo dell'Amministrazione statale ad ordinamento autonomo, pur se personificato, usufruisce del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato a norma dell'art. 1 del R.D. n. 1611/1933; del che sarebbe bene dare atto, per opportuna chiarezza, in uno dei regolamenti previsti dall'art. 13 del d.P.R. n. 70/01».

*IL PATROCINIO ORGANICO ED ESCLUSIVO*

**a.2) A.G.S. – Parere 9 agosto 2000 (avvocato G. D'Avanzo).**

«Il T.U. 31 agosto 1933 n. 1592 delle leggi sulla istruzione superiore, dopo aver disposto all'art. 1 comma terzo “le Università ... hanno personalità giuridica e autonomia amministrativa, didattica e disciplinare, nei limiti stabiliti dal presente testo unico” e all'art. 44 “ogni Università ... ha un regolamento interno nel quale sono contenute le norme relative al funzionamento amministrativo, contabile ed interno...”, all'art. 56 comma primo recita “le Università... possono essere rappresentate e difese dall'Avvocatura dello Stato nei giudizi attivi e passivi... sempreché non trattasi di contestazioni contro lo Stato”. Quest'ultima disposizione si salda con l'art. 43 del T.U. 30 ottobre 1933 n. 1611 delle leggi nella rappresentanza e difesa delle amministrazioni nei giudizi; articolo al quale l'art. 11 della legge 3 aprile 1979 n. 103 ha aggiunto tre commi il primo dei quali dispone “qualora sia intervenuta (per legge o per regolamento o per d.P.C.M.) di cui al primo comma la rappresentanza e la difesa nei giudizi (delle amministrazioni non statali o di enti sovvenzionati)... sono assunte dall'Avvocatura dello Stato *in via organica ed esclusiva*, eccettuati i casi di conflitto di interessi con lo Stato o con le Regioni”.

In concreto, il coordinato operare delle disposizioni di leggi sin qui menzionate ha assimilato (anche) le Università alle Amministrazioni dello Stato, quanto sia al patrocinio ed alla consulenza legale sia alle speciali norme processuali intrinsecamente connesse al patrocinio ad opera dell'Avvocatura dello Stato. È appena il caso di rammentare che tali norme processuali concernono l'esonero dall'onere di specifico “mandato” (*alias*, procura) ed anche dall'onere di specifica deliberazione di conferimento del “mandato”, il luogo delle notificazioni dei ricorsi e delle citazioni nonché delle sentenze (ad esempio, sono state dai Giudici ritenute invalide o inefficaci notificazioni ad Università eseguite non presso la competente Avvocatura), il rilascio d'ufficio di copia di ogni sentenza, e – seppur con qualche dubbîo – il “foro della pubblica amministrazione (art. 25 c.p.c.).

La disciplina in argomento è stata così efficacemente sintetizzata nel parere Cons. Stato II n. 2025 del 29 ottobre 1986:

“L'art. 56 del Testo unico delle leggi sull'istruzione superiore, approvato con r.d. 31 agosto 1933 n. 1592, prevede che le Università e gli Istituti superiori possono essere rappresentati e difesi in giudizio dall'Avvocatura dello Stato nei giudizi attivi e passivi avanti l'autorità giudiziaria i collegi arbitrali e le giurisdizioni amministrative.

Da tale disposizione, correlata con quella contenuta nell'art. 43 del t.u. 30 ottobre 1933 n. 1611, sulla rappresentanza in giudizio dello Stato e sull'ordinamento dell'Avvocatura dello Stato, integrato dall'art. 11 legge 3 aprile 1979 n. 103, deriva che la rappresentanza e la difesa in giudizio delle Università vengono assunte dalla Avvocatura dello Stato in via organica ed esclusiva, salva l'ipotesi di conflitto di interessi con lo Stato o con le Regioni.

A parte quest'ultima ipotesi, ove le amministrazioni degli Atenei ritengano, in casi speciali, di non avvalersi della Avvocatura, debbono adottare apposita, motivata delibera da sottoporre agli organi di vigilanza.

Le citate disposizioni, che hanno tratto alla rappresentanza, al patrocinio e all'assistenza in giudizio, comportano – com'è ben rilevato dall'Amministrazione referente – che le Università hanno il potere-dovere di avvalersi dell'Avvocatura dello Stato, cui spetta istituzionalmente di prestare la propria opera nei loro confronti, tant'è che solo eccezionalmente è prevista la possibilità del ricorso ad avvocati del libero Foro.

Per quanto concerne le prestazioni di consulenza legale, l'art. 47 del T.U. n. 1611 del 1933, attribuisce all'Avvocatura dello Stato l'ulteriore compito di dare pareri, ove ne venga richiesta, agli enti dei quali assume la rappresentanza e difesa in giudizio”.

Nello stesso senso la Corte dei Conti nella deliberazione n. 1432 del 6 aprile 1984, ove – tra l'altro – si legge: “Al secondo quesito (se, nelle materie rientranti nella loro sfera di autonomia amministrativa, le Università siano ugualmente obbligate a tale patrocinio e se in dette materie permanga la necessità della deliberazione a stare in giudizio) – tenuto anche conto del nuovo testo dell'art. 43 del citato r.d. n. 1611 del 1933 (quale risulta dalle aggiunte introdotte con l'art. 11 della legge n. 103 del 1979), che ha inteso conferire carattere di organicità e di esclusività al patrocinio dell'Avvocatura dello Stato per quanto attiene alla difesa in giudizio degli enti pubblici, pur senza parificarlo in modo assoluto a quello dello Stato – questa Sezione ritiene invece che possa risponderci affermativamente entro i limiti di applicazione della norma stessa, che ha rigorosamente condizionato la discrezionalità spettante agli enti predetti, autorizzati a farsi rappresentare e difendere dall'organo legale dello Stato, circa la facoltà di scelta di un diverso patrocinio con il ricorso ad avvocati del libero foro; condizione nella specie concretatesi nell'adozione di “apposita motivata delibera” dalla quale si desumano le ragioni che abbiano indotto l'ente interessato a non avvalersi dell'Avvocatura medesima. È appena il caso di aggiungere che i principi innanzi ricordati, sanciti in via generale per tutti gli enti pubblici dalla citata legge n. 103 del 1979, sono applicabili anche nei confronti delle Università e degli Istituti di istruzione universitaria, per i quali anzi, ancora prima della emanazione della legge stessa, essi si potevano rinvenire nell'ordinamento vigente sulla base delle considerazioni di cui alla menzionata sentenza n. 2546/75 delle Sezioni Unite della Corte di cassazione”.

È poi sopravvenuta la legge 9 maggio 1989 n. 168 che all'art. 6, con esplicito riferimento all'art. 33 Cost. (“le istituzioni di alta cultura, università ed accademie, hanno il diritto di darsi ordinamenti autonomi *nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato*”) ha sottolineato la “autonomia didattica, scientifica, organizzativa, finanziaria e contabile” delle Università (comma 1), ad esse confermando la potestà di darsi “propri statuti e regolamenti”; tra questi ultimi i “regolamenti di ateneo” (commi 6 e seguenti), menzionati anche nel successivo art. 7 dedicato alla “autonomia finanziaria e contabile”. L'ultimo comma di questo art. 7 recita, al secondo periodo, “per ciascuna università, con l'emanazione del regolamento di ateneo, cessano di avere efficacia le disposizioni legislative e regolamentari con lo stesso incompatibili”.

Sono seguiti il D.Lgs. 3 febbraio 1993 n. 29, che all'art. 1 comma secondo include le Università tra le “amministrazioni pubbliche”, e l'acceleratorio art. 6 del d.l. 21 aprile 1995 n. 120, convertito nella legge 21 giugno 1995 n. 236. Comunque, anche recentemente la Corte di Cassazione ha confermato il proprio orientamento giurisprudenziale nel senso del carattere “obbligatorio” del patrocinio delle Università da parte dell'Avvocatura dello Stato (Cass., lav., 27 novembre 1999 n. 13292). Nello stesso senso VINGIANI e SANTORO, *L'ordinamento universitario*, appendice 1999, n. 379:

“L'autonomia delle Università sussiste “nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato” e dalla legge n. 168 non sembra possa desumersi un'abrogazione implicita di quanto statuito

dal T.U. n. 1611 del 30 ottobre 1933 e dal R.D. n. 779 dell'8 giugno 1940 per quanto concerne le Università".

Nel corso degli ultimi dodici mesi è emerso che, mentre molte Università non hanno prodotto disposizioni statutarie o regolamentari in tema di patrocinio e consulenza legale implicitamente rinviando alle leggi dello Stato od hanno prodotto disposizioni che non si discostano sensibilmente da tali leggi (ad esempio, l'art. 105 del regolamento di ateneo dell'Università di Torino recita "Nei giudizi attivi e passivi avanti l'autorità giudiziaria, i collegi arbitrali e le giurisdizioni amministrative speciali, sempre che non si tratti di contestazioni contro lo Stato, l'Università è rappresentata e difesa dall'Avvocatura dello Stato. L'Università, sulla base di motivata delibera adottata dall'Organo competente, può conferire specifico mandato di rappresentanza e difesa ad avvocati del libero foro"), alcune Università hanno ritenuto di poter produrre disposizioni non coerenti con la ricordata disciplina legislativa. Così, ad esempio, l'Università G. D'Annunzio di Chieti nell'art. 53 del suo Statuto ha scritto "il Consiglio di amministrazione può deliberare l'affidamento ad un difensore libero professionista della rappresentanza e difesa in giudizio dall'Università"; e ancora ad esempio, l'Università la Sapienza di Roma nell'art. 2 punto 6 del suo Statuto si è riservata di stabilire "in base a valutazioni discrezionali di *opportunità e convenienza* se avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato ovvero di professionisti del libero foro".

Sul piano applicativo, si è in qualche raro episodio rilevato che l'affidamento del patrocinio a legali del libero foro è stato di fatto deciso monocraticamente. In un paio di episodi dinanzi a Giudici amministrativi sono comparsi all'udienza per patrocinare l'Università Federico II di Napoli nella stessa controversia l'avvocato dello Stato ed anche un avvocato del libero foro munito di procura conferita senza tempestiva comunicazione all'Avvocatura dello Stato.

Questa Avvocatura generale ha ben presente la tendenza a valorizzare tutte le autonomie nella più larga estensione, e – fra esse – l'autonomia delle Università, la quale peraltro è strumentale alla libertà della scienza e dell'insegnamento. Occorre però considerare anche le esigenze funzionali ed organizzative dell'Avvocatura dello Stato, e il valore della "certezza" del diritto processuale per coloro che agiscono in giudizio contro le Università; esigenze e valore – questi – che non possono essere sottordinati ad opzioni essenzialmente amministrative di qualche singolo apparato universitario. È palese quindi la necessità di mantenere uniformità di disciplina nell'ambito processuale.

A questo proposito, reputa la Scrivente che statuti e regolamenti prodotti dalle Università non possono privare di efficacia disposizioni legislative aventi anche seppur indiretta rilevanza processuale, anzi non possono recare norme derogatorie di dette disposizioni. L'art. 7 ult. comma citato riguarda soltanto il regolamento di ateneo, non anche lo statuto; e detto regolamento è rivolto a disciplinare l'amministrazione la finanza e la contabilità dell'Università (argomenti questi diversi dalla didattica e dalla ricerca), non anche i processi giurisdizionali nei quali l'Università assume la veste di parte.

Né può "a priori" escludersi l'eventualità che l'apertura al patrocinio ad opera di legali del libero foro sia utilizzata per veicolare interpretazioni alternative a quelle seguite dall'Avvocatura dello Stato nella sua funzione nomofilattica.

D'altro canto, appare non agevole distinguere le controversie riguardanti esclusivamente il soggetto autonomo Università da altre controversie nelle quali a tale soggetto sono affidati interessi più generali. L'art. 49 dello statuto dell'Università di Padova ha cercato di distinguere le "cause attinenti alla propria attività negoziale di ente autonomo ed a quella (parrebbe, attività negoziale) di ente delegato", affidabili a legali del libero foro, dalle altre;

(analogamente il Politecnico di Bari all'art. 58 del suo statuto); e però la distinzione, *alias* il "ritaglio", presenta margini di incertezza e comunque non considera le possibili complicazioni processuali.

Sembra doveroso segnalare quanto precede a codesta Presidenza del Consiglio dei Ministri ed a codesto Ministero, affinché esaminino la opportunità di assumere iniziative volte a tracciare in modo più netto il limite dell'autonomia amministrativa e contabile delle Università, le quali – giova rammentarlo – sono sottoposte a controllo successivo della Corte di Conti e sono sovvenzionate dallo Stato. Ad avviso di questa Avvocatura, la rappresentanza e difesa in giudizio delle Università statali spetta tuttora "*ope legis*", quando non sussista conflitto con lo Stato o con le Regioni, all'Avvocatura dello Stato e solo eccezionalmente può essere affidata ad un difensore del libero foro, in forza di specifica delibera del Consiglio di amministrazione dell'Università; e non paiono consentite disposizioni statutarie o regolamentari in argomento specie allorquando esse si discostino sostanzialmente dalle leggi dello Stato. (*Omissis*)».

### **a.3) A.G.S. – Parere 4 maggio 1994 prot. 53200** (avvocato A. Palatiello).

«(...) codesta Avvocatura esprime l'avviso che il patrocinio dell'Ente Poste, da parte dell'Avvocatura dello Stato, non abbia natura "obbligatoria ed organica", in quanto l'art. 10, 2° comma, d.l. 1° dicembre 1993, n. 487, convertito con legge 29 gennaio 1994, n. 71, avrebbe introdotto un'ipotesi di patrocinio facoltativo, in virtù del quale sarebbe necessaria "un'esplicita determinazione dell'Ente di costituirsi in giudizio, affidando l'incarico della difesa giudiziale all'Avvocatura dello Stato" sia pure "con valore di mero atto interno".

La cennata lettura della norma diverge in modo sostanziale da quella fornita con la circolare della Scrivente in data 17 febbraio 1993, n. 2812, dove, attraverso l'esplicito richiamo all'art. 43 R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611, come modificato dall'art. 11 legge 3 aprile 1979, n. 103, la "possibilità" dell'Ente di avvalersi dell'Avvocatura dello Stato è ricondotta nel sistema del patrocinio facoltativo", come delineato dal cennato art. 11: la rappresentanza e la difesa degli enti "autorizzati" sono, invero, "assunte dall'Avvocatura dello Stato in via organica ed esclusiva, eccettuati i casi di conflitto di interessi con lo Stato o con le Regioni"; aggiunge la norma che "salva l'ipotesi di conflitto, ove tali amministrazioni ed enti intendano in casi speciali non avvalersi dell'Avvocatura dello Stato, debbono adottare apposita motivata delibera...".

È noto che la disposizione costituisce la codificazione di un principio da sempre sostenuto dall'Avvocatura e già affermato dalla giurisprudenza (ad es.: Cass. S.U. 24 febbraio 1975, n. 700, in *Rass. Adv. St.* 1975, I, 696; *id.* 5 luglio 1983, n. 4512, *ivi* 1983 I, 699, con specifico riguardo alla legge n. 103/79): il patrocinio facoltativo non è altro che un patrocinio esclusivo, derogabile nelle sole ipotesi previste ("conflitto"; "casi speciali", con il procedimento della "motivata delibera"), oltre le quali non è legittimo che l'Ente provveda alla propria difesa al di fuori del cennato rapporto organico. L'"esistenza *ipso iure* tra ente pubblico e Avvocatura dello Stato" (Cass. S.U. n. 4512/83 *cit.*) di tale rapporto rende superflua qualsiasi "determinazione di conferimento", sia pure a soli fini interni: nasce, infatti, dalla legge, e non dalla "determinazione" dell'ente, il potere – dovere dell'Avvocatura di provvedere a quanto di propria competenza.

Si allegano tre recenti pareri in argomento resi da questa Avvocatura Generale (15 marzo 1991, n.22108; 13 dicembre 1991, n.106664; 21 luglio 1992, n.77201) per opportuna conoscenza e norma (*omissis*)».

**b) Tribunale di Catanzaro, sezione seconda civile, sentenza 7 gennaio 2008 – Giud. B. Arcuri - V.Z. (Avv. G. Spadafora) c/ Ufficio del Commissario Delegato per l’Emergenza Ambientale (Avv. dello Stato A. Mezzotero).**

*L’Ufficio del Commissario delegato per l’emergenza ambientale nel territorio della Regione Calabria è organo dello Stato, con le conseguenze che ne derivano anche in ordine al patrocinio dell’Avvocatura dello Stato a norma dell’art. 1 R.D. 30 ottobre 1933, n.1611. Infatti lo Stato è l’unico soggetto cui può essere riconosciuta la titolarità della gestione dell’emergenza, e dunque il Commissario è longa manus del Governo.*

*È radicalmente nullo il contratto con il quale si affida il patrocinio di un organo statale ad un avvocato esterno e la prestazione così eseguita non dà titolo a compenso alcuno, neppure sotto il profilo dell’arricchimento.*

*«(omissis) Motivi della decisione*

L’esame delle diverse questioni giuridiche, sottese alla controversia, deve essere condotto secondo un rigoroso ordine logico, atteso che le stesse parti in causa concludono in modo gradato in ragione della soluzione data *in itinere* ai molteplici punti controversi. Occorre muovere, *in primis*, dalla natura giuridica da riconoscere al Commissario delegato per l’emergenza ambientale nel territorio della Regione Calabria al fine di ritenere o meno applicabile alla fattispecie il patrocinio obbligatorio della difesa erariale, giusta il r.d. 30 ottobre 1933 n. 1611. Data, a monte, soluzione al quesito in parola, è necessario, a valle, registrarne le conseguenze, con specifico riguardo ai mandati difensivi conferiti all’Avv. Z. Risolte, in via ermeneutica, le *quaestiones juris* sopraccitate, si rende necessario rinvenire o meno il titolo giuridico cui ricollegare il diritto dell’attore alle somme richieste a copertura dell’attività professionale svolta.

1. Le parti in causa pervengono a conclusioni differenti in merito alla natura giuridica dell’Ufficio del Commissario delegato per l’emergenza ambientale nel territorio della Regione Calabria: per l’attore, questo sarebbe organo straordinario della Regione che si sostituisce alle amministrazioni locali (ufficio estraneo, pertanto, all’orbita del Regio decreto n. 1611 del 1933); per la difesa erariale, al contrario, si tratterebbe di un organo statale, vincolato, pertanto, al patrocinio obbligatorio dell’Avvocatura dello Stato.

Reputa questo giudice che la tesi della convenuta sia da condividere. L’avvenuta dichiarazione della situazione di emergenza, *ex art. 5, comma 1, della legge n. 225 del 1992*, costituisce l’elemento caratterizzante la fattispecie in esame, da cui non può prescindersi al fine di pervenire ad una soluzione che si riveli confacente al dato normativo ed alla *ratio legis* sottesa alla disciplina di cui si discute.

Ed, in tal senso, deve rilevarsi che, nell’alveo dei principi fondamentali, posti dall’art. 5 *cit.*, si iscrive la specifica competenza dello Stato a disciplinare gli eventi di natura straordinaria di cui all’art. 2, comma 1, lettera *c*) di tale legge, che si sostanzia nel potere di deliberare e revocare lo stato di emergenza, determinandone la durata e l’estensione territoriale in stretto riferimento alla qualità ed alla natura degli eventi (così, Corte cost., 14 luglio 2006, n. 284): e siffatto potere può essere esercitato anche “mediante l’adozione di ordinanze da parte di Commissari delegati, in deroga ad ogni disposizione vigente, nel rispetto dei principi generali dell’ordinamento giuridico” (Corte cost., 3 marzo 2006, n. 82). Il che vuol dire che il Commissario delegato agisce nella veste di organo a connotazione “statale”, essendo lo Stato l’unico soggetto cui può essere riconosciuta la titolarità della “gestione dello stato di emergenza”. Da ciò discende che, i Commissari delegati sono da qualificare alla stregua

di “organi che operano come *longa manus* del Governo” (Corte costituzionale, sentenza 26 giugno 2007) e discende, altresì, che indipendentemente dal loro (più o meno delimitato) ambito territoriale di efficacia, i provvedimenti posti in essere dai commissari stessi sono atti dell’amministrazione centrale dello Stato finalizzati a soddisfare interessi che trascendono quelli delle comunità locali coinvolte dalle singole situazioni di emergenza, e ciò in ragione tanto della rilevanza delle stesse, quanto della straordinarietà dei poteri necessari per farvi fronte (chiarissima, al riguardo, la recentissima sentenza già cit.: Corte costituzionale, 26 giugno 2007, n. 237). Se è vero, infatti, che costituisce una precipua competenza del Governo – come ribadito dalla Consulta nella sentenza n. 284 del 2006 – quella di «disciplinare gli eventi di natura straordinaria di cui al citato art. 2, comma 1, lettera c)», decisiva appare la constatazione «che tali funzioni hanno rilievo nazionale, data la sussistenza di esigenze di unitarietà, coordinamento e direzione». Ed, inverò, ciò che sembra disconoscere la difesa di parte attrice è proprio lo specifico terreno *sui generis* in cui si innesta l’investitura del Commissario delegato e, cioè, lo “stato di emergenza”, che rende necessario l’uso di un potere straordinario, di tipo anche gestionale, da poter riconoscere solo allo Stato quale autorità centrale: ciò vuol dire – senza trascurare gli addentellati offerti dalla giurisprudenza costituzionale – che non può essere condivisa la tesi secondo la quale vi sarebbe un “trasferimento” dei poteri emergenziali dovendosi ritenere fermo che la funzione in esame non tollera altro titolare se non lo Stato. Ne consegue che la “delega” non involge (ne potrebbe involgere) la titolarità dei poteri *de quibus* ma solo il loro esercizio a fronte della necessità di utilizzare Uffici territorialmente localizzati.

*Da quanto precede, è doveroso rilevare che il Commissario delegato per l'emergenza ambientale nel territorio della Regione Calabria è “organo dello Stato centrale, nella situazioni di emergenza”:* approdo ermeneutico costantemente ribadito anche dalla più recente giurisprudenza (in tal senso, afferma, ad es., T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 1 marzo 2006, n. 236, che “il Commissario Delegato, benché costituito presso l’Ufficio di Presidenza della Regione Calabria, ha veste di organo straordinario della Presidenza del Consiglio dei Ministri (Dipartimento della Protezione Civile) di cui si avvale il competente apparato statale per lo svolgimento dei compiti attribuiti dalla legge n. 225 del 1992 in materia di protezione civile). Merita adesione, più in particolare, la ricostruzione dei rapporti tra Presidenza del Consiglio dei Ministri e Commissario delegato, in termini di amministrazione indiretta (o per taluni, cd. avvalimento, termine, tuttavia, in senso proprio, più confacente al settore degli appalti pubblici) poiché si verifica che una Amministrazione dello Stato si avvale, per la cura di interessi nazionali (nell’esercizio dei poteri emergenziali), di uffici regionali e locali, d’intesa con gli enti interessati con la peculiarità di conservare, tuttavia, la piena titolarità della funzione (e del potere) esercitato. L’ufficio commissariale si atteggiava, allora, ad organo “straordinario” di cui il Dipartimento della Protezione Civile si avvale per fronteggiare lo stato di emergenza (v., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 28 aprile 2004, n. 2576 in *Foro Amm. C.d.S.*, 2004, 1109). Ad ogni modo, anche non aderendo precipuamente al modulo organizzativo dell’amministrazione indiretta, l’Ufficio del Commissario delegato ha senz’altro natura “statale”, in quanto *longa manus* del Governo, conclusione cui da ultimo si perviene a seguito della autorevole lettura ermeneutica fornita dalla Corte delle Leggi (Corte cost. 237/07 più volte citata). Né confuta l’assunto l’eccezione attorea afferente al procedimento di nomina che, secondo la tesi difensiva di parte attrice, dovrebbe essere quello di cui all’art. 11 legge 400/1988: ed, infatti, nel settore delle emergenze ambientali (ma anche in caso di calamità naturali, terremoti, alluvioni), l’attore principale è il Dipartimento di Protezione civile. Da qui parte la proposta per la dichiarazione dello stato

d'emergenza e per la nomina del commissario, anche se spetta al Consiglio dei ministri emanare il decreto. Lo strumento di attuazione è l'ordinanza di protezione civile in cui vengono indicati i compiti del commissario delegato e le risorse finanziarie necessarie, che sono stanziare ad hoc oppure reperite presso i Ministeri e le Regioni coinvolti. L'eccezione, pertanto, non ha pregio. Va parimenti disattesa la lettura ermeneutica attorea che equipara, in punto di regime legale, lo statuto giuridico delle Università a quello dell'ufficio commissariale per l'emergenza ambientale (risultando, quindi, inconferente il riferimento alla sentenza SS.UU. 10700/2006): ed, infatti, per le prime viene negata la qualità di organi dello Stato, in virtù di esplicito riferimento normativo contenuto nella legge 168/1989.

2. Può, dunque, passarsi all'esame della questione immediatamente connessa a quella sin qui analizzata: alla luce delle considerazioni svolte, il Commissario Delegato, benché costituito presso l'Ufficio di Presidenza della Regione Calabria, ha veste di organo straordinario della Presidenza del Consiglio dei Ministri (Dipartimento della Protezione Civile) di cui si avvale il competente apparato statale per lo svolgimento dei compiti attribuiti dalla legge n. 225 del 1992 in materia di protezione civile. Ne consegue che trovano piena applicazione le norme del R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611, nonché delle altre leggi in materia di rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato, riguardanti il patrocinio dello Stato e la notificazione degli atti alle amministrazioni statali (T.A.R. Calabria Catanzaro, Sez. I, 1 marzo 2006, n. 236). Deve, dunque, in siffatti termini essere risolto il secondo nodo interpretativo oggetto di letture diametralmente opposte in seno alle difese delle parti e merita accoglimento l'eccezione sollevata dalla difesa erariale. Ai sensi dell'art. 1 del Regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611, la rappresentanza, il patrocinio e l'assistenza in giudizio delle Amministrazioni dello Stato, anche se organizzate ad ordinamento autonomo, spettano alla Avvocatura dello Stato. Ed, infatti, nessuna Amministrazione dello Stato può richiedere la assistenza di avvocati del libero foro se non per ragioni assolutamente eccezionali, inteso il parere dell'Avvocato generale dello Stato e secondo norme stabilite dal Consiglio dei ministri (art. 5 r.d. *cit.*). La necessità del patrocinio e della rappresentanza delle amministrazioni dello Stato da parte dell'Avvocatura dello Stato, peraltro, è pacificamente applicabile anche agli organi delegati dell'Amministrazione centrale dello Stato (Cass. civ., Sez. I, 12 dicembre 2003, n. 19025). Sgombrato il campo, quindi, dalle ipotesi di cd. patrocinio autorizzato o di cd. patrocinio facoltativo, ed appurato che, nella fattispecie si versa, senza dubbio, in una ipotesi di cd. patrocinio "obbligatorio" occorre interrogarsi sulle conseguenze che discendono dalla violazione del precetto in esame, diagnosticandone, prima, la natura giuridica. La disamina, quindi, deve snodarsi attraverso le eccezioni della difesa erariale, verificando, prima, l'efficacia dei mandati defensionali (su cui si fonda il diritto di credito al compenso professionale) e, in caso di validità degli stessi, superando, allora, lo scoglio concernente la validità del rapporto giuridico sostanziale (che se nullo, travolgerebbe i mandati alle liti a valle, laddove produttivi di effetti giuridici). Quanto alle norme in materia di rappresentanza obbligatoria dell'Avvocatura dello Stato, afferendo le norme in materia di *jus postulandi* all'ordine pubblico processuale e venendo in rilievo una disposizione legale inderogabile, deve convenirsi per la natura imperativa dell'addentellato normativo *ex r.d. 1611/1933* che statuisce il patrocinio erariale necessario. Ne consegue che difetta del necessario *jus postulandi* l'avvocato del libero foro che rappresenti in giudizio l'Ufficio commissariale delegato per l'emergenza *ex lege 225/1992*, poiché in contrasto con la cd. esclusività del patrocinio erariale (definito, in tal senso, dalla migliore dottrina come organico, obbligatorio ed esclusivo).

3. Da quanto premesso, discende che i contratti di patrocinio stipulati tra convenuto ed attore – negozi regolati dalle norme del c.c. sul contratto d'opera professionale e dalla disci-

plina della professione forense, ivi comprese le tariffe (che conferisce sia la cd. rappresentanza tecnica e il conseguente *ius postulandi*) – devono considerarsi radicalmente nulli senza possibilità alcuna di sanatoria, poiché in contrasto con una norma imperativa. Opportuno rimarcare che la nullità di cui si discute afferisce al mandato alle liti che, si ricorda – aderendo anche agli insegnamenti della più autorevole dottrina processualistica – è un negozio esclusivamente processuale formale e autonomo (Cass. civ. sentenze 18 luglio 2002 n. 10454; 23 novembre 1979 n. 6113), configurabile come contratto di prestazione d'opera intellettuale che si distingue, pur presupponendolo (Cass. civ. 4 aprile 1997 n. 2910), dal rapporto, interno ed extraprocessuale, intercorrente tra il difensore e la parte, attinente al conferimento dell'incarico, il quale è soggetto alle norme di un ordinario mandato di diritto sostanziale (Cass. civ. 18 luglio 2002 n. 10454; Cass. civ. 26 gennaio 1981 n. 579; Cass. civ. 26 ottobre 1979 n. 5620). Logico corollario ne è che risulta inapplicabile l'art. 2237 c.c., norma che presuppone l'efficacia del contratto d'opera, nella specie preclusa dalla nullità: ed, infatti, i provvedimenti di revoca del Commissario non possono essere qualificati come atti negoziali di recesso (a fronte di un titolo negoziale efficace) bensì come provvedimenti conseguenti alla rilevata nullità dei mandati defensionali conferiti (invalidi). Pertanto, nel caso in esame, occorre guardare non alle norme che presuppongono la validità del contratto d'opera quanto a quelle che, al contrario, ne sanciscono l'inefficacia, al fine di corroborare quanto qui si afferma ovvero che è preclusa l'azione contrattuale di adempimento. Ed, infatti, la situazione di specie, non sussumibile sotto la volta dell'art. 2237 c.c., appare in linea con il regime legale sotteso all'art. 2231 c.c., ove si prevede che quando l'esercizio di un'attività professionale è condizionato all'iscrizione in un albo o elenco, la prestazione eseguita da chi non è iscritto non gli dà azione per il pagamento della retribuzione: l'art. 2231 c.c., di fatti, disciplina una specifica ipotesi sanzionata con la nullità assoluta (art. 1418, comma I, c.c., v. Cass. civ., Sez. II, 19 febbraio 2007, n. 3740) cui il legislatore ricollega la preclusione di qualsivoglia compenso professionale. L'Avv. Z., per tutto quanto sin qui esposto, non ha azione alcuna per il pagamento della retribuzione.

Le conclusioni cui si è pervenuti – con riguardo alla validità dei mandati defensionali – sono sufficienti a rigettare qualsivoglia pretesa fondata sugli incarichi professionali conferiti (non potendosi vantare alcun diritto soggettivo di credito a fronte di un titolo nullo), rimanendo assorbita, perché irrilevante, la *quaestio juris* concernente la validità del rapporto sostanziale sotteso al contratto di patrocinio. Può, tuttavia, rilevarsi, che non hanno pregio le argomentazioni difensive svolte dall'attore nella sua memoria conclusiva di replica, laddove si reclamano compensi professionali che troverebbero titolo autonomo nel rapporto sostanziale di mandato: in primo luogo, poiché tutte le attività che giustificano la richiesta di compenso traggono linfa dal contratto di patrocinio e non dal mandato; *in secundis*, poiché il tenore delle ordinanze di conferimento di incarico non lascia spazio ad alcun dubbio laddove ricollega ogni compenso solo ed esclusivamente allo svolgimento dell'incarico ai fini dei giudizi nella volta del processo.

4. Rilevata e dichiarata la nullità dei mandati defensionali, per violazione della norma imperativa che sancisce il patrocinio obbligatorio erariale per il Commissario delegato per l'Emergenza ambientale, si rende necessario esaminare la domanda subordinata di parte attrice che invoca, in caso di reiezione dell'azione primaria contrattuale, un indennizzo per ingiustificato arricchimento del convenuto, ai sensi dell'art. 2041 c.c. L'eccezione della difesa erariale, secondo la quale l'azione sarebbe inammissibile poiché proposta in via subordinata rispetto all'azione primaria di adempimento, non può essere accolta, seppur la tesi sia seguita da una certa dottrina. Reputa questo giudice, infatti, che debba seguirsi il costan-

te insegnamento della Suprema Corte la quale afferma che non è preclusa la possibilità di introdurre l'azione di arricchimento senza causa in via subordinata, per il caso in cui sia negata l'esistenza di un'azione proposta in via principale e fondata su un titolo specifico (Cass. civ., Sezioni Unite 28 maggio 1975 n. 2157; Cass. civ. 25 settembre 1998 n. 9584). Ciò ritenuto, la domanda non può, tuttavia, trovare accoglimento, per diversi motivi, tutti coesistenti nel caso di specie.

4.1. In primo luogo, come correttamente si è osservato in dottrina, l'*actio de in rem verso* non può costituire uno strumento sedicente per eludere una norma imperativa che presidia interessi pubblici primari. Ed, infatti, consentendo il compenso professionale, mediante l'indennizzo ex art. 2041 c.c., verrebbe spogliata di efficacia la disposizione cogente di cui all'art. 1 r.d. 1611/1933, svilendo di significato giuridico la sanzione civile invalidatoria della nullità assoluta. L'assunto trova riscontro nella giurisprudenza formatasi attorno alle disposizioni che regolano casi simili a quello di specie in cui l'ordinamento "sanziona" la violazione di un divieto imperativo con l'inefficacia. Si afferma, ad esempio, che affinché l'appropriazione ingiustificata determini, ai sensi dell'art. 2041 c.c., una "correlativa diminuzione patrimoniale" del soggetto tutelato, occorre, in linea di principio, che l'ordinamento giuridico gli riconosca la legittimazione a disporre dell'"utilità" nei confronti di altri. Non può quindi esercitare l'azione di arricchimento senza causa chi ha eseguito una prestazione d'opera intellettuale senza essere iscritto agli albi o agli elenchi previsti dalla legge, appunto perché egli non era legittimato a ricavarne il valore di scambio (arg. art. 2231, c. 1, c.c., v. Cass. civ. 2 ottobre 1999 n. 10937). L'inosservanza delle norme imperative, in conclusione, travolge i relativi rapporti contrattuali, e gli atti rivolti ad eludere le norme medesime, affetti da insanabile nullità, con l'effetto di far sì che il soggetto autore della violazione resta privo non solo di azione contrattuale, ma pure di azione di indebito arricchimento, dato che questa, avendo funzione integratrice e sussidiaria, non può ritenersi ammissibile, come strumento surrettizio, per aggirare una norma imperativa per ragioni di ordine pubblico, e per difendere un interesse che la norma stessa disconosce (si veda, in un caso specifico, Cass. civ., 13 dicembre 1984, n. 6537; si veda, anche, Cons. Stato, Sez. IV, 7 maggio 2002, n. 2447: in tema di *condictio indebiti*, il principio di sussidiarietà dell'art. 2042 c.c., deve essere posto in stretta connessione con le disposizioni dell'art. 1344 c.c., pertanto la stessa è inammissibile qualora sia volta ad eludere gli effetti conseguenti alla violazione di norme imperative).

4.2. L'azione di indebito arricchimento non può, comunque, trovare accoglimento per difetto dei presupposti di legge. Nel solco dello *jus receptum* della giurisprudenza di legittimità, l'azione ex art. 2041 c.c. nei confronti della P.A. differisce da quella ordinaria, in quanto presuppone non solo il fatto materiale dell'esecuzione di un'opera o di una prestazione vantaggiosa per l'ente pubblico, ma anche il riconoscimento, da parte di questo, dell'utilità dell'opera o della prestazione. L'orientamento suddetto (cfr. *ex multis*, Cass. civ. 23 aprile 2002 n. 5900), seppur avversato dalla dottrina più recente, presidia interessi pubblici primari mirando ad evitare che l'istituto in esame diventi strumento disfunzionale ai danni delle pubbliche amministrazioni ed è pienamente condiviso da questo giudice

Occorre, pertanto, verificare se l'Ufficio commissariale abbia riconosciuto (esplicitamente o implicitamente) l'utilità dell'attività professionale dell'Avv. Z. Un riconoscimento esplicito è pacificamente assente ed, anzi, le ordinanze di revoca degli incarichi (ord. nn. 3233, 3225 e 3237 del 6 dicembre 2004) depongono nel senso opposto.

Un riconoscimento implicito non può ritenersi sussistente. Quanto alla condotta processuale dell'Avvocatura dello Stato, questa non può essere imputata, ex art. 2041 c.c., alla

Pubblica Amministrazione convenuta, non essendo la difesa erariale deputata ad esternare il riconoscimento di cui si tratta: l'atto giuridico *de quo*, infatti, deve provenire dagli organi rappresentativi dell'ente pubblico (Cass. civ., Sez. I, 9 marzo 2006, n. 5069) e non può provenire da qualsiasi soggetto che faccia parte della struttura dell'ente, ma solo da organi rappresentativi dell'amministrazione interessata o da coloro cui è rimessa la formazione della volontà dell'ente stesso (Cass. civ., Sez. I, 9 luglio 2004, n. 12681). E, comunque, le argomentazioni della difesa erariale di cui si tratta, non hanno la consistenza di un riconoscimento dell'*utilitas*. In concreto, comunque, l'Ufficio commissariale ha fatto fronte ad un danno imminente subito e subendo, per effetto della violazione del patrocinio obbligatorio, cosicché le ordinanze di revoca costituiscono provvedimenti dovuti. In tal senso, è sufficiente dare atto delle sorti del processo instaurato dinanzi al Tribunale di Milano (sentenza 5833/2007): l'Ufficio commissariale ha subito una condanna alle spese di ingente ammontare (oltre euro 440.000,00), proprio per effetto della caducazione dello *jus postulandi* (il giudizio era stato introdotto dall'avvocato attore e non dall'Avvocatura Distrettuale). Ed, infatti, il regime giuridico che segue ogni atto posto in essere nelle fasi fisiologiche del processo, introitato da soggetto privo del potere di rappresentanza processuale, è quello della nullità insanabile anche *ex post* mediante ratifica. Ciò si traduce in una assenza di utilità concreta in capo alla P.A. per effetto dell'attività svolta dall'attore, da intendersi nulla poiché posta in violazione di un divieto di legge.

5. Infine, deve essere rigettata la richiesta risarcitoria proposta da parte attrice, omessa ogni considerazione sulla struttura logica di siffatta istanza, presentata in subordine alla richiesta di indennizzo *ex art.* 2041 c.c. L'azione in parola deve essere qualificata come *actio ex art.* 1338 c.c. poiché l'avv. Z. ricollega il danno risentito alla circostanza di avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto. E, tuttavia, l'assenza di colpa in capo al richiedente, richiesta dalla norma in esame, non è rinvenibile nella fattispecie: come afferma autorevole dottrina, infatti, il comportamento sanzionato non consiste soltanto nell'omissione, dolosa o colposa, di comunicazione, ma anche nell'omissione di diligenza nell'accertamento delle cause d'invalidità. E, infatti, come ripetutamente afferma la Suprema Corte, la responsabilità prevista dall'art. 1338 cod. civ., tutela l'affidamento di una delle parti non sulla conclusione del contratto, ma sulla sua validità, sicché non è configurabile una responsabilità della P.A. ove l'invalidità del contratto derivi da norme generali, da presumersi note alla generalità dei consociati e quindi tali da escludere l'affidamento incolpevole della parte adempiente (Cass. civ., Sez. I, 27 marzo 2007, n. 7481; Cass. civ., Sez. I, 26 agosto 1997, n. 7997; Cass. civ., Sez. I, 20 agosto 1992, n. 9682; Cass. civ., 4 ottobre 1974, n. 2603).

Al di là dell'alveo dell'art. 1338 c.c., deve, comunque, escludersi la sussistenza di un affidamento incolpevole. Quanto alla nota dell'Avvocatura distrettuale prodotta dalla difesa attorea, essa non può fondare l'affidamento di cui si tratta, per due motivi. Una prima ragione è di ordine logico: gli incarichi (del 2002) sono cronologicamente anteriori alla nota dell'Avvocato Distrettuale di Stato del 21 gennaio 2003 (prot. 1212). Un secondo motivo si incentra sul valore della nota in esame che non ha certo la valenza del parere ed è, come pacifico, estranea ai giudizi oggetto degli incarichi conferiti all'attore.

Conclusivamente, la domanda attorea deve essere integralmente rigettata (...).



# IL CONTENZIOSO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE

## Le competenze complementari dal Trattato costituzionale della Comunità europea al Trattato di Lisbona

di *Dimitris Liakopoulos*<sup>(\*)</sup> e *Marco Vita*<sup>(\*\*)</sup>

*SOMMARIO: -1. I principi generali applicabili all'esercizio delle competenze dell'Unione; -2. La ripartizione delle competenze tra l'Unione europea e gli Stati membri; -3. La definizione e classificazione delle categorie di competenza; -4. La sorte dell'attuale art. 308 (ex art. 235) del Trattato CE; -5. I nuovi requisiti procedurali per il ricorso alla clausola di flessibilità; -6. Il principio di sussidiarietà nei lavori della Convenzione Europea*

1. La questione della delimitazione delle competenze del Trattato costituzionale è stata esaminata dal Gruppo di lavoro V: "Competenze complementari", affidato alla Presidenza del rappresentante del Governo danese Henning Christophersen. A tale gruppo è stato assegnato, in particolare, il compito di valutare se l'introduzione della nuova categoria delle "competenze complementari" potrebbe contribuire ad una migliore delimitazione delle competenze tra l'Unione europea e i suoi Stati membri (1). Al riguardo appare interessante notare che, in un primo momento, il mandato di questo Gruppo di lavoro era strettamente limitato allo specifico aspetto delle competenze complementari (2).

---

<sup>(\*)</sup> Professore a contratto di diritto comunitario presso l'Università della Tuscia.

<sup>(\*\*)</sup> Professore di diritto internazionale presso l'Università della Tuscia.

(1) MENGOSZI, *Istituzioni di diritto comunitario*, Cedam, ultima edizione.

(2) CONV. 52/02, ove il Presidium a metà maggio 21002 istituisce i primi sei gruppi di lavoro. Cfr. anche CONV 449/02, Relazione di sintesi della sessione plenaria, Bruxelles 5/6 dicembre 2002, pp. 10 ss.

I membri del Gruppo V sono, infatti, stati invitati a riflettere sul trattamento da “riservare in futuro alle cosiddette competenze complementari”, definendone il concetto e valutando se “occorre restituire agli Stati membri ogni competenza sulle materie in cui l’Unione ha attualmente una competenza complementare”, o se non si debbano piuttosto “esplicitare i limiti della competenza complementare dell’Unione” (3). Nella prima riunione del gruppo di lavoro sulle competenze complementari, molti membri hanno però manifestato il loro disappunto sul mandato ricevuto, considerandolo troppo restrittivo, ed hanno avanzato la richiesta, poi accolta, di allargare il dibattito in modo tale da consentire una discussione più generale sulla ripartizione delle competenze tra Unione europea e Stati membri. Ritengo inoltre importante anticipare che la Relazione finale del gruppo “competenze complementari” (4) ha ricevuto un’accoglienza molto negativa (5). Infatti, in occasione della discussione svoltasi alla seduta plenaria del 7-8 novembre 2002 davanti alla Convenzione Europea, il Presidente del Gruppo ha dovuto constatare che “un’ampia maggioranza dei membri (6) della Convenzione non condivide l’approccio adottato nella relazione”(7).

Al Gruppo è stato sostanzialmente rimproverato di non aver seguito gli orientamenti sui compiti dell’Unione emersi già nelle prime discussioni della Convenzione europea, allorché la maggioranza dei membri aveva posto l’accento sul bisogno di chiarire la sfera delle competenze rispettive dell’Unione europea e degli Stati membri, piuttosto che di procedere ad una drastica modifica del sistema nel suo complesso che si verificherebbe, ad esempio, nel caso in cui si decidesse di introdurre un definitivo catalogo di competenze (8).

---

(3) CONV. 75/02, Mandato del gruppo Competenze complementari, p. 5 ss.

(4) CONV. 375/02., Relazione finale del gruppo V, p. 1, ove si legge che il gruppo competenze complementari ha considerato le questioni relative alla competenza complementare e i settori collegati. Si segnala che la relazione finale del Gruppo V è pubblicata insieme alla Relazione finale dei gruppi solidarietà, integrazione della Carta, adesione alla CEDU, personalità giuridica, ruolo dei parlamenti nazionali e *governance* economica.

(5) CONV. 400/02, Resoconto sommario della sessione plenaria, Bruxelles, 7 e 8 novembre 2002, pp. 10 ss.

(6) CONV. 40/02, Contributo del sig. Reinhard Eugen Bösch, ove si legge anche che: “solo due membri hanno auspicato che talune competenze tornino agli Stati”.

(7) Il testo del trattato di Lisbona non ha portato modifiche importanti solo mettendo fra parentesi l’espressione: (nella costituzione dei trattati). In realtà la lista delle competenze come fissata negli artt. da I-13 a I-17 era redatta in termini generali e con un rinvio alla parte III del trattato costituzionale per quanto riguarda la loro portata e le loro modalità d’esercizio, al paragrafo 6 dell’art. I-12. Con il trattato di 2007 tutte queste innovazioni sono state introdotte nei Tve e Tce vigenti.

(8) In questo senso cfr. CONV. 40/02, ove a pagina 2 si legge che: “(...) l’orientamento della Convenzione è largamente favorevole alla necessità di non rimettere in discussione le realizzazioni attuali dell’Unione”. A pagina 6 dello stesso documento, la Convenzione si esprime: “a favore di un sistema di delimitazione delle competenze flessibile, che consenta un certo adattamento dei compiti dell’Unione alle nuove sfide e permetta di rispondere meglio alle attese dei cittadini (...) un sistema di elenchi, di competenze dell’Unione o di quelle degli Stati membri, sarebbe contrario a tale flessibilità”.

Al fine di rispondere ai quesiti posti dalla Dichiarazione di Laeken (9), il Gruppo di lavoro sulle competenze complementari si è posto l'obiettivo di razionalizzare e schematizzare il sistema di ripartizione delle competenze, cercando di renderlo più chiaro e trasparente, nonché maggiormente comprensibile al cittadino europeo. Al riguardo, la Relazione finale, trasmessa il 31 ottobre 2002 ai membri della Convenzione Europea, contiene una serie di interessanti Raccomandazioni (10) tra le quali desideriamo evidenziare, in primo luogo, la proposta del Gruppo V di introdurre, nel Trattato costituzionale (11), un apposito Titolo dedicato interamente alla materia delle competenze. Tale Titolo dovrebbe innanzitutto definire in modo chiaro e sistematico i principi generali "applicabili all'esercizio della competenza dell'Unione" (12), evitando così di doverli enunciare in tutti gli articoli del Trattato (13). Fondamentale importanza riveste, al riguardo, il principio delle competenze di attribuzione, secondo il quale, ai sensi dell'art. 5 (*ex art. 3B*) del Trattato CE, l'Unione/Comunità: "agisce nei limiti delle competenze e degli obiettivi che le sono assegnati" (14). Il principio di attribuzione fissa, pertanto, una condizione essenziale "per l'esercizio di qualsiasi attività dell'Unione". Allo stesso tempo, esso costituisce anche una garanzia per gli Stati membri che, in quanto "signori dei Trattati", restano titolari di tutte le competenze (15) che non hanno espressamente conferito all'Unione. Considerati tali aspetti, il Gruppo "competenze complementari" raccomanda di mettere in evidenza quest'ultimo carattere del principio di attribuzione,

---

(9) RAUX, *De Nice à Laeken: Pour une approche structurante de la constitutionalisation de l'union européenne*, in *Revue des affaires européennes*, 2002, pp. 62 ss.

(10) PERNICE, *Eine neue Kompetenzordnung für die Europäische Union*, in *Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht*, Berlin, Humboldt, Universität, 2002, pp. 22, ove si legge che il gruppo sulle competenze complementari: "(...) hat wie alle übrigen Arbeitsgruppen aufgrund eines Beschlusses des Konventspraesidiums keine konkreten Formulierungsvorschläge, sondern nur allgemeine Schlussfolgerungen entwickelt (...)".

(11) A.A.V.V., *Draft constitutional treaty of the European Union and related documents*, in *European law review*, 2003, pp. 3 ss. AMATO, *Verso la costituzione europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2003, pp. 292 ss. CANNIZZARO, *Democrazia e sovranità nei rapporti fra stati membri e Unione europea*, in *Rivista il Diritto dell'unione europea*, 2000, pp. 242 ss. DE SIERVO, *La difficile costituzione europea e le scorciatoie illusorie*, in DE SIERVO (a cura di), *La difficile costituzione europea: Ricerca dell'Istituto Luigi Sturzo*, Il Mulino, 2001. WEILER, *The Constitution of europe: do the new clothes have an emperor? And other essays*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999. WEILER, *A Constitution for Europe? Some heart choices*, in *Journal of common market studies*, 2002, pp. 564 ss. WESSEL, *Revisiting the international legal statues of the EU*, in *European foreign affairs review*, 2000, pp. 508 ss.

(12) CONV. 375/02, p. 10.

(13) CONV. 209/02, Gruppo V Competenze complementari, resoconto sommario della riunione del 17 luglio 2002, p. 1.

(14) TIZZANO (a cura di), *Una costituzione per l'Europa*, Giuffrè, 2004.

(15) LENAERTS, DESOMER, *Bricks for a constitutional treaty of the European Union: Values, objectives and means*, in *European law review*, 2002, pp. 378 ss.

introducendo così un'automatica "presunzione di competenza" a favore di quella degli Stati membri. Condividendo la scelta operata dal Gruppo V di non accogliere la richiesta (16) di introdurre, subito dopo l'affermazione del principio di attribuzione, un elenco esemplificativo di competenze che devono ritenersi proprie degli Stati membri: una volta chiarito che tutte le competenze non conferite all'Unione restano di pertinenza degli Stati membri, non avrebbe, infatti, alcun senso predisporre una simile lista che, per di più, rischierebbe di essere incompleta. Un elenco di competenze proprie degli Stati membri necessiterebbe, inoltre, di essere costantemente aggiornato, non potendosi prevedere, *ex ante*, tutte le contingenze che uno Stato membro dovrà o vorrà affrontare da solo. Tra i principi ritenuti idonei a garantire il corretto esercizio delle competenze da parte dell'Unione, particolare attenzione è stata dedicata, dal Gruppo "competenze complementari", al principio del rispetto dell'identità nazionale degli Stati membri, già contenuto nel terzo paragrafo dell'attuale art. 6 (*ex art. F*) del Trattato UE (17). Secondo il Gruppo, sussiste la necessità di chiarire gli elementi essenziali che "costituiscono l'identità nazionale" e "che devono essere rispettati dall'UE nell'esercizio delle sue competenze" (18).

Il Gruppo sulle competenze complementari raccomanda, pertanto, di inserire la disposizione sopra citata nel Titolo dedicato alle competenze dell'Unione (19) e di formularla in modo più articolato, precisando che "gli elementi essenziali dell'identità nazionale comprendono le strutture fondamentali e le funzioni essenziali dello Stato membro, in particolare l'impianto politico e costituzionale, comprese le autonomie regionali e locali, le scelte riguardo alla lingua, la cittadinanza nazionale, il territorio, lo *status* giuridico delle confessioni e associazioni religiose, la difesa nazionale e l'organizzazione delle forze armate" (20). In questo modo si ritiene di poter veni-

---

(16) CONV. 24/02, p. 2, nonché CONV. 26/02, Contributo del sig. Zaplana Hernandez Soro, Osservatore della Convenzione, p. 10. cfr. anche dal Parlamento Europeo la relazione sulla delimitazione delle competenze tra l'unione europea e gli stati membri del 2003, p. 22.

(17) Si ricorda che l'articolo 6, paragrafo 3 (*ex Art. F*) del Trattato UE recita: "L'Unione rispetta l'identità nazionale dei suoi Stati membri".

(18) PERNICE, *Verfassung der Europäischen Union: Bemerkungen zu den Artikel-Entwürfen des Präsidiums des Verfassungskonvents*, in *Walter Hallstein-Institut für europäisches Verfassungsrecht*, WHI, paper 3/03, Berlin, Humboldt, Universität, 2003, pp. 3 ss.

(19) HANF, BAUME, *Vers une clarification de la ripartition des compétences entre l'Union et ses Etats membres?: Une analyse de projet d'articles du Presidium de la Convention*, in *Cahiers de droit européen*, 2003, pp. 136 ss.

(20) CONV. 375/02, Relazione finale del gruppo V, p. 11. dal documento in esame si apprende che secondo il Gruppo V, due settori rientrano nelle responsabilità nazionali essenziali. Il primo di tali settori è costituito dalle strutture fondamentali e funzioni essenziali dello Stato membro, quali l'impianto politico e costituzionale, comprese le autonomie regionali e locali, la cittadinanza nazionale, il territorio, lo status giuridico delle confessioni e associazioni religiose, la difesa nazionale, l'organizzazione delle forze armate e la scelta delle lingue. Il secondo settore riguarda invece: scelte politiche di fondo e valori sociali fondamentali di uno Stato membro, quali la politica di distribuzione dei redditi, l'imposizione

re incontro alle richieste, espresse in seno al Gruppo, di rafforzare “la salvaguardia del ruolo e dell’importanza degli Stati membri nel Trattato”. Secondo un’ampia maggioranza del Gruppo V, il così precisato principio del rispetto dell’identità nazionale – generalmente indicato come “clausola Christophersen” – costituisce “un’alternativa valida” non solo al sopra menzionato elenco di competenze proprie degli Stati membri, ma anche alle proposte di includere nel futuro Trattato costituzionale una “Carta dei diritti e dei doveri degli Stati membri” (21). Occorre, tuttavia, rilevare che questa raccomandazione del Gruppo V è stata fortemente criticata in sede di dibattito davanti alla Convenzione Europea (22): molti membri della stessa hanno, infatti, ritenuto che la clausola del rispetto dell’identità nazionale tenderebbe a riproporre, per altra via, l’idea di un elenco di competenze degli Stati membri (23), già rifiutata dalla Convenzione (24), e di creare inoltre, con lo specifico riferimento alla difesa nazionale, un ostacolo all’avanzamento del processo di integrazione europea (25). A ciò si aggiunge la considerazione, evidenziata dalla dottrina, secondo la quale il principio del rispetto dell’identità nazionale degli Stati membri non dovrebbe neppure essere incluso nel Titolo dedicato alla materia delle competenze, assumendo esso,

---

ed esazione delle imposte sulle persone fisiche, il regime previdenziale sociale, il sistema di istruzione, il sistema di sanità pubblica, la preservazione e l’arricchimento del patrimonio culturale, l’obbligatorietà del servizio militare o civile. Il Gruppo sulle competenze complementari precisa di aver raggiunto un ampio accordo secondo cui, nella disposizione sull’identità nazionale degli Stati membri, non sarebbe necessario menzionare le scelte politiche di fondo degli Stati membri. Cfr. CONV. 410/02, p. 5, ove si legge che Erwin Teufel considera la proposta del gruppo V di precisare la posizione degli Stati membri all’interno dell’Unione, come “*heureuse initiative*”.

(21) CONV. 209/02, p. 3 ove si legge che molti membri del gruppo hanno: “sottolineato la necessità di rispondere alla sensazione di un continuo accrescimento delle competenze dell’unione avvertita dall’opinione pubblica e invocato dunque l’introduzione nei trattati di formule volte a rassicurare i cittadini. Tali formule potrebbero consistere nell’indicazione più esplicita dei limiti dell’azione dell’unione e nell’affermazione più netta di taluni “diritti” degli Stati. Al riguardo è stata espressa una preferenza per il modello “politico” e alcuni hanno sostenuto l’utilità di redigere una “Carta dei diritti e dei doveri degli Stati membri”, che potrebbe essere aggiunta dopo la Carta dei diritti fondamentali”.

(22) CONV. 400/02, p. 13, vi si legge che la Convenzione europea ritiene che la norma dell’attuale art. 6, paragrafo 3 (*ex art. F*) del trattato UE dovrebbe essere formulata in maniera “più generica”.

(23) *Ibidem*, ove il Presidente del Gruppo V precisa però che “l’intento del gruppo era chiarire il principio, escludendo ogni velleità di poter considerare l’elenco di esempi un catalogo delle competenze degli Stati”. Cfr. anche CONV. 375/02, p. 11, ove si legge che la riformulata disposizione sull’identità nazionale “non costituisce una clausola derogatoria: gli Stati membri continueranno a essere obbligati a rispettare le disposizioni dei trattati. L’articolo non costituirebbe, pertanto, una definizione della competenza degli Stati membri e quindi non trasmetterebbe il messaggio errato che sia l’Unione a concedere competenze agli Stati membri o che l’azione dell’Unione non possa mai avere ripercussioni su questi settori”.

(24) CONV. 40/02, p. 6, nonché CONV. 60/02, p. 1 ss.

(25) CONV. 400/02, pp. 10 ss.

piuttosto, un'importanza generica per l'identità e la struttura dell'Unione nel suo complesso. Il principio in esame troverebbe, pertanto, migliore collocazione nel Titolo del futuro Trattato dedicato agli obiettivi dell'Unione (26). Tali formule potrebbero consistere nell'indicazione più esplicita dei limiti dell'azione dell'Unione e nell'affermazione più netta di taluni "diritti" degli Stati. Al riguardo è stata espressa una preferenza per il modello "politico" e alcuni hanno sostenuto l'utilità di redigere una "Carta dei diritti e dei doveri degli Stati membri", che potrebbe essere aggiunta dopo la Carta dei diritti fondamentali.

Ancor più ampiamente contestata è stata, però, la raccomandazione del Gruppo di riformulare o chiarire il riferimento a "un'unione sempre più stretta", contenuto nel secondo paragrafo dell'attuale art. 1 (*ex art. A*) del Trattato UE (27), al fine di evitare di dare l'impressione che un eventuale futuro trasferimento di alcune competenze all'Unione europea possa, di per sé, essere considerato uno scopo e un obiettivo dell'Unione. Per i convenzionali intervenuti nel dibattito del 7-8 novembre 2002, l'espressione "unione sempre più stretta" è un concetto di portata politica che non è stato correttamente interpretato dal Gruppo: l'espressione in parola si riferirebbe, infatti, all'unione tra i popoli e i cittadini europei e non potrebbe essere in alcun modo considerata attinente alla materia delle competenze (28). Senza entrare nel dettaglio, il Gruppo "competenze complementari" ha, poi, raccomandato di includere nel Titolo del futuro Trattato costituzionale dedicato a tutte le questioni relative alla competenza, anche altri principi, quali il principio di sussidiarietà, il principio di proporzionalità, il principio del primato del diritto comunitario, il principio dell'interesse comune e della leale cooperazione, il principio dell'attuazione ed esecuzione degli atti.

2. Prima di passare all'esame delle modalità con cui il Gruppo "competenze complementari" ha, in concreto, affrontato il tema oggetto della nostra trattazione, ritengo opportuno rilevare che il Gruppo V non ha trascurato di considerare che un Trattato costituzionale chiaro e comprensibile deve necessariamente parlare al cittadino, utilizzando un linguaggio semplice, nonché termini appropriati. Consocio di tale esigenza, il Gruppo di lavoro ha valutato l'opportunità di modificare la denominazione delle cosiddette "competenze complementari" che, come si è già potuto rilevare, indicano i

---

(26) CONV. 375/02, p. 2, ove il Gruppo V suggerisce che: "gli appropriati organismi della Convenzione esaminino ulteriormente l'opportunità di riformulare o chiarire il riferimento "a un'unione sempre più stretta" nell'art. 1 del TUE in modo da evitare di dare l'impressione che il futuro trasferimento di competenze all'unione rimanga in se stesso uno scopo e un obiettivo dell'Unione stessa".

(27) Cfr. art. 1, paragrafo 2 (*ex art. A*) del Trattato UE, ove si legge che il trattato sull'Unione europea "segna una nova tappa nel processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa, in cui le decisioni siano prese il più vicino possibile ai cittadini".

(28) CONV. 400/02, p. 12.

settori per i quali l'Unione/Comunità si limita a "integrare, assistere o coordinare l'azione degli Stati membri", senza che il suo intervento possa avere l'effetto di escludere la competenza degli Stati membri. In seno al Gruppo è prevalsa (29) l'opinione che il termine "competenze complementari" dovrebbe essere sostituito con quello di "misure di sostegno", ritenuto più idoneo a trasmettere "l'essenza delle relazioni tra gli Stati membri e l'Unione nelle aree di competenza complementare" (30).

3. È senz'altro positivo che la Relazione Finale del Gruppo "competenze complementari" abbia raccomandato di raggruppare, nel Titolo del futuro Trattato costituzionale dedicato al tema delle competenze, soltanto le disposizioni fondamentali sulla ripartizione delle competenze tra l'Unione europea e gli Stati membri, rinviando invece, per la disciplina di dettaglio delle materie espressamente attribuite alla competenza dell'Unione dal Trattato, ad una sua diversa parte (31). Ritengo, infatti, che in tal modo sia possibile delineare una disciplina generale delle competenze dell'Unione più chiara, nonché maggiormente comprensibile al cittadino europeo. Ciò comporterebbe, per di più, un netto miglioramento rispetto alla situazione attuale, che, com'è noto, vede le norme sulla competenza contenute in ordine sparso nei Trattati.

Seguendo le raccomandazioni del Gruppo, il sopra menzionato Titolo dovrebbe indicare le varie categorie di competenza dell'Unione, fornendone una definizione. Il Gruppo V consiglia, pertanto, di distinguere nel nuovo Trattato tre categorie di competenze: quelle esclusive dell'Unione, quelle condivise tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, ed infine le cosiddette "misure di sostegno". Cominciando dalle "misure di sostegno", è possibile rilevare subito che si tratta di una nuova categoria, attualmente non indicata in modo esplicito in alcuna disposizione dei Trattati. Nella Relazione finale del Gruppo, le "misure di sostegno" sono definite come competenze che consentono all'Unione "di appoggiare ed integrare le politiche nazionali, quando vi sia un interesse comune dell'Unione e degli Stati membri in tal senso". A ciò viene aggiunta la considerazione che le misure in parola si distinguerebbero per il fatto di riferirsi a settori politici in cui gli

---

(29) CONV. 347/02, Gruppo V Competenze complementari, Resoconto sommario della riunione del 7 ottobre 2002, p. 2, ove si legge che alcuni membri del gruppo hanno espresso preferenze a favore dell'utilizzo di termini, quali "misure di appoggio", "misure complementari" o "azioni complementari".

(30) CONV. 375/02, p. 1, ove si legge anche che diversi membri del gruppo "preferiscono termini quali misure dell'unione in settori in cui gli Stati membri hanno piena competenza". Si segnala, inoltre, che nei confronti della proposta di ricominciare le competenze complementari "misure di sostegno" sono state espresse numerose riserve da parte dei membri della Convenzione europea. Essi hanno, infatti ritenuto che la nuova determinazione "misure di sostegno" è confusa "in quanto non esplicita il fatto che si tratta di "settori" nei quali l'Unione è abilitata ad agire". Cfr. anche sul punto CONV. 400/02, p. 12.

(31) CONV. 375/02, p. 2 ss.

Stati membri non hanno trasferito la propria competenza normativa all'Unione (32). L'intervento dell'Unione nelle materie che rientrano nelle "misure di sostegno" non può, pertanto, avere l'effetto di escludere la competenza degli Stati membri, attraverso l'armonizzazione delle loro disposizioni legislative, regolamentari o amministrative (33), anche se il futuro Trattato costituzionale potrebbe prevedere alcune esplicite eccezioni. Appare interessante evidenziare l'orientamento, affermatosi in seno al Gruppo V, secondo il quale la categoria delle "misure di sostegno" si differenzerebbe dalle competenze esclusive e condivise anche per il fatto di consentire al legislatore comunitario soltanto l'emanazione di "misure di lieve intensità" che potrebbero consistere, ad esempio, nell'adozione di risoluzioni o di raccomandazioni. Attraverso un rinvio alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, il Gruppo di lavoro è, inoltre, giunto alla conclusione che anche decisioni giuridicamente vincolanti (34) possono essere legittimamente adottate come "misure di sostegno", poiché per dette misure l'Unione può stanziare fondi dal suo bilancio richiedendo, comunque, la previa adozione da parte del Consiglio o del Parlamento europeo di "un atto di base che autorizzi le dette spese" (35). Il Gruppo sulle competenze complementari ritiene per-

---

(32) CONV. 375/02, p. 5. cfr. inoltre CONV. 209/02, p. 2, ove si legge che "taluni membri del gruppo hanno proposto di definire le competenze complementari come competenze degli Stati membri in relazione alle quali l'unione può essere chiamata a svolgere una politica di sostegno, completamente o coordinamento. Tale soluzione consentirebbe così di redigere anche se del tutto indirettamente, una specie di elenco delle competenze degli Stati". Nel senso di definire le "misure di sostegno" come competenze degli Stati membri, cfr. anche CONV. 410/02, p. 6 ss. In senso contrario alla qualificazione delle misure di sostegno quali competenze degli Stati membri, CONV. 12/02, Contributo del sig. Hubert Haenel, membro della Convenzione, p. 7, il quale rileva che nei settori delle "misure di sostegno", *"la Communauté a une vraie responsabilité à y exercer"*.

(33) CONV. 375/02, p. 5, ove si legge che delle politiche in cui l'Unione può adottare misure di sostegno "continuano ad essere responsabili gli stati membri" che "non hanno trasferito la loro competenza legislativa all'Unione".

(34) Si ricorda che, ai sensi dell'art. 249 (*ex art. 189*) del trattato CE, la decisione è un atto obbligatorio in tutti i suoi elementi, che si differenzia dal regolamento per il fatto di avere destinatari specificamente designati e di essere, dunque, priva di quella portata generale ed astratta che è tipica degli atti legislativi. La decisione corrisponde sostanzialmente all'atto amministrativo dei sistemi giuridici nazionali, in quanto rappresenta lo strumento utilizzato dalle istituzioni quando sono chiamate ad applicare il diritto comunitario a singole fattispecie concrete. Nel caso in cui i destinatari della decisione siano singoli individui, la decisione costituisce espressione di un'attività amministrativa piuttosto che normativa. Nel caso in cui i destinatari della decisione siano invece gli Stati membri, la decisione può assumere anche carattere normativo. Le decisioni sono normalmente emanate dalla Commissione, mentre il Consiglio, di regola, emana solo le decisioni indirizzate agli Stati membri. La decisione deve, inoltre, essere notificata a suoi destinatari e solo da tale momento produce i suoi effetti ed è ad essi opponibile. Cfr. G. TESAURO, *Diritto comunitario*, ultima edizione, pp. 114 ss. MENGOZZI, *Istituzioni di diritto comunitario*, *op. cit.*, pp. 169 ss.

(35) Corte di giustizia: Sentenza del 12 giugno 1998, Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord/Commissione delle Comunità europee, causa C106/96, in *Raccolta*, p. 2729,

tanto opportuno che nel futuro Trattato costituzionale per l'Europa si specifichi che il legislatore comunitario non è, invece, autorizzato ad adottare come "misure di sostegno" regolamenti o direttive, ossia atti giuridicamente vincolanti "volti a sostituire o armonizzare la legislazione nazionale". In via eccezionale, le norme di dettaglio che disciplinano i settori rientranti nella categoria delle "misure di sostegno" potrebbero, tuttavia, consentire al legislatore dell'Unione di adottare anche tali strumenti legislativi. Ritengo opportuno rilevare, al riguardo, che questa raccomandazione ha suscitato molte obiezioni da parte dei membri della Convenzione Europea: essi, pur non contestando il fatto che le "misure di sostegno" vietano generalmente all'Unione europea qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative degli Stati membri (36), hanno sottolineato che si tratta pur sempre di una categoria di competenze attribuite all'Unione, cui deve, quindi, essere messo a disposizione l'intero ventaglio degli strumenti legislativi necessari al loro esercizio (37).

Dopo aver proceduto alla definizione delle "misure di sostegno", il Gruppo di lavoro sposta la sua attenzione sulla classificazione dei settori che possono essere ricondotti a tale categoria, dichiarando di voler "fornire il massimo di chiarezza senza cambiare la competenza giuridica dell'Unione nei settori in questione". Attraverso l'applicazione del principio da esso stesso elaborato, secondo il quale atti legislativi dell'Unione (regolamenti e direttive) non possono essere adottati quali misure di sostegno, se non allorché il Trattato lo consenta in via eccezionale, il Gruppo sulle competenze complementari ha riportato alla nuova categoria di competenze i settori politici dell'occupazione, dell'istruzione e della formazione professionale, della cultura, delle reti transeuropee, dell'industria, della sanità pubblica (38), nonché della ricerca e dello sviluppo. I settori della protezione dei consuma-

---

ove al punto 26 si legge che il giudice comunitario ritiene che: "l'esecuzione delle spese comunitarie relative ad azioni comunitarie significative presuppone non solo l'iscrizione del corrispondente stanziamento nel bilancio della Comunità, di competenze dell'autorità di bilancio, ma anche la previa adozione di un atto di base che autorizzi le dette spese". Cfr. anche CONV. 375/02, p. 4, ove il Gruppo V afferma che: "nessun elemento della sentenza prevede che l'atto di base debba avere la forma di un regolamento o di una direttiva. Nella causa dinnanzi alla Corte, l'atto di base che autorizzava le spese aveva la forma di una decisione sui generis". Cfr. COLNERIC, *Der Gerichtshof der europäischen Gemeinschaft als Kompetenzgericht*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2002, pp. 710 ss.

(36) DASHWOOD, *The limits of european community powers*, in *European law review*, 1996, pp. 114 ss.

(37) CONV. 541/03, Contributo del sig. Elmar Brok, membro della Convenzione, Competenze dell'Unione europea, p. 4.

(38) CONV. 347/02, Gruppo V: Competenze complementari, Resoconto sommario della riunione del 7 ottobre 2002, p. 2. per quanto concerne la sanità pubblica si legge che: "taluni membri hanno osservato che due dei tre casi citati nell'articolo 152 consentono alla Comunità di agire attraverso l'armonizzazione delle legislazioni nazionali, mentre secondo altri questi due casi costituirebbero l'eccezione che conferma la regola sancita dal terzo caso, ossia misure di incentivazione che escludono l'armonizzazione".

tori (39), della cooperazione allo sviluppo (40) e della cooperazione doganale, pure presi in considerazione, sono stati, invece, esclusi dall'ambito delle "misure di sostegno", sulla base della presa d'atto che per essi "regolamenti e/o direttive sono (...) chiaramente ammessi (...) non come eccezione definita con precisione, ma come regola generale" (41).

Il Gruppo V raccomanda, poi, di distinguere le categorie della competenza esclusiva dell'Unione e della competenza condivisa tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, precisando che le materie rientranti in quella condivisa saranno individuate per esclusione. La competenza condivisa assumerà, in altre parole, la veste di categoria "residuale", raggruppando tutte "le materie che non rientrano né nelle misure di sostegno né nella competenza esclusiva". Per quanto concerne, invece, la categoria delle competenze esclusive – la cui caratteristica essenziale è "che gli Stati membri possono agire in tali settori solo se autorizzati dall'Unione" – la Relazione finale non fornisce un elenco delle materie che vi possono essere ricondotte. In seno al Gruppo sono, infatti, emerse due divergenti opinioni: l'una secondo la quale la classificazione delle competenze esclusive, rinominate "competenze dell'Unione", andrebbe condotta in base a criteri di natura politica, al fine "di rendere chiari ai cittadini dell'Unione tutti i settori in cui quest'ultima

---

(39) CONV. 375/02, p. 9. si legge che poiché "si potrebbero adottare direttive (minime) ai sensi dell'articolo 153 (ex art. 129 A), ha giustificato la classificazione della tutela dei consumatori tra le competenze condivise. Cfr. anche CONV. 347/02, ove si rileva che per alcuni membri del Gruppo sulle competenze complementari "il rimando all'articolo 95, che figura nell'articolo 153, rende questa materia oggetto di competenze condivisa, mentre altri ritengono che le misure prese a nome dell'articolo 95 siano adottate a titolo del mercato interno e non della protezione dei consumatori, che resterebbe una competenza complementare".

(40) CONV. 375/02, p. 9, dove si spiega che "la cooperazione allo sviluppo riveste forme speciali in quanto le attività dell'unione in questo settore non intaccherebbero mai la competenza degli Stati membri di mantenere la loro politica di sviluppo". Tuttavia, in materia di cooperazione allo sviluppo regolamenti e direttive sono chiaramente ammessi, "non come eccezione definitiva con precisione, ma come regola generale". Secondo il Gruppo V, la cooperazione allo sviluppo ricade, pertanto, "nell'ambito della competenza condivisa".

(41) CONV. 375/02, p. 9. Si segnala che vi sono state anche proposte tendenti a ricondurre nell'ambito della categoria delle "misure di sostegno" la lotta alla droga e gli sport a livello internazionale. Per quanto concerne la lotta alla droga, il gruppo V ha rilevato, in primo luogo, che essa è "già contemplata dall'articolo 152 (effetti nocivi per la salute umana derivante dall'uso di stupefacenti)" ed ha inoltre, affermato che la materia è "di competenza del gruppo Libertà, sicurezza e giustizia". Per quanto concerne, invece, la proposta di consentire l'adozione di misure di sostegno per gli sport a livello internazionale, essa "non ha riscosso un ampio consenso" in seno al gruppo di lavoro. Si ricorda, inoltre, che il gruppo "competenze complementari" non ha ritenuto in considerazione la classificazione delle materie che rientrano nel secondo e terzo pilastro, affermando che "qualsiasi classificazione di questo tipo dipenderebbe notevolmente da una serie di scelte politiche che spettano ad altri concessi della Convenzione".

dovrebbe svolgere un ruolo principale o esclusivo”; l’altra che evidenzia la necessità di una classificazione basata su considerazioni meramente giuridiche, auspicando che “tutte le materie per le quali è essenziale che gli Stati membri non agiscano per se stessi, anche se non si riesce a trovare una soluzione a livello di Unione” siano ricondotte alla categoria della competenza esclusiva. Il Gruppo non considera inconciliabili tali opinioni. Esso rinvia, però, la sintesi dei due criteri ai pertinenti organismi della Convenzione, raccomandando, per la soddisfazione di quello “politico”, una riformulazione dei compiti e delle responsabilità dell’Unione, attualmente descritti negli articoli 3 e 4 del Trattato CE, al fine di indicare già in tale sede i settori che devono ritenersi di “responsabilità dell’Unione”; al contempo una definizione delle competenze esclusive e condivise conforme all’attuale giurisprudenza della Corte di Giustizia consentirebbe anche la soddisfazione del criterio “giuridico” (42). Quest’ultima raccomandazione del Gruppo mi sembra piuttosto singolare se si considera che, per l’individuazione delle materie di competenza esclusiva e condivisa dell’Unione, proprio i criteri elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia sono stati ritenuti insufficienti a determinare una chiara e precisa delimitazione delle competenze tra l’Unione europea e i suoi Stati membri. Occorre, infine, volgere la nostra attenzione al modo con cui il Gruppo “competenze complementari” ha affrontato le richieste, provenienti soprattutto dai Länder tedeschi, di precisare il rapporto fra la competenza per il mercato interno e le cosiddette “misure di sostegno”: senza seguire le proposte di abrogazione dell’attuale art. 95 (*ex art.* 100 A) del Trattato CE, il Gruppo consiglia di precisare nella futura Costituzione per l’Europa il cosiddetto criterio del “centro di gravità” (43), già individuato dalla Corte di Giustizia nella causa Repubblica federale di Germania/Parlamento europeo e Consiglio dell’Unione europea (44). A tal fine il Gruppo V ritiene opportuno chiarire che la disposizione sopra menzionata – volta all’armonizzazione delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri – potrà trovare applicazione nell’ambito dei settori che rientrano nella categoria delle misure di sostegno soltanto se gli obiettivi, i contenuti principali, “nonché gli effetti ricercati di dette misure sono connessi agli articoli del trattato relativi al mercato interno”. Mi sembra, comunque, che il così individuato criterio del “centro di gravità” non consentirà di individuare con certezza il limite dell’art. 95 (*ex art.*

---

(42) CONV. 375/02, ove si legge: “La competenza esclusiva e la competenza condivisa dell’Unione dovrebbero essere definite nel futuro Trattato conformemente all’attuale giurisprudenza della Corte di giustizia e i settori rispettivamente di competenza esclusiva e condivisa dovrebbero essere determinati conformemente ai criteri sviluppati dalla Corte”.

(43) CONV. 375/02, p. 12, cfr. anche la Sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 2000, Repubblica federale di Germania/Parlamento europeo e Consiglio dell’Unione europea, Causa C376/98, punto 35, in *Raccolta*, p. 8419.

(44) Causa C-376/98, in *Raccolta* p. 8419.

100 A) del Trattato CE. La valutazione di merito circa la sussistenza dei criteri indicati dal Gruppo V pare, infatti, essere rimessa, in primo luogo, alla discrezionalità degli organi dell'Unione che intenderanno agire sulla base del nuovo art. 95 del Trattato costituzionale. A ciò aggiungiamo la considerazione che è difficile prevedere che una maggiore chiarezza possa essere realizzata attraverso l'attività interpretativa svolta dalla Corte di Giustizia: nel caso in cui questa dovesse essere chiamata a chiarire se "gli obiettivi e contenuti principali e gli effetti ricercati" delle misure di sostegno "sono connessi agli articoli del trattato relativi al mercato interno", potrebbe infatti giungere ad una conclusione affermativa, semplicemente affermando che tale connessione sussiste, poiché le azioni previste dal legislatore comunitario hanno "effettivamente per oggetto il miglioramento delle condizioni di instaurazione e di funzionamento del mercato interno". Così facendo, la Corte di Giustizia non aggiungerebbe nient'altro a quanto già affermato nella causa succitata. Sarebbe forse più conveniente chiarire che l'art. 95 (*ex art.* 100 A) del Trattato può essere applicato soltanto alle misure di sostegno che, in via eccezionale, consentono l'armonizzazione delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri.

4. Per quanto concerne l'articolo 308 (*ex art.* 235) del Trattato CE (45) – diretto a supplire all'assenza di poteri d'azione (46) attribuiti alle Istituzioni comunitarie da specifiche disposizioni del Trattato (47) – è possibile rilevare, sin d'ora, che il Gruppo "competenze complementari" non ha accolto le richieste di abrogare la disposizione in esame: esso ha, piuttosto, messo in rilievo la necessità di conciliare le esigenze di maggiore chiarezza del sistema di ripartizione delle competenze con l'obiettivo di conservare il dinamismo e la flessibilità dell'azione dell'Unione europea (48). Viene perciò suggerito di mantenere, anche nel futuro Trattato costituzionale, una cosiddetta

---

(45) Si ricorda che l'articolo 308 (*ex art.* 235) del Trattato CE recita: "Quando un'azione della Comunità risulti necessaria per raggiungere, nel funzionamento del mercato comune uno degli scopi della Comunità, senza che il presente trattato abbia previsto i poteri d'azione a tale uopo richiesti, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e dopo aver consultato il Parlamento europeo, prende le disposizioni del caso".

(46) VON BOGDANDY, BAST, *I poteri dell'Unione: una questione di competenza. L'ordine verticale delle competenze e proposte per la sua riforma*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2002, pp. 304 ss. e ripubblicato in *Common market law review*, 2002, pp. 228 ss.

(47) Cfr. dalla Corte di giustizia del 28 marzo 1996, Parere 2/94, punto 29, in *Raccolta* 1996, p. 1759.

(48) Parlamento europeo, Relazione sulla delimitazione delle competenze tra l'Unione europea e gli stati membri, cfr. anche CONV. 32/02, Contributo del senatore L. Dini, membro della Convenzione, p. 4, CONV. 37/02, Contributo del dr. Teija Tiilikainen, membro della Convenzione, po. 3, ove si legge riguardo all'art. 308: "This source of dynamism should not be subdued". Vedi anche CONV. 58/02, Contributo del sig. Hannes Farnleitner, membro della Convenzione sulla ripartizione delle competenze, p. 5, nonché CONV. 186/02, ove si legge che

“clausola di flessibilità” che, alla stregua dell’attuale art. 308 (*ex art.* 235), consenta all’Unione allargata a 27 o più Stati membri di “affrontare sviluppi e sfide inattesi”. Nell’opinione del Gruppo V, la norma in esame costituisce, infatti, “un’importante disposizione di rilievo costituzionale che (...) potrebbe trovare in un futuro Trattato la giusta collocazione in un titolo generale sulla competenza” (49). Con il trattato di Lisbona si aggiunge l’art. I-18 detto clausola di flessibilità secondo il quale: “se un’azione dell’Unione appare necessaria (...) per realizzare uno degli obiettivi” al legislatore si permette: “di adottare le misure appropriate”. Si tratta in verità di una riformulazione più precisa dell’art. 208 Tce, il cui testo verrà adattato con il Trattato modificativo per ripristinare la formula dell’art. I-18. Si tratta di ripartizione dei poteri tra Unione e Stati membri che erano completate da una serie di precisazioni relative al ruolo dei parlamenti nazionali e al controllo dell’applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità che si trovano sia nei protocolli n. 1 sul ruolo dei parlamenti nazionali nell’Unione europea e n. 2 sull’applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. Tutto ciò contribuisce ad un ruolo maggiore al Comitato delle regioni, abilitato ad adire alla Corte di giustizia.

Con il Trattato modificativo prende forma una mera linea di riaffermazione pleonastiche che si può ritenere che non facciano altro che ripetere in diversi modi il contenuto delle seguenti precisazioni: in conformità dell’articolo 5 del presente Trattato qualsiasi competenza non attribuita all’Unione nei trattati appartiene agli Stati membri (art. 4 TUE modificato), in virtù del principio di attribuzione. L’unione agisce nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nella costituzione per realizzare gli obiettivi da questa stabiliti. Qualsiasi competenza non attribuita all’Unione nella Costituzione appartiene agli Stati membri (art. 5 TUE modificato, già nell’art. I-11). Le disposizioni della carta non estendono in alcun modo le competenze dell’Unione definite nei Trattati (art. 6 TUE modificato), l’adesione dell’unione alla Cedu “non modifica le competenze dell’Unione definite nei trattati” (art. 6 TUE modificato), i progetti di emendamento intesi a modificare i trattati “possono tendere ad accrescere o a ridurre le competenze attribuite all’unione nei trattati” (art. 33 TUE modificato), per le competenze concorrenti le quali appartengono all’Unione nonché agli Stati membri: “Gli Stati

---

in seno al Gruppo sulle competenze complementari “numerosi oratori hanno sottolineato la necessità di preservare una certa flessibilità nel sistema di ripartizione delle competenze, in considerazione delle esigenze della globalizzazione. In tale contesto è stato propugnato il mantenimento di un meccanismo di flessibilità analogo a quello dell’art. 308”. CONV. 47/02, ove si legge che, qualora si decidesse di abrogare l’art. 308, “sarebbe opportuno soppesare i rischi di paralisi dell’attività della Comunità, che si troverebbe nell’impossibilità di adattarsi alle nuove realtà”.

(49) VON BUNGENBERG, *Dynamische integration, art. 308 und die Forderung nach einem Kompetenzkatalog*, in *Europarecht*, 2000, pp. 880 ss.

membri esercitano nuovamente la loro competenza nella misura in cui l'Unione ha deciso di cessare di esercitarla" (art. 2 Tce modificato). Per le stesse competenze concorrenti "quando l'Unione ha svolto un'azione in un determinato settore, il campo di applicazione di questo esercizio di competenza copre unicamente gli elementi disciplinati dall'atto dell'Unione in questione e non copre pertanto l'intero settore".

Al fine di mettere in risalto il carattere "residuale" ed eccezionale che la clausola di flessibilità dovrà assumere anche nel futuro neo Trattato costituzionale, il Gruppo sulle competenze complementari ritiene opportuno, anzitutto, introdurre disposizioni specifiche che riconducano esplicitamente nell'ambito delle competenze dell'Unione le materie in cui la stessa interviene, attualmente, proprio attraverso il ricorso all'art. 308 (*ex art. 235*) del Trattato (50). A ciò viene aggiunta la considerazione che attraverso un utilizzo sproporzionato ed indebito della clausola in parola dovrebbe essere stato propugnato il mantenimento di un meccanismo di flessibilità analogo a quello dell'art. 308 chiarendo e precisando le condizioni che consentono di farvi ricorso. Utili indicazioni pervengono, al riguardo, dalla giurisprudenza resa dalla Corte di Giustizia nel Parere 2/94, ove la stessa aveva non soltanto precisato che l'art. 308 (*ex art. 235*) "non può costituire il fondamento per ampliare la sfera dei poteri della Comunità al di là dell'ambito generale risultante dal complesso delle disposizioni del Trattato", ma aveva anche chiarito che la norma in esame "non può essere (...) utilizzata quale base per l'adozione di disposizioni che condurrebbero sostanzialmente, con riguardo alle loro conseguenze a una modifica del Trattato che sfugga alla procedura all'uopo prevista nel Trattato medesimo" (51).

Al fine di consentire un adeguato controllo dell'applicazione della nuova clausola di flessibilità, il Gruppo sulle competenze complementari ritiene, dunque, opportuno rendere espliciti i sopra menzionati limiti imposti dal giudice comunitario. Il Gruppo V raccomanda, inoltre, che la clausola di flessibilità specifichi che gli atti adottati ai suoi sensi, non possono "costituire la base per misure di armonizzazione in settori politici nei quali l'Unione la esclude". Ciò significa, in altre parole, che il divieto di armonizzazione delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri, previsto per le materie ricondotte alla nuova categoria delle "misure di soste-

---

(50) Per quanto concerne invece il settore del turismo menzionato, assieme all'energia e alla protezione civile, nell'attuale art. 3, lettera u) del trattato CE, il gruppo rileva che "è anomalo che nell'articolo 3 del TCE siano menzionate materie per le quali nessun articolo corrispondente del trattato definisce gli obiettivi politici e la competenza. Il gruppo ritiene pertanto che l'articolo 3, lettera u) del TCE vada adottato". In questo senso cfr. CONV. 375/02, p. 15. GAJA, *Comment on opinion 2/94*, in *Common market law review*, 1996, pp. 974 ss. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, ed. Laterza, ultima edizione.

(51) CONV. 375/02, CONV. 410/02.

gno”, non può essere eluso attraverso il ricorso alla clausola in esame. Una parte della dottrina è, invece, piuttosto scettica riguardo alla possibilità che la summenzionata raccomandazione del Gruppo V possa effettivamente costituire un criterio per la corretta applicazione della clausola di flessibilità. Essa evidenzia, infatti, la paradossale tautologia di una disposizione che ripete che l’armonizzazione è esclusa in settori in cui la Costituzione prevede, appunto, un divieto di armonizzazione. A ciò si aggiunge l’osservazione che una simile precisazione dell’attuale art. 308 (*ex art.* 235) del Trattato potrebbe offrire alle istituzioni dell’Unione anche una facile via per sottrarsi al divieto di armonizzazione stesso. Secondo quanto rilevato dalla dottrina citata, il legislatore comunitario potrebbe, infatti, ricorrere alla norma dell’art. 95 (*ex art.* 100 A) del Trattato, rilevando che il divieto di armonizzazione era stato voluto dai redattori della Costituzione unicamente per quanto riguarda l’applicazione della clausola di flessibilità.

La dottrina in esame auspica, pertanto, che la suddetta raccomandazione del Gruppo V non venga accolta, ovvero che anche il futuro art. 95 (*ex art.* 100 A) del Trattato escluda espressamente dal suo ambito di applicazione i settori per i quali la Costituzione non ammette misure di armonizzazione. Quale ultima condizione “materiale” richiesta per il legittimo ricorso alla clausola di flessibilità, il Gruppo sulle competenze complementari ritiene opportuno rendere più operativo il requisito previsto dall’attuale art. 308 (*ex art.* 235), secondo cui un atto adottato ai suoi sensi deve rientrare nel “quadro del mercato comune”. Si auspica, perciò, di estendere l’ambito di applicazione della clausola in esame, consentendo di farvi ricorso non solo ai fini della realizzazione del mercato comune, ma anche nell’ambito dell’Unione economica e monetaria, nonché dell’attuazione delle politiche o attività comuni di cui agli articoli 3 e 4 del Trattato CE. Come efficacemente messo in luce dal membro della Convenzione Europea *Erwin Teufel*, occorre chiarire che la clausola di flessibilità non può in alcun modo costituire uno strumento per l’ampliamento delle competenze dell’Unione europea: essa dovrà, piuttosto, consentire all’Unione di raggiungere gli obiettivi già fissati nel Trattato costituzionale, qualora il Trattato stesso non “abbia previsto i poteri d’azione a tal uopo richiesti”.

5. Per quanto riguarda i requisiti procedurali richiesti ai fini dell’adozione di atti normativi dell’Unione/Comunità sulla base della clausola di flessibilità, il Gruppo sulle competenze complementari ha raggiunto un ampio accordo sulla necessità di mantenere il voto all’unanimità, previsto dall’attuale art. 308 (*ex art.* 235) del Trattato CE, in seno al Consiglio. In questo modo si ritiene, infatti, di poter porre un efficace limite al ripetuto utilizzo, da parte delle Istituzioni dell’Unione, della norma sopra citata. Ritengo, però, appropriato rilevare che, come si è visto in precedenza, il ricorso all’art. 308 (*ex art.* 235) del Trattato CE si è già notevolmente ridotto per effetto dell’entrata in vigore dell’Atto Unico europeo: a partire da tale momento, la stessa Commissione aveva iniziato ad esprimere il suo favore riguardo al ricorso a disposizioni del Trattato che consentissero l’adozione di delibere a maggioranza qualificata, opponendosi, pertanto, all’utilizzo del-

l'art. 308 (*ex art.* 235). Tale orientamento della Commissione è stato confermato anche dalla Corte di Giustizia, conscia del fatto, efficacemente messo in luce dalla dottrina, che procedure decisionali a maggioranza qualificata risultano più sopranazionali di quelle all'unanimità, e costituiscono un passo decisivo per il rafforzamento del processo di integrazione.

A ciò ritengo opportuno aggiungere la considerazione che la giurisprudenza resa dalla Corte di Giustizia nel noto Parere 2/94 ha imposto rilevanti limiti all'applicazione dell'attuale art. 308 (*ex art.* 235) del Trattato CE. Tali limiti sono destinati, come si è visto, ad essere enunciati chiaramente nella nuova clausola di flessibilità, assieme al divieto di armonizzazione nei casi previsti dal Trattato. Si ricorda, inoltre, che il Gruppo sulle competenze complementari consiglia l'introduzione di un meccanismo che consenta di avanzare, alla stregua dell'attuale art. 300, paragrafo 6 del Trattato CE (*ex art.* 228), una richiesta di parere preventivo alla Corte di Giustizia. Questa, prima ancora dell'adozione dell'atto comunitario in questione, dovrebbe, dunque, verificare se l'atto stesso risponde ai requisiti fissati dalla nuova clausola di flessibilità.

Appurata la necessità di garantire all'Unione europea del XXI secolo la possibilità: "di progredire nel suo sviluppo" ci si può, dunque, chiedere se dette precisazioni – unite alla raccomandazione del Gruppo V di imporre il controllo politico da parte sia del Parlamento europeo, esigendone il parere conforme (52), sia dei Parlamenti nazionali, in connessione con il meccanismo di allerta precoce indicato dal Gruppo "Sussidiarietà" – non siano di per sé sufficienti ad ostacolare un utilizzo indebito della clausola in esame. In un'Unione allargata a 27 o più Stati membri, il mantenimento del requisito dell'unanimità per l'adozione di atti ai sensi della nuova clausola di flessibilità potrebbe, infatti, rendere difficile, e finanche impossibile, il suo pratico utilizzo. L'intenzione di introdurre nella Costituzione per "l'Europa a 27" una clausola, nei cui confronti si possa, anche soltanto lontanamente, prospettare il pericolo di rimanere "lettera morta" non mi pare essere di alcuna utilità. Ritengo pertanto che, nel caso in cui le sopra menzionate raccomandazioni del Gruppo V dovessero essere accolte (53), sarebbe più appropriata

---

(52) CONV. 375/02, ove si legge che il Gruppo V raccomanda di "prevedere il parere conforme o un altro tipo di partecipazione sostanziale del Parlamento europeo".

(53) Si ricorda che il Gruppo "competenze complementari" ha, infine raccomandato di introdurre nella clausola di flessibilità anche un meccanismo che consenta l'abrogazione con voto a maggioranza qualificata, di disposizioni adottate ai suoi sensi. Ciò al fine di "restituire agli Stati membri la libertà di manovra in una materia disciplinata a norma dell'articolo 308". In tal senso cfr. CONV. 375/02, p. 16. Si segnala anche detta raccomandazione è stata fortemente critica dai membri della Convenzione europea. Sul punto cfr. CONV. 58/02, p. 6, ove Hannes Farnleitner afferma: "*Eine Umgestaltung von art. 308 EGV zu einer Art. Evolutivklausel, die auch die Rückübertragung von Befugnissen an die Mitgliestaaten ermöglichen würde, erscheint zwar aus den ersten Blick interessant, bei*

to consentire l'adozione di atti normativi, ai sensi della nuova clausola di flessibilità, con voto a maggioranza qualificata.

In realtà con il trattato di Lisbona è stato fissato un passo indietro davanti alla possibilità per un solo Parlamento di un singolo Stato membro di impedire l'adozione di misure relative al diritto di famiglia avente implicazioni transnazionali. La clausola è imitata dalla procedura di revisione semplificata dell'art. IV-444. Il Consiglio decide all'unanimità in materia e il Parlamento europeo ha solo un ruolo consultivo. La clausola verrebbe applicata solo in caso di disaccordo tra un governo e la sua maggioranza parlamentare. L'interna unione dipenderà dalla relazione tra un solo governo e la sua maggioranza. Il trattato modificativo riduce anche i poteri del legislatore europeo in materia di politica spaziale europea, giacché nell'art. 172bis Tce modificato (*ex* art. III-254) verrà indicato che le misure adottate non possono comportare un'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri. Lo stesso vale per il contenuto del Protocollo n. 9 sui servizi di interesse generale. Il testo avrebbe potuto sviluppare complessivamente la nozione già inserita nel trattato CE (art. 16) con il trattato di Amsterdam del 1997 e portata avanti nel Trattato costituzionale con la base giuridica aggiunta nel suo art. III-122 (art. 14 modificato).

6. L'analisi e la valutazione delle problematiche sollevate riguardo al principio di sussidiarietà sono state affidate, principalmente, al Gruppo I "Sussidiarietà", posto sotto la presidenza del parlamentare europeo spagnolo *Inigo Méndez de Vigo*. In particolare, a questo Gruppo di lavoro della Convenzione Europea è stato attribuito il compito di esaminare il modo con cui assicurare una migliore applicazione ed un più efficace controllo del principio in parola che è considerato "la chiave per garantire una migliore ripartizione e definizione delle competenze".

Occorre, però, rilevare che del principio di sussidiarietà si è occupato anche il Gruppo IV della Convenzione, che ha considerato la questione del ruolo che – ai fini di un più efficace controllo dell'azione esercitata dai Governi dei singoli Stati membri – possa essere attribuito, a livello europeo, ai Parlamenti nazionali e che include anche la sorveglianza del rispetto della

---

*genauerer Betrachtung würde jedoch gerade ein solches Unterfangen die mitgliedstaatliche Kompetenzhoheit in Frage stellen. Die Möglichkeit einer Aufhebung von spezifischen vertraglichen Einzelermächtigungen auf der Grundlage von Art. 308 EGV-oder einer vvergleichbaren Bestimmung in einer künftigen europäischen Verfassung-würde aus dieser Bestimmung nämlich eine Vertragsänderungsbestimmung machen, als welche sie auf der Basis der geltenden Rechtsgrundlage gerade nicht zu qualifizieren ist (...)*". In senso contrario all'introduzione, nella clausola di flessibilità, di un meccanismo che consenta di restituire competenze agli Stati membri, cfr. anche CONV 178/02, Contributo del sig. Andrei Duff, del sig. Alain Lamassoure, del sig. Olivier Duhamel, ecc, intitolato: "le questioni della competenza e della sussidiarietà e confusione da esse derivanti", p. 5.

sussidiarietà (54). Ritengo opportuno anticipare che un ampio numero dei membri del Gruppo di lavoro IV ha approvato le conclusioni finali presentate dal Gruppo I “Sussidiarietà”. Per questo motivo, dedicheremo il prosieguo della nostra trattazione primariamente all’esame delle raccomandazioni del Gruppo sul principio di sussidiarietà (55), confrontandole, comunque, con i suggerimenti del Gruppo sul ruolo dei Parlamenti nazionali.

Il documento conclusivo del Gruppo “Sussidiarietà” racchiude due “regole d’oro” che sono servite ad orientare le riflessioni del Gruppo di lavoro in esame: viene, innanzitutto, evidenziata la necessità di assicurare una migliore applicazione del principio di sussidiarietà, evitando però, allo stesso tempo, che tali miglioramenti blocchino, interferiscano o rendano ancora più lungo il processo decisionale in seno alle istituzioni europee. I membri del Gruppo I ritengono, inoltre, che non dovrebbe essere creato alcun organo politico *ad hoc* incaricato di controllare l’applicazione del principio di sussidiarietà. Secondo quanto efficacemente messo in luce anche dai membri della Convenzione Europea *Hannes Farnleitner* e *Reinhard Bösch*, un simile organo appesantirebbe il processo legislativo comunitario (56), già sufficientemente complesso, richiedendo anche la creazione di nuove istituzioni e burocrazie che inciderebbero notevolmente sul bilancio dell’Unione. Nella Relazione Finale del Gruppo “Sussidiarietà” viene ribadita la natura essenzialmente politica del principio in esame: esso richiede, infatti, di stabilire se la realizzazione in comune degli obiettivi dell’Unione europea possa essere meglio realizzata a livello europeo piuttosto che ad un altro livello, comportando “un margine discrezionale importante per le istituzioni” dell’Unione. Di conseguenza, il Gruppo auspica che anche il controllo sulla corretta applicazione del principio di sussidiarietà sia di natura puramente

---

(54) CONV. 353/02, Relazione finale del gruppo IV, “Ruolo dei Parlamenti nazionali”, p. 9, ove si legge che il Gruppo si è posto i seguenti interrogativi: “i Parlamenti nazionali hanno un ruolo da svolgere nel controllo della sussidiarietà? Dovrebbero agire da soli o in gruppo? In quale fase, o in quali fasi, del processo legislativo dovrebbero essere coinvolti? Quale meccanismo sarebbe più appropriato?”.

(55) CHALTIEL, *Le principe de subsidiarité dix ans après le traité de Maastricht*, in *Revue du marché commun et de l’Union européenne*, 2003, pp. 365 ss. D’ANGOLO, *La sussidiarietà nell’Unione europea*, Padova, Cedam, 1998. ESTELLA, *The EU principle of subsidiarity and its critique*, Oxford, Oxford University Press, 2002. IPPOLITO, *Fondamento, attuazione e controllo del principio di sussidiarietà nel diritto della Comunità e dell’Unione europea*, 2007.

(56) CONV. 286/02, Conclusioni del gruppo, p. 4, ove che si legge che la scheda sussidiarietà dovrebbe fornire: “elementi di valutazione del suo impatto finanziario, nonché delle sue conseguenze-quando si tratta di una direttiva sulla regolamentazione che sarà attuata dagli Stati membri (a livello nazionale o a un altro livello)”. Cfr. anche CONV. 331/02, p. 8, ove si legge che alcuni membri della Convenzione auspicano che anche il principio di proporzionalità sia fatto oggetto di una verifica e di un controllo “di natura e intensità pari a quelli previsti per la sussidiarietà”.

politica ed intervenga prima dell'entrata in vigore degli atti legislativi comunitari. Tale controllo *ex ante* del principio di sussidiarietà richiederebbe, innanzitutto, una sua maggiore presa in considerazione da parte delle Istituzioni comunitarie che partecipano al processo legislativo. Nella fase di elaborazione di una proposta legislativa, la responsabilità del rispetto del principio di sussidiarietà spetta infatti, in primo luogo, alla Commissione che, secondo quanto precisato dal Gruppo di lavoro in esame, dovrebbe procedere il più rapidamente possibile alla consultazione di tutte le parti in causa che, direttamente o indirettamente, siano interessate all'atto legislativo previsto. A ciò si aggiunge la previsione di un rafforzato obbligo di motivazione delle proposte normative presentate dalla Commissione stessa. Essa dovrebbe, infatti, essere tenuta ad allegare ad ogni proposta legislativa una cosiddetta "scheda sussidiarietà" che consenta, caso per caso, la migliore valutazione del rispetto, da parte del legislatore comunitario, del principio in esame: a tal fine, la "scheda sussidiarietà" dovrebbe anche fornire indicazioni circostanziate sulle incidenze finanziarie, "nonché delle sue conseguenze (...) sulla regolamentazione che sarà attuata dagli Stati membri".

La proposta più innovativa presentata dal Gruppo "Sussidiarietà" sembra, però, essere quella concernente la creazione di un nuovo controllo politico *ex ante* della sussidiarietà che coinvolga i Parlamenti nazionali di ciascuno Stato membro. Per la prima volta nella storia dell'Unione europea, le assemblee di rappresentanza popolare nazionale sarebbero, invero, associate al processo legislativo europeo, consentendo, in questo modo, una più intensa percezione della presenza dell'Unione nella vita quotidiana dei cittadini. Ciò agevolerebbe, inoltre, una maggiore legittimazione democratica dell'Unione stessa, giacché si attuerebbe un collegamento diretto tra i Parlamenti nazionali e le istituzioni europee, senza il tramite svolto attualmente dai rappresentanti dei Governi nazionali. I Parlamenti nazionali sarebbero, infine, posti in condizione di controllare. Il principio di proporzionalità che, come si è visto, impone alle Istituzioni dell'Unione di ricorrere, ai fini del raggiungimento degli obiettivi comunitari prefissati, alla misura meno impegnativa, assicurandosi che gli oneri sostenuti siano proporzionati agli obiettivi.

Il Gruppo sul principio di sussidiarietà propone, infatti, la creazione di meccanismo di allarme preventivo - un cosiddetto *early warning system* - di natura politica, che implica, in primo luogo, la trasmissione immediata e simultanea, ad opera della Commissione, di tutte le proposte legislative sia al legislatore dell'Unione - Consiglio e Parlamento europeo - che ai Parlamenti nazionali. Detta raccomandazione costituisce, pertanto, una significativa innovazione, considerato che il compito di informare i Parlamenti nazionali circa le proposte normative elaborate a livello comunitario, è attualmente attribuito - ai sensi del Protocollo sul ruolo dei Parlamenti nazionali allegato al Trattato istitutivo dell'Unione europea - a ciascun Governo nazionale.

Seguendo le raccomandazioni del Gruppo, l'istituzione del meccanismo di allarme preventivo e il suo concreto funzionamento consentirebbero poi ai Parlamenti nazionali, posti su un piano di parità, di intervenire rapidamente ed efficacemente qualora ritengano che una proposta normativa non sia con-

forme al principio di sussidiarietà: entro un termine di sei settimane dalla data di trasmissione delle proposte legislative e prima dell'avvio della procedura legislativa propriamente detta, ciascun Parlamento nazionale potrà, infatti, sottoporre ai Presidenti del Parlamento europeo, del Consiglio europeo e della Commissione un parere motivato, esponendo le ragioni per cui ritiene che la proposta in causa non sia conforme al principio di sussidiarietà. È importante rilevare che detto parere potrà riguardare esclusivamente la questione del rispetto della sussidiarietà e non anche il merito, ossia l'opportunità politica, della proposta normativa (57). Il Gruppo "Sussidiarietà" consiglia poi di valutare le conseguenze dei pareri motivati sul seguito della procedura legislativa, a seconda del numero e del contenuto dei pareri ricevuti. Qualora, entro il termine di sei settimane, al legislatore comunitario fosse trasmesso soltanto un numero limitato di pareri, esso dovrebbe motivare ulteriormente e in modo dettagliato l'atto in relazione al principio di sussidiarietà.

Nel caso in cui il legislatore comunitario dovesse, invece, ricevere un numero significativo di pareri provenienti da un terzo dei Parlamenti nazionali, la Commissione sarebbe obbligata a riesaminare la sua proposta normativa. Tale riesame potrebbe indurre la Commissione a modificare o a ritirare la proposta, rimanendo comunque anche libera di mantenerla. Per quanto concerne infine la possibilità di ricorrere al giudice comunitario per inosservanza del principio di sussidiarietà, il Gruppo concorda sulla necessità che il controllo giurisdizionale *ex post* – ovvero, il controllo esercitato nei confronti dell'atto legislativo già adottato – sia rafforzato, consentendo ai Parlamenti nazionali di adire direttamente la Corte di Giustizia, laddove tale facoltà è attualmente attribuita soltanto agli Stati membri. Al fine di sottolineare il carattere eccezionale e limitato che il ricorso alla procedura giurisdizionale dovrebbe assumere, il Gruppo I consiglia, tuttavia, di permettere il ricorso alla Corte, per violazione del principio di sussidiarietà, soltanto ai Parlamenti nazionali che abbiano formulato un parere motivato nel quadro del cosiddetto "*early warning system*". Nel corso di una riunione congiunta tra il Gruppo "Sussidiarietà" e quello dei Parlamenti nazionali, numerosi membri di quest'ultimo hanno però proposto l'eliminazione di detta limitazione: essi hanno, infatti, rilevato che la subordinazione del ricorso giurisdizionale all'attivazione, da parte dei Parlamenti nazionali, del meccanismo di allarme preventivo rischierebbe "di incitare i Parlamenti nazionali ad abusare del meccanismo al solo scopo di preservare successivamente il diritto di adire la

---

(57) CONV. 286/02, p. 5, ove si legge che il parere motivo dei parlamenti nazionali "dovrebbe essere espressione di una maggioranza e impegnare l'intero parlamento secondo le modalità è da esso determinate". Nel documento in esame si legge, inoltre, che il parere motivato trasmesso dai parlamenti nazionali "potrebbe avere carattere generale o riguardare soltanto una disposizione specifica della proposta esaminata".

Corte di Giustizia”. Occorre, infine, volgere la nostra attenzione sulla proposta del Gruppo “Sussidiarietà”, intesa a conferire anche al Comitato delle Regioni “il diritto di adire la Corte di Giustizia per violazione del principio di sussidiarietà” (58).

Nonostante le critiche sollevate, al riguardo, da una parte della dottrina, detta proposta appare apprezzabile, se si considera che il Comitato delle Regioni, istituito dal Trattato di Maastricht, è considerato un ricorrente non privilegiato che, alla stregua delle persone fisiche e giuridiche, deve presentare ricorso in prima istanza dinnanzi al Tribunale di primo grado, dimostrando, inoltre, che l’atto normativo impugnato lo riguardi direttamente ed individualmente. Nel caso in cui la raccomandazione del Gruppo I fosse accolta, il Comitato delle Regioni otterrebbe, invece, il diritto di ricorrere direttamente alla Corte di Giustizia impugnando, per violazione del principio di sussidiarietà, quelle proposte legislative trasmesse al Comitato in parola, al fine di consentirgli la formulazione del suo parere. Minore sostegno hanno invece ricevuto le proposte volte a riconoscere il diritto di ricorso alla Corte di Giustizia per violazione del principio di sussidiarietà alle Regioni dotate di competenza legislativa. In seno al Gruppo si è, infatti, affermata la convinzione che il grado e le modalità di partecipazione degli enti regionali e locali al processo legislativo comunitario devono essere determinati in ambito esclusivamente nazionale. Ciò al fine di non “compromettere l’equilibrio raggiunto a livello europeo tra gli Stati membri”. Secondo quanto evidenziato anche dal membro della Convenzione Europea *Erwin Teufel*, alla suddetta proposta si sono opposti alcuni Stati membri, quali la Spagna: quest’ultima, in particolare, sospettava che il riconoscimento diretto, alle Regioni con competenza legislativa, della facoltà di adire la Corte di Giustizia avrebbe potuto pregiudicare l’integrità dell’ordinamento costituzionale spagnolo, incoraggiando le tendenze separatiste di alcune sue Regioni (59).

In conclusione la Cig che ha iniziato il 23 luglio si è concluso il 19 ottobre 2007 annunciando il Trattato di Lisbona del 2007, il quale dovrebbe entrare in vigore il 10 gennaio 2009. La Convenzione europea suggerì di aggiungere alcune nuove basi giuridiche per l’azione dell’Unione e operò in tal senso dopo la proposta di alcuni dei suoi componenti. Furono così introdotte tra le altre nuove basi e misure: per la tutela diplomatica e consolare dei cittadini europei (art. III.127) per il congelamento dei fondi di gruppi terro-

---

(58) BASSANINI, TIBERI (a cura di), *Una costituzione per l’Europa, dalla Convenzione europea alla conferenza intergovernativa*, Il Mulino, 2003.

(59) A.A.V.V., *Unione europea, Stato, regioni: Riforme costituzionali a confronto, progetto di ricerca presso il servizio legislativo e qualità della legislazione*, Consiglio regionale dell’Emilia Romagna, Bologna, Il Mulino, 2003. ANSELMO, *Processo comunitario di armonizzazione delle legislazioni nazionali e o limiti al potere normativo degli Stati membri: Un altro membro della Corte*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003, pp. 417 ss.

ristici (art. III.160) e particolari disposizioni per lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia (art. III.268, 272, 274) e per l'azione esterna (da art.III.310 a 312, 320, 321, 328 e 329).

Non è facile durante gli anni di integrazione europea analizzare con esattezza il modo in cui si protegge la sovranità, mentre è possibile dimostrare come le suddette cautele abbiano impedito lo sviluppo di una vera capacità dell'Unione in materia. Certe competenze della CE non si pongono esattamente alla questione della sovranità e alla tutela dei cittadini dei diversi Stati dell'Unione. L'assenza di tutela a livello dell'Unione, voluta da certi governi non era compensata in modo sufficiente a livello degli Stati europei nè addirittura a livello delle NU. In particolare con il nuovo trattato uno degli elementi che caratterizzano lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia è stato spostato dall'art. I.42 che elimina il paragrafo 7 dall'elenco. Si tratta a riferimenti ai servizi di polizia e delle dogane e alla prevenzione e all'individuazione dei reati, che ricompare nell'art. 3 Tue, ossia *ex U.3.* del Trattato costituzionale come controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima. Con l'art. 10 Tue *ex I.44* è stato stabilito in numero di stati membri necessari per avviare ad una cooperazione rafforzata che dovrebbe essere pari a nove. La stessa cosa valga anche per gli Stati membri che possono adire il Consiglio europeo per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, nonchè per la cooperazione in materia di polizia. Questi Stati membri potranno avviare una cooperazione rafforzata in caso di blocco in sede di Consiglio dei ministri secondo gli artt. 68I e 69J Tce modificato *ex III.274* e *III.275*.

Il tempo dimostrerà, spiegherà e illustrerà le modifiche che introdurrà il trattato modificativo. I parlamenti e i governi nazionali si impegneranno ad avere dai trattati modificati e non solo insistere come troppo spesso fanno, sul fatto che vigileranno di fronte ai rischi di sconfinamento da parte delle istituzioni dell'Unione nelle competenze nazionali. I meccanismi giuridici sono *ex novo* complicati ma si concentrano ad un'integrazione più forte, pur senza la partecipazione di alcuni Stati. La prassi ci dimostrerà se rimarranno meccanismi di semplice applicazione provvisoria che permetteranno a gruppi di avanguardia di esplorare nuove possibilità o diventerà una provvisoria permanente per cittadini europei e Stati membri.

## I GIUDIZI IN CORSO ALLA CORTE DI GIUSTIZIA CE

**Causa C-230/06 - Materia trattata: unione doganale - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Corte suprema di Cassazione (Italia) il 12 gennaio 2006** – Militzer & Munch GmbH/Ministero delle Finanze. (Avvocato dello Stato G. Albenzio - AL 26736/06).

### LE QUESTIONI PREGIUDIZIALI

1) *Se l'art. 11 – bis, par. 1, del regolamento 87/1062/CEE, modificato dal regolamento 93/2454/CEE, debba essere interpretato nel senso di rendere operante il termine di undici mesi, posto all'amministrazione doganale di partenza per comunicare il mancato appuramento delle merci in regime di transito comunitario, nel caso in cui l'appuramento da parte della dogana di destinazione risulti attestato in documenti contraffatti, la cui falsità non sia facilmente riconoscibile; se, ai fini dell'interpretazione della predetta norma, siano utilizzabili i principi affermati nelle sentenze della Corte di Giustizia nelle cause C-325/00 e C-222/01; se l'attribuzione allo spedizioniere doganale delle intere conseguenze di una irregolare operazione di transito comunitario, nell'ipotesi considerata, sia in contrasto col principio di proporzionalità;*

2) *se in ipotesi descritte nel precedente numero sia applicabile il paragrafo 2 dell'art. 11–bis;*

3) *se l'art. 215, par. 1, del regolamento 92/2913/CEE debba essere interpretato nel senso che, in ipotesi quali quella descritta al n. 1, la competenza dell'ufficio doganale debba essere determinata secondo il criterio stabilito dalla seconda parte o dalla terza parte di detto paragrafo.*

### L'INTERVENTO ORALE DEL GOVERNO ITALIANO

« Signor Presidente, signori Giudici, signor Avvocato Generale, preliminarmente intendo attirare l'attenzione della Corte sulla irricevibilità dei quesiti posti dal Giudice remittente per la errata individuazione delle norme sulle quali si chiede la pronuncia pregiudiziale, in considerazione del fatto che l'errore non è soltanto formale ma sostanziale, nel senso che influisce sulla rilevanza delle questioni nel giudizio *a quo*: rimandiamo, in proposito, ai paragrafi 6-7 e 17-18 della nostra memoria 10/8/2006 ove sono esposte le motivazioni della eccezione; la natura sostanziale del vizio impedisce l'applicazione della giurisprudenza di codesta Corte sulla possibilità di estendere il giudizio a norme non espressamente citate dal giudice remittente (come richiesto dalla Commissione al paragrafo 101 delle sue osservazioni scritte, in relazione alla sentenza 20/3/1986 in causa C-33/85 ed alle altre ivi citate).

Passando all'esame dei quesiti posti dalla Corte di Cassazione italiana, osserviamo che sulla prima parte del primo quesito, concernente la conse-

guenze del mancato rispetto del termine di undici mesi di cui all'art. 11-*bis* Reg. 87/1062 (anche nella formulazione di cui all'art. 49 Reg. 92/1214, applicabile in relazione all'epoca dei fatti – dal 23/4/1993 al 16/7/1993 –, ed in quella di cui all'art. 379, par. 1, Reg. 2454/93, applicabile dall'1/1/1994) non v'è motivo di discutere, visto l'orientamento già assunto da codesta Corte nella sentenza 14/11/2002 in causa C-112/01 che va confermato nel caso di specie.

Anche sul secondo quesito posto dalla Corte di Cassazione, circa la valenza dell'art. 11-*bis*, par. 2, non v'è ragione di discutere, atteso che nell'invito di pagamento indirizzato dalla Dogana italiana alla società Miltzer & Munch (in data 8/8/1995, allegato 4 alle nostre osservazioni scritte) era stato espressamente concesso quel termine: in proposito si veda il punto 19 delle nostre osservazioni.

Su entrambi gli argomenti, comunque richiamiamo quanto dedotto nelle osservazioni 10/8/2006 e risultante dai documenti alle stesse allegati. Concentriamo, quindi, la nostra attenzione sugli altri due quesiti.

Incominciamo dal terzo quesito, sulla competenza dell'ufficio doganale ad agire per il recupero dei dazi evasi. Abbiamo evidenziato nelle nostre osservazioni scritte (par. 20-21) che l'art. 215 CDC nel testo cui fa riferimento il giudice remittente non era vigente all'epoca dei fatti: nel periodo aprile-luglio 1993 vigeva l'art. 34, par. 1-2, Reg. 90/2776 del Consiglio del 17/9/1990 che, per le operazioni di transito comunitario quali sono quelle di cui è causa, individuava la competenza alternativa dello Stato nel quale era stata commessa o accertata l'infrazione.

Nel caso di specie, l'irregolarità è stata accertata senza ombra di dubbio in Italia dal servizio SVAD della Guardia di Finanza (su questo non v'è contestazione); si può anche individuare l'Italia come luogo in cui è stata commessa l'infrazione se si considera la natura della stessa, consistita in falsificazione dei timbri e delle formalità apposte sui documenti dalle autorità doganali italiane; in vero, risponde a un criterio perfettamente logico e di comune esperienza che la falsificazione di timbri e certificati avvenga nel luogo in cui gli originali autentici sono conservati, sia perché è necessario disporre di quegli originali per crearne di falsi (e nella specie non è emerso che gli originali siano stati rubati, cioè sottratti dal luogo di conservazione, quindi si deve ritenere che i falsi siano stati confezionati *in loco*) sia perché è necessaria la complicità di funzionari dell'ufficio doganale che custodisce gli originali per effettuare l'operazione di falsificazione (come è emerso nella specie dalle indagini della Guardia di Finanza).

Peraltro, gli uffici doganali di partenza della merce non hanno la possibilità di controllare l'autenticità dei timbri e la loro corrispondenza con quelli in possesso dell'autorità italiana che, quindi, è l'unica in grado di effettuare i controlli al momento in cui riceve i documenti per l'appuramento; ecco perché sosteniamo che la circostanza che un appuramento è stato in apparenza effettuato dall'operatore comporta la inapplicabilità delle prescrizioni dettate per il caso in cui l'appuramento non si è materialmente verificato, come è detto chia-

ramente dall'art. 11-*bis*, par. 1 e 2, che parla di “*merci...non...presentate all'ufficio di destinazione*” (si veda il n. 10 della nostra memoria scritta).

Peraltro, l'omessa presentazione della merce all'ufficio di destinazione, conseguente alla falsificazione dei documenti che attestano questa presentazione in realtà mai avvenuta, ha il risultato di impedire agli uffici competenti di destinazione (cioè l'Italia, come è pacifico nelle operazioni di transito di cui si discute) di effettuare i controlli previsti dal codice doganale e, pertanto, essendosi in Italia verificata la sottrazione al controllo doganale e quindi la nascita dell'obbligazione ai sensi degli art. 203, par. 2, e 215, par. 1, CDC, è l'Autorità doganale italiana competente alla riscossione (secondo la giurisprudenza costante della Corte di Giustizia richiamata anche dalla Commissione ai punti 51-52 delle sue osservazioni scritte – sent. 1/2/2001, causa C-66/99, ed altre).

Ancora, ai sensi dell'art. 215, par. 2 (nella formulazione all'epoca vigente), l'obbligazione doganale sorge “*nel luogo in cui l'autorità doganale constatata che la merce si trova in una situazione che ha fatto sorgere l'obbligazione*”, cioè nella specie nel luogo in cui la Guardia di Finanza-SVAD ha accertato l'irregolarità del transito, con la conseguenza che l'autorità doganale italiana è competente a procedere alla riscossione.

Sotto questo profilo non possono essere condivisi i dubbi espressi dalla Commissione nelle sue osservazioni scritte, atteso che le stesse non rispondono alla comune esperienza ed a criteri logici e, soprattutto, considerato che seguendo la sua linea interpretativa eccessivamente formalistica si perviene al risultato di favorire la frode, ostacolando eccessivamente e senza ragione l'attività di accertamento e riscossione, in contrasto con lo spirito di tutta la legislazione comunitaria e del principio di collaborazione fra gli Stati ed in danno degli interessi della Comunità.

Passiamo al secondo quesito posto nell'ultima parte della prima questione pregiudiziale, ove la Corte di Cassazione chiede se l'attribuzione in capo allo spedizioniere dell'intero debito daziario sia conforme al principio di proporzionalità; in proposito, la Commissione ritiene di poter modificare la domanda del giudice remittente per mutarne il riferimento dal principio di proporzionalità a quello dello sgravio ai sensi dell'art. 239 CDC (e art. 899-909 DAC) e del connesso diritto di difesa dell'operatore.

Riteniamo che l'operazione di manipolazione del quesito tentata dalla Commissione non sia ammissibile perché non si tratta soltanto di fare riferimento a norme di diritto comunitario non richiamate espressamente dal giudice di rinvio ma pur sempre attinenti al merito del quesito posto (come prevede la giurisprudenza della Corte di Giustizia richiamata dalla Commissione al punto n. 101 delle sue osservazioni, sent. 20/3/1986, causa C-35/85, ed altre); con il mutamento suggerito dalla Commissione si viene a modificare radicalmente il quesito, in quanto il principio di proporzionalità richiamato dalla Corte di Cassazione è presente nella interpretazione delle norme comunitarie con una sua precisa configurazione ed è stato applicato proprio in casi simili a quello in discussione (come vedremo fra poco), mentre il riferimento all'art. 239 CDC, su cui già si è pronunciata la Cassazione italiana nel proces-

so *a quo* con sentenza passata in giudicato, comporta il diverso problema dei limiti del giudicato nazionale rispetto alla corretta ed uniforme applicazione dei precetti comunitari, in relazione all'art. 2909 cod. civ. italiano (oggetto della recente sentenza della Corte 18/7/2007, causa C-119/05), problema che non è stato sollevato dal giudice remittente. La modifica del quesito, quindi, non è ammissibile.

Ebbene, il principio di proporzionalità per la soluzione del caso in esame è ben invocato dal giudice remittente, atteso che gli argomenti difensivi della società ricorrente dinanzi alla giurisdizione italiana concernevano proprio la compatibilità con il principio di proporzionalità della richiesta della Dogana allo spedizioniere per il pagamento dei dazi dovuti in seguito all'operazione di transito irregolare, in relazione alla grande sproporzione fra quel dazio e il compenso ricevuto (trattasi del quarto motivo di ricorso in Cassazione della società M.&M. come riferito nella ordinanza di rimessione alla fine della pag. 20 e all'inizio della pag. 21); tale principio è stato più volte esaminato dalla giurisprudenza comunitaria in relazione a casi del tutto simili a quello in esame: si veda, ad esempio, la sentenza del Tribunale di prima istanza 13/9/2005, causa T-53/02, ove si stabilisce, in linea con altre decisioni della Corte di Giustizia, che: *"161. Occorre rilevare che l'importo dell'obbligazione doganale imposta alla ricorrente è connesso all'importanza economica delle merci oggetto delle operazioni di transito comunitario in questione, in particolare all'ammontare dei dazi e delle imposte che gravano su tali merci, ...Il fatto che l'importo richiesto a titolo di dazi all'importazione sia rilevante rientra nel novero dei rischi professionali ai quali si espone l'operatore economico (v., in tal senso, sentenza Faroe Seafood e a., cit., punto 115). Pertanto, la rilevanza di tale obbligazione per la quale è chiesto lo sgravio non è, di per sé, un elemento atto a variare la valutazione delle condizioni alle quali è subordinato tale sgravio"*.

Del resto, l'art. 96, par. 2, CDC dispone chiaramente che *"anche uno spedizioniere... che accetti le merci sapendo che sono soggette al regime del transito comunitario... [è] tenuto a presentarle intatte all'ufficio di destinazione nel termine fissato"*, con le conseguenze che derivano dalla omissione di questo dovere, anche per il pagamento dei dazi dovuti (per i quali, poi, lo spedizioniere ben può rivalersi sull'operatore che gli ha conferito il mandato).

Al quesito posto dalla Corte di Cassazione italiana va, quindi, data risposta nel senso espresso dalla giurisprudenza testé citata, negando che il principio di proporzionalità possa, di per sé, giustificare la non attribuzione allo spedizioniere doganale delle intere conseguenze di una irregolare operazione di transito comunitario, come nella specie ha correttamente fatto la dogana italiana, in applicazione di quanto disposto dall'art. 96 CDC.

Per completezza di difesa, nonostante la irricevibilità della proposta della Commissione di mutare il contenuto del quesito posto dal giudice remittente, affrontiamo la problematica inerente lo sgravio regolato dall'art. 239 CDC e dagli art. 899-909 del Regolamento; sul punto è intervenuta nel corso del giudizio *a quo* una decisione definitiva della Corte di Cassazione (n. 15381 del 2002) che ha dichiarato il difetto assoluto di giurisdizione

dell'Autorità Giudiziaria a conoscere del comportamento tenuto dalla Dogana italiana sulla domanda di sgravio presentata dalla società.

Secondo la Cassazione: *“Con riferimento invece alle altre ipotesi, quelle atipiche, lo sgravio passa attraverso la decisione dello Stato di rimettere il caso all'esame della Commissione, in relazione alle sue particolarità, e postula poi una decisione della Commissione medesima (sentiti i rappresentanti di tutti gli Stati membri). La qualità dei soggetti preposti alle indicate decisioni e la natura delle funzioni dai medesimi espletate portano a ritenere che lo sgravio “caso per caso”, non vincolato a parametri direttamente fissati dalla normativa comunitaria, e nemmeno affidato ad apprezzamenti discrezionali dell'autorità amministrativa doganale, è esercizio di potestà gestionale e politica delle autorità di governo del singolo Stato e della Comunità europea; a fronte di tale potestà non sono configurabili posizioni soggettive giudizialmente tutelabili, ma solo aspettative od interessi di mero fatto.”*

Tale pronuncia va letta in coordinamento con quanto dispone l'art. 905, comma 6, DAC: la procedura di rimborso o di sgravio di cui all'art. 239, paragrafo 2, CDC *“va considerata come mai iniziata quando... – nella pratica risulti che esiste una controversia tra l'autorità doganale che ha trasmesso la pratica e colui che ha sottoscritto la dichiarazione...– l'esistenza della obbligazione doganale non sia stabilita”*.

La Commissione, Direzione generale fiscalità e unione doganale-Politica doganale, ha quindi precisato: *“se il sorgere dell'obbligazione o il suo importo saranno oggetto di contestazione, il fascicolo non dovrà essere trasmesso alla Commissione. Per contestazione, bisogna intendere ogni ricorso ai sensi dell'articolo 243 del codice doganale comunitario (procedura avviata presso un'autorità amministrativa o giudiziaria), avente come oggetto l'esistenza o l'importo dell'obbligazione”* [nota TAXUD/B1/PT D(2003)6668].

Negli stessi termini si era espresso il Comitato del codice doganale anche per il caso in cui la domanda di sgravio fosse presentata dall'operatore direttamente alla Commissione (documento di lavoro TAXUD/765/2003 dell'8/12/2003): *“1. Caso delle domande trasmesse alla Commissione quando l'importo dell'obbligazione doganale non sia stabilito.*

*Ai sensi degli articoli 871, paragrafo 6, quarto trattino e 905, paragrafo 6, quarto trattino, la Commissione trasmette la pratica all'autorità doganale e la procedura ...va considerata come mai iniziata quando l'esistenza dell'obbligazione doganale non sia stabilita.... In questo caso, prima di trasmettere una pratica alla Commissione l'autorità doganale deve assicurarsi che l'esistenza o l'importo dell'obbligazione doganale siano stabiliti.*

*Ciò non si verifica in particolare quando l'esistenza o l'importo dell'obbligazione doganale formano oggetto di contestazione. Per contestazione si intende qualsiasi ricorso ai sensi dell'articolo 243 del codice doganale comunitario,... avente ad oggetto l'esistenza o l'importo dell'obbligazione doganale. In questo caso, la pratica potrà essere trasmessa alla Commissione soltanto al termine della contestazione”*.

La Commissione ha successivamente ritenuto “*che anche un debito contestato possa essere ritenuto stabilito*” [nota 10/6/2004 B1/PT D(2004)6393], così interpretando le conclusioni del Comitato del codice doganale raggiunte nella riunione dell’1/12/2004 [Documento di lavoro TAXUD/C3/D (04)69224 del 16/12/2004] secondo cui: “...*la Commission confirme que si un opérateur conteste la dette douanière et en même temps soumet une demande de non recouvrement/remise ou remboursement sous l’angle des articles 220 ou 239 du Code, l’Etat membre peut soumettre cette demande à la Commission pour examen, même si la question de l’existence de la dette n’est pas encore réglée au niveau national*”.

Da questo complesso di riferimenti possiamo trarre due conclusioni: a) che una domanda di sgravio ai sensi dell’art. 239 deve essere inoltrata alla Commissione dall’Autorità doganale nazionale nelle ipotesi in cui spetti alla prima la decisione (cioè per le *situazioni particolari* come quella invocata nella specie dalla soc. M.&M.) solo quando non sia pendente un giudizio in sede nazionale o questo sia terminato; in pendenza di giudizio l’Autorità doganale ha solo la facoltà di inoltrare la domanda alla Commissione o di trattenerla in attesa dell’esito del giudizio: b) che l’operatore può di propria iniziativa presentare direttamente alla Commissione una domanda di sgravio, senza attendere la fine del giudizio e l’attivazione da parte della dogana nazionale.

Bene ha fatto, quindi, la Dogana italiana nel caso di specie a non inoltrare la domanda di sgravio alla Commissione in pendenza del giudizio e correttamente ha deciso la Corte di Cassazione quando ha dichiarato il difetto di giurisdizione sulla decisione della dogana, giusto quanto ribadito dalla sentenza della Corte di Giustizia 18/7/2007, causa C-119/05, secondo la quale, nel rispetto dei principi di cui all’art. 234 Trattato, nelle materie di competenza esclusiva della Commissione quest’ultima agisce sotto il controllo del giudice comunitario ed i giudizi nazionali non hanno competenza ad intervenire (punti 51-54, 59-63).

Anche secondo la prospettazione ipotizzata dalla Commissione, in conclusione, la risposta al quesito posto dalla Corte di Cassazione non può discostarsi da quella suggerita in riferimento all’effettivo contenuto del quesito formulato, cioè che la soc. M.&M. non può sottrarsi, in sede di giudizio promosso dinanzi all’Autorità Giudiziaria nazionale ai sensi dell’art. 243 CDC, al pagamento delle imposte evase in occasione delle operazioni di transito comunitario da essa curate nella sua qualità di spedizioniere.

#### *In conclusione*

*il Governo italiano suggerisce alla Corte di rispondere ai quesiti sottoposti al suo esame affermando in via generale che:*

*l’inosservanza del termine di undici mesi di cui all’art. 11-bis Reg. 87/1062 (anche nella formulazione di cui all’art. 49 Reg. 92/1214, applicabile in relazione all’epoca dei fatti, ed in quella di cui all’art. 379, par. 1, Reg. 2454/93, applicabile dall’1/1/1994) non comporta l’estinzione dell’obbligazione doganale sorta a carico dell’obbligato principale e costituisce una prescrizione procedurale che si rivolge soltanto alle autorità amministrative;*

*lo stesso dicasi per il termine di tre mesi di cui all’art. 11-bis, par. 2, Reg. 87/1062, ma nella specie non v’è luogo a decidere sulla rilevanza del detto ter-*

*mine in quanto nell'invito di pagamento indirizzato dalla Dogana italiana alla società Militzer & Munch in data 8/8/1995 era stato espressamente concesso; per le operazioni di transito comunitario avvenute prima del 1° gennaio 1994, ai sensi dell'art. 34, par. 1-2, Reg. 90/2776 del Consiglio del 17/9/1990 allora vigente, competente a procedere alla riscossione dei dazi non pagati in conseguenza del mancato appuramento di quelle operazioni è la dogana dello Stato nel quale è stata accertata la violazione ovvero, ai sensi dell'art. 215 CDC, la dogana dello Stato nel quale è stata commessa, cioè – per le operazioni di transito comunitario – lo Stato di destinazione della merce o i cui timbri e certificati siano stati falsificati, in mancanza di diverse risultanze;*

*il principio di proporzionalità non può essere invocato dallo spedizioniere per sottrarsi al pagamento dei dazi dovuti per le operazioni da esso curate, indipendentemente dall'importo del compenso ricevuto; in subordine, la presentazione della domanda si sgravia ai sensi dell'art. 239 CDC in pendenza di giudizio sulla debenza dei dazi da parte dell'obbligato principale non gli consente di sottrarsi all'esito del giudizio e non obbliga l'autorità doganale dello Stato membro ad inoltrare la domanda alla Commissione, ai sensi dell'art. 905 DAC.*

Lussemburgo, 6 dicembre 2007

Avv. Giuseppe Albenzio».

**Causa C-365/06 - Materia trattata: libertà di stabilimento - Ricorso presentato il 7 settembre 2006** – Commissione delle Comunità europee/Repubblica italiana. (Avvocato dello Stato F. Arena - AL 36420/06).

#### LE CONCLUSIONI DELLA COMMISSIONE

*Constatare che la Repubblica italiana,*  
 – *riservando l'attività di elaborazione e stampa dei cedolini paga ai soli consulenti del lavoro, o a persone assimilate, iscritte agli albi professionali;*  
 – *prescrivendo specifici requisiti circa la composizione e la costituzione dei centri di elaborazione dati;*

*– subordinando l'iscrizione a tali albi professionali all'obbligo di essere residenti in Italia;*

*è venuta meno agli obblighi ad essa gravanti dagli articoli 43 e 49 del Trattato che istituisce la Comunità Europea;*

*– vietando qualsiasi esercizio delle attività di consulente del lavoro in assenza dell'iscrizione agli albi italiani;*

*è venuta meno agli obblighi ad essa derivanti dall'art. 49 del Trattato che istituisce la Comunità europea.*

#### IL CONTRORICORSO DEL GOVERNO ITALIANO

*«La legislazione italiana controversa e la procedura precontenziosa.*

*L'art. 1, comma 1, della legge 11 gennaio 1979 n. 12 (“Norma per l'ordinamento della professione di consulente del lavoro”) dispone che: “Tutti gli adempimenti in materia di lavoro, previdenza ed assistenza sociale dei*

*lavoratori dipendenti, quando non sono curati dal datore di lavoro, direttamente od a mezzo di propri dipendenti, non possono essere assunti se non da coloro che siano iscritti nell'albo dei consulenti del lavoro a norma dell'articolo 9 della presente legge, salvo il disposto del successivo articolo 40, nonché da coloro che siano iscritti negli albi degli avvocati e procuratori legali dei dottori commercialisti, dei ragionieri e periti commerciali, i quali in tal caso sono tenuti a darne comunicazione agli ispettorati del lavoro delle province nel cui ambito territoriale intendono svolgere gli adempimenti di cui sopra”.*

Il comma 4 del predetto articolo 1 prevede, poi, che *“Le imprese considerate artigiane ai sensi della legge 25 luglio 1956 n. 860, nonché le altre piccole imprese, anche in forma cooperativa, possono affidare l'esecuzione degli adempimenti di cui al primo comma a servizi o a centri di assistenza fiscale istituiti dalle rispettive associazioni di categoria. Tali servizi possono essere organizzati a mezzo dei consulenti del lavoro, anche se dipendenti dalle predette associazioni”.*

Il comma 5 del medesimo articolo, aggiunto dalla legge 17 maggio 1999 n. 144, recita *“Per lo svolgimento delle operazioni di calcolo e stampa relative agli adempimenti di cui al primo comma, nonché per l'esecuzione delle attività strumentali ed accessorie, le imprese di cui al quarto comma possono avvalersi anche di centri di elaborazione dati costituiti e composti esclusivamente da soggetti iscritti agli albi di cui alla presente legge con versamento, da parte degli stessi, della contribuzione integrativa alle casse di previdenza sul volume di affari ai fini IVA, ovvero costituiti o promossi dalle rispettive associazioni di categoria alle condizioni definite al citato quarto comma. I criteri di attuazione della presente disposizione sono stabiliti dal Ministero del lavoro e della previdenza sociale sentiti i rappresentanti delle associazioni di categoria e degli ordini e collegi professionali interessati. Le imprese con oltre 250 addetti che non si avvalgono, per le operazioni suddette, di proprie strutture interne possono demandarle a centri di elaborazione dati, di diretta costituzione od esterni, i quali devono essere in ogni caso assistiti da uno o più soggetti di cui al primo comma”.*

Da ultimo, l'art. 9 della citata legge n. 12/1979 così identifica le condizioni per ottenere l'iscrizione all'albo dei consulenti del lavoro: *“L'iscrizione nell'albo si ottiene a seguito di istanza, redatta in carta legale e rivolta al consiglio provinciale di cui al successivo articolo 11, corredata dei seguenti documenti:*

*a) certificato di cittadinanza italiana o documento attestante che l'interessato ha la cittadinanza di uno degli Stati membri della comunità economica europea, ovvero documento attestante che l'interessato è italiano appartenente a territorio non uniti politicamente all'Italia, oppure che è cittadino di uno degli Stati esteri nei cui confronti vige un particolare regime di reciprocità;*

*b) certificato autentico o autenticato di abilitazione all'esercizio della professione rilasciato dall'ispettorato regionale del lavoro competente per territorio;*

- c) *certificato autentico o autenticato attestante il titolo di studio posseduto;*
- d) *certificato del casellario giudiziario;*
- e) *certificato di buona condotta morale e civile;*
- f) *certificato di godimento dei diritti civili;*
- g) *ricevuta attestante il versamento del contributo di iscrizione;*
- h) *due fotografie, di cui una autenticata, per il rilascio della tessera di riconoscimento;*
- i) *certificato di residenza”.*

La normativa sopra testualmente riportata veniva ritenuta incompatibile con il diritto comunitario da parte della Commissione che, pertanto, in data 24 luglio 2000 inviava al Governo italiano una lettera di messa in mora.

*(omissis)...»*

Roma, 1 dicembre 2006

Avv. Filippo Arena».

#### LA CONTROREPLICA DEL GOVERNO ITALIANO

*«Le modifiche alla legislazione controversa intervenuta in corso di causa.*

Come preannunciato nel controricorso, in un’ottica di collaborazione da parte delle Autorità italiane con le Istituzioni Europee, la legge 11 gennaio 1979 n. 12 (*“Norme per l’ordinamento della professione di consulente del lavoro”*) è stata modificata attraverso due ravvicinati interventi legislativi: l’articolo 5-ter del decreto legge n. 10 del 2007, aggiunto dalla legge di conversione del 6 aprile 2007, n. 46 e l’art. 10, comma 8 del D.L. n. 7/2007, convertito dalla legge 2 aprile 2007, n. 40. Gli interventi richiamati sono idonei ad eliminare le presunte incompatibilità della legislazione italiana con la normativa comunitaria rilevate dalla Commissione nel proprio ricorso.

In particolare, l’articolo 5-ter del D.L. n. 10/2007 ha sostituito l’inciso *“costituiti e composti esclusivamente da”* contenuto nell’articolo 1, comma 5, della legge n. 12 del 1979, con la frase *“che devono essere in ogni caso assistiti da uno o più soggetti iscritti agli albi di cui alla presente legge”*, per cui la formulazione del comma 5 dell’art. 1 della l. n. 12/1979 attualmente vigente è la seguente : *“Per lo svolgimento delle operazioni di calcolo e stampa relative agli adempimenti di cui al primo comma, nonché per l’esecuzione delle attività strumentali e accessorie, le imprese di cui al quarto comma possono avvalersi anche di centri di elaborazione dati che devono essere in ogni caso assistiti da uno o più soggetti iscritti agli albi di cui alla presente legge con versamento, da parte degli stessi, della contribuzione integrativa alle casse di previdenza sul volume di affari ai fini IVA, ovvero costituiti o promossi dalle rispettive associazioni di categoria alle condizioni definite al citato quarto comma. I criteri di attuazione della presente disposizione sono stabiliti dal Ministero del lavoro e della previdenza sociale sentiti i rappresentanti delle associazioni di categoria e degli ordini e collegi professionali interessati. Le imprese con oltre 250 addetti che non si avvalgono, per le operazioni suddette, di proprie strutture interne possono*

*demandarle a centri di elaborazione dati, di diretta costituzione od esterni, i quali devono essere in ogni caso assistiti da uno o più al primo comma”.*

A sua volta, l'articolo 10, comma 8, del D.L. n. 7/2007, convertito dalla Legge n. 40/2007, ha aggiunto un comma 6 all'articolo 1, L. n. 12/1979, in forza del quale: *“L'iscrizione all'albo dei consulenti del lavoro non è richiesta per i soggetti abilitati allo svolgimento delle predette attività dall'ordinamento giuridico comunitario di appartenenza, che operino in Italia in regime di libera prestazione di servizi”.*

Le richiamate modifiche legislative appaiono, senza dubbio, idonee a rimuovere i dubbi espressi dalla Commissione nel proprio ricorso in merito all'incompatibilità della legislazione vigente in Italia con le previsioni del Trattato; si chiede, pertanto, che la Commissione, anche in un'ottica deflativa del contenzioso, voglia prendere in considerazione l'ipotesi di rinunciare al ricorso.

Ove, al contrario, la Commissione ritenesse di dover ulteriormente insistere nelle proprie censure, si formulano, qui di seguito, le seguenti brevi osservazioni (anche in relazione agli effetti derivanti dalle modifiche legislative appena sopra citate).

*Sulla violazione degli artt. 43 e 49 CE in ragione della riserva di attività di elaborazione e stampa dei cedolini paga ai soli consulenti del lavoro, o a persone assimilate, iscritte agli albi professionali.*

In riferimento alla violazione in rubrica si richiamano le modifiche legislative sopra riportate attraverso le quali è stata eliminata l'apparente incongruenza delle disposizioni applicabili alle imprese in ragione del numero dei dipendenti. Le piccole imprese, infatti, non sono più tenute ad avvalersi di CED composti esclusivamente da consulenti del lavoro. Il nuovo comma 5 dell'art. 1 della L. n. 12 del 1979 prevede, sia per le piccole imprese che per le imprese con più di 250 dipendenti, solamente la necessità che i CED siano assistiti da almeno uno o più consulenti del lavoro. L'incoerenza stigmatizzata dalla Corte nella sentenza *Payroll* è, dunque, venuta meno.

Ben consci che l'esistenza di prassi amministrative non è idonea a rimuovere eventuali incompatibilità della legislazione interna rispetto alla normativa comunitaria, il richiamo della circolare n. 14 del 15 marzo del 2000 al punto 20 del controricorso era esclusivamente finalizzata a sottolineare l'assenza, in concreto, degli effetti derivanti dall'applicazione della normativa in contestazione paventati dalla Commissione.

Per ciò che concerne l'attività dei CED si rileva, in primo luogo, come, ancora una volta, la Commissione si limiti a far riferimento a non meglio identificate informazioni che la stessa avrebbe assunto. A fronte della contestazione in merito alla ricostruzione relativa alla natura dei Centri di elaborazione dati effettuate sin dalla fase precontenziosa ed anche nel controricorso, la ricorrente lamenta che le affermazioni del Governo italiano non sarebbero state dimostrate, in tal modo pretendendo di operare una inammissibile inversione dell'onere della prova, gravante, al contrario, solo su di essa Commissione.

Al riguardo, si ribadisce, peraltro che lo svolgimento dell'attività di suddetti centri richiede una specifica conoscenza della normativa fiscale nonché un'approfondita preparazione in materia di diritto del lavoro e della previdenza sociale. Considerata la natura dei dati con cui i lavoratori dei CED vengono a contatto è indispensabile, peraltro, aver sviluppato una particolare conoscenza e professionalità in tema di trattamento dei dati personali e tutela della privacy.

Le conoscenze richiamate risultano indispensabili per una consapevole valutazione dei dati forniti dal datore di lavoro e per una corretta ed accorta impostazione dei programmi informatici. L'inserimento dei dati rilevanti nei programmi informatici è, infatti, attività complessa e di particolare delicatezza essendo strumentale alla quantificazione dell'importo dello stipendio netto del lavoratore e al corretto assolvimento degli obblighi di natura previdenziale e fiscale.

Inoltre, contrariamente a quanto sostenuto dalla Commissione (replica, punti 6 e 7) la decisione n. 243/1999 del Consiglio di Stato è tutt'altro che irrilevante ai fini del caso di specie poiché il Supremo Collegio, con specifico riferimento all'attività di inserimento dei dati da parte dei CED, ha affermato *“anche a voler dare per ammesso (il che non è, dal momento che qualsiasi elaborazione di dati richiede la predisposizione, da parte degli stessi CED, di appositi programmi, che garantiscano i risultati voluti) che si tratti di compiti meramente esecutivi...”*. Tale affermazione, seppur inserita incidentalmente nel ragionamento del Collegio, mostra chiaramente come anche il Consiglio di Stato ritenga che l'attività dei CED non sia meramente esecutiva e che, pertanto, il suo svolgimento debba avvenire da parte o comunque sotto la supervisione di un consulente del lavoro o figure professionali assimilate (pare solo il caso di accennare alla circostanza – quanto all'osservazione di cui al punto 6 della replica – che lo scrutinio del Consiglio di Stato ha avuto ad oggetto, ovviamente, la circolare del Ministero del Lavoro e non la legge n. 12 del 1979, essendo il compito del Giudice amministrativo italiano quello di sindacare la legittimità degli atti amministrativi e non della normativa di rango primario) .

Un ulteriore chiarimento sulla natura dell'attività di elaborazione e stampa dei cedolini paga è offerto dalla Corte di Cassazione penale, che ha chiarito che *“l'elaborazione delle buste paga e gli adempimenti connessi alle stesse”* sono *“compiti che in nessun modo potrebbero essere qualificati di natura meramente esecutiva in quanto... richiedenti una attività di individuazione, interpretazione ed applicazione di una normativa complessa e di difficoltoso coordinamento”*.

Si osserva, ancora, che, chiarita la natura non meramente esecutiva delle attività svolte, non può essere in discussione la necessità che i CED, quando non siano interamente composti da consulenti del lavoro, siano quantomeno assistiti da una o più di tali figure professionali. Tale indispensabile assistenza è finalizzata, infatti, alla tutela del lavoratore, la quale rientra tra le ragioni di interesse generale che giustificano le restrizioni delle libertà fondamentali garantite dal Trattato, come riconosciuto pacificamente dalla costante

giurisprudenza comunitaria e, riguardo al caso di specie, dalla sentenza Payroll.

Si deve inoltre sottolineare che l'art. 1, comma 5, della Legge n. 12 del 1979, sia nella nuova formulazione che nell'interpretazione affermata nella prassi antecedente a tale modifica legislativa rispetta ampiamente – contrariamente a quanto asserisce la Commissione (replica, punto 13 e seguenti) – il principio di proporzionalità della restrizione rispetto all'obiettivo perseguito: la presenza di almeno un consulente del lavoro all'interno dei CED è condizione di indispensabile garanzia per la tutela dei lavoratori e allo stesso tempo incide in maniera minima sulle libertà garantite dagli artt. 43 e 49 del Trattato.

*Sulla violazione degli articoli 43 e 49 CE in relazione ai requisiti per la composizione e costituzione dei centri di elaborazione e stampa dei cedolini paga.*

La violazione delle norme in rubrica da parte della Legge n. 12 del 1979 è sostenuta dalla Commissione richiamando le conclusioni dell'Avvocato generale Mischo nella causa Payroll e la successiva sentenza di codesta Corte del 17 ottobre 2002. Come già chiarito in sede di controricorso, la Corte, nella sentenza Payroll, si è limitata a rilevare l'incompatibilità della normativa nazionale con il solo articolo 43 CE esclusivamente con riguardo all'incoerenza (che era, in realtà, del tutto apparente) delle diverse previsioni legislative applicabili alle imprese in ragione del numero dei dipendenti (non appare necessario replicare ancora sulla corretta interpretazione della pronuncia di codesta Corte più volte citata, risultando evidente, a parere del Governo italiano, il senso della stessa, così come chiarito ai punti 13 e ss. del controricorso)

In ogni caso, a seguito della nuova formulazione dell'art. 1, comma 5, della L. n. 12 del 1979, la censura in esame non ha più ragione di essere: i CED che assistono le piccole imprese non richiedono più di essere interamente composti da consulenti del lavoro o figure analoghe, ma è sufficiente che siano assistiti da uno o più di tali soggetti.

È opportuno, inoltre, sottolineare che grazie all'inserimento di un nuovo comma nell'art. 1 della Legge n. 12 del 1979, la condizione richiesta dal comma 5 sarebbe soddisfatta anche nel caso in cui il CED fosse assistito da un soggetto che, pur non iscritto nell'albo nazionale dei consulenti del lavoro, sia abilitato dall'ordinamento giuridico di appartenenza allo svolgimento di attività analoghe a quelle di un consulente del lavoro italiano. Una tale previsione mostra la massima attenzione dell'ordinamento italiano alla garanzia della libertà di prestazione di servizi, il cui rispetto era, peraltro, assicurato anche precedentemente alle modifiche legislative.

*Sulla violazione dell'articolo 49 CE conseguente all'obbligo di iscrizione negli albi professionali italiani.*

Con riferimento alla violazione in rubrica è necessario richiamare, ancora una volta, le recenti modifiche apportate alla Legge n. 12 del 1979.

Il nuovo comma 6 della richiamata legge prevede una deroga espressa all'obbligo di iscrizione nell'albo professionale italiano in favore dei lavoratori comunitari. Tale previsione legislativa stabilisce che l'iscrizione all'albo italiano non è necessaria per i lavoratori comunitari abilitati dall'ordinamento di provenienza allo svolgimento di attività analoghe a quelle dei consulenti del lavoro italiani.

In ogni caso, anche prescindendo dalla modifica legislativa richiamata al precedente punto, neppure l'originaria formulazione della Legge n. 12 del 1979 poteva essere ritenuta in contrasto con l'articolo 49 CE. Infatti il lavoratore comunitario in possesso dei requisiti accertati nello Stato di provenienza poteva ottenere (e può tutt'ora ottenere) senza alcuna difficoltà l'iscrizione all'albo professionale italiano.

Si sottolinea, per scrupolo di completezza, che la Commissione riteneva ingiustificato l'obbligo dell'iscrizione all'albo dei consulenti del lavoro per la sola ragione che considerava l'attività dei CED meramente esecutiva e senza riflessi sull'esigenza di tutela dei lavoratori (replica, punto 35). Come chiarito al precedente paragrafo A), le funzioni svolte dai CED sono tutt'altro che meramente esecutive e incidono direttamente sugli interessi dei lavoratori. L'esigenza dell'iscrizione all'albo italiano dei consulenti del lavoro appariva, pertanto, misura utile e proporzionata ai fini della tutela dei lavoratori.

*Sulla violazione degli articoli 43 e 49 CE per la previsione della necessità di un certificato di residenza ai fini dell'iscrizione agli albi italiani.*

Ai fini dell'iscrizione all'albo nazionale dei consulenti del lavoro, si prende atto, in primo luogo, della rinuncia della Commissione al motivo incentrato sulla contrarietà della previsione indicata in rubrica con l'art. 43 CE.

Nel merito, si osserva che l'obbligo di residenza per la registrazione all'albo era già escluso dall'art. 16 della l. 526/1999 (cfr. punto 33 controrricorso) che, in luogo dello stesso, aveva affermato la sufficienza dell'elezione di un domicilio professionale. Ai fini della chiarezza e della trasparenza della legislazione, peraltro, ora, inseguito alle modifiche apportate dall'art. 5 ter del D.L. n. 10/2007 (all. 1) è lo stesso articolo 9, comma 1, lettera i), della Legge n. 12 del 1979 a prevedere semplicemente l'elezione di un domicilio professionale in Italia.

Peraltro, più in generale, alla luce delle modifiche legislative della Legge n. 12 del 1979 si ritiene che anche la contestazione in esame non abbia più motivo di essere. È evidente, infatti, che l'iscrizione all'albo italiano dei consulenti del lavoro si pone come una scelta meramente facoltativa per il cittadino comunitario, atteso che il nuovo articolo 1, comma 6, della L. n. 12/1979 non la richiede come condizione necessaria per lo svolgimento delle attività indicate nel medesimo articolo 1.

In via meramente subordinata, qualora la Commissione non ritenesse di abbandonare la contestazione in rubrica, ci si vede costretti a ribadire l'eccezione di irricevibilità della domanda sulla compatibilità dell'obbligo di elezione di domicilio professionale con l'articolo 49.

Nel parere motivato della Commissione, infatti, non c'è traccia di una tale contestazione e pertanto, come costantemente riconosciuto dalla giurisprudenza di codesta Corte, l'ampliamento dell'oggetto del ricorso dopo il parere motivato non può essere ammesso.

Priva di fondamento è la tesi sostenuta dalla Commissione (replica, punto 37) secondo cui la modifica della contestazione sarebbe da attribuire al Governo italiano. La possibilità di sostituire il certificato di residenza con l'elezione del domicilio professionale ai fini dell'iscrizione all'albo italiano era prevista dalla legislazione italiana sin dal 1999 appunto e la circostanza, già nella fase precontenziosa<sup>7</sup>, non era stata oggetto di alcun rilievo nel successivo parere motivato.

### *Conclusioni*

Sulla base delle considerazioni che precedono, il Governo italiano confida che la Corte vorrà accogliere le seguenti conclusioni:

*respingere il ricorso proposto dalla Commissione;*

*in subordine, dare atto che, in considerazione delle modifiche legislative intervenute con il D.L. n. 7/2007, convertito dalla legge n. 40 del 2 aprile 2007 e con il D.L. n. 10/2007, convertito dalla legge n. 46 del 6 aprile 2007, la pretesa incompatibilità della Legge n. 12 del 11 gennaio 1979 con gli articoli 43 e 49 del Trattato CE è venuta meno*

Roma, 8 maggio 2007

Avv. Filippo Arena»

**Causa C-424/06 - Materia trattata: politica sociale - Ricorso presentato il 16 ottobre 2006** - Commissione delle Comunità europee/Repubblica italiana. (Avvocato dello Stato F. Arena - AL 48064/06).

### LE CONCLUSIONI DELLA COMMISSIONE

*Constatare che non adottando tutte le misure legislative, regolamentari ed amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva 2002/15/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 marzo 2002, concernente l'organizzazione dell'orario di lavoro delle persone che effettuano operazioni mobili di autotrasporto, o, in ogni caso, non avendo comunicato tali misure alla Commissione, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa imposti da tale direttiva.*

### LA DIFESA DEL GOVERNO ITALIANO

«Lo scopo della Direttiva 2002/15/CE, così come enucleato dall'art. 1 della stessa, consiste nello stabilire “*prescrizioni minime in materia di organizzazione dell'orario di lavoro per migliorare la tutela della salute e della sicurezza delle persone che effettuano operazioni mobili di autotrasporto, per migliorare la sicurezza stradale e ravvicinare maggiormente le condizioni di concorrenza*”.

L'art. 14 della Direttiva prevede l'obbligo degli Stati membri di adottare le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative necessarie per

conformarsi alla Direttiva entro il 23 marzo 2005, ovvero di provvedere affinché entro la medesima data la parti sociali abbiano adottato le disposizioni necessarie.

*Sullo stato della disciplina vigente nell'ordinamento della repubblica italiana.*

Nonostante non siano stati adottati atti specifici volti al recepimento della Direttiva di cui si discute, corre l'obbligo di segnalare che la disciplina vigente (sia attualmente sia al momento della notifica del parere motivato) appare sostanzialmente conforme alle previsioni della Direttiva.

In effetti, la disciplina dell'orario di lavoro degli autotrasportatori è rimessa alla contrattazione collettiva tra la parti sociali e queste ultime hanno raggiunto già nel 2000 – con previsioni successivamente confermate nel novembre del 2006 – un accordo le cui linee direttrici di fondo appaiono in linea con la normativa comunitaria dettata dalla direttiva e, in parte, risultano ancor più garantistiche di questa ultima.

In dettaglio, la disciplina in questione è contenuta negli articoli 11 e 11 bis del Contratto Collettivo nazionale del 13 giugno 2000, in vigore sino al 9 novembre del 2006 e, successivamente, negli articoli con la medesima numerazione contenuti nel Contratto Collettivo nazionale sottoscritto in data 9 novembre 2006.

*Sulla qualificazione di lavoro effettivo*

La Direttiva, all'art. 3, così definisce l'orario di lavoro “a) orario di lavoro: 1) nel caso dei lavoratori mobili: ogni periodo compreso fra l'inizio e la fine del lavoro durante il quale il lavoratore mobile è sul posto di lavoro, a disposizione del datore di lavoro ed esercita le sue funzioni o attività, ossia:

– il tempo dedicato a tutte le operazioni di autotrasporto. In particolare tali operazioni comprendono:

i) la guida;

ii) il carico e lo scarico;

iii) la supervisione della salita o discesa di passeggeri dal veicolo;

iv) la pulizia e la manutenzione tecnica del veicolo;

v) ogni altra operazione volta a garantire la sicurezza del veicolo, del carico e dei passeggeri o ad adempiere gli obblighi legali o regolamentari direttamente legati al trasporto specifico in corso, incluse la sorveglianza delle operazioni di carico e scarico, le formalità amministrative di polizia, di dogana, di immigrazione ecc.;

– i periodi di tempo durante i quali il lavoratore mobile non può disporre liberamente del proprio tempo e deve rimanere sul posto di lavoro, pronto a svolgere il suo lavoro normale, occupato in compiti connessi all'attività di servizio, in particolare i periodi di attesa per carico e scarico, qualora non se ne conosca in anticipo la durata probabile, vale a dire o prima della partenza o poco prima dell'inizio effettivo del periodo considerato, oppure conformemente alle condizioni generali negoziate fra le parti sociali e/o definite dalla normativa degli Stati membri”.

Il Contratto Collettivo nazionale del 13 giugno 2000, all'art. 11, così descrive il tempo di lavoro effettivo: “è tempo di lavoro effettivo quello che non rientra nelle seguenti definizioni:

a) tempo trascorso in viaggio, per treno, per nave, aereo od altri mezzi di trasporto per la esecuzione dei servizi affidati al lavoratore;

b) tempo di attesa del proprio turno di guida nella cabina dell'autotreno guidato da due conducenti e ripartendo in misura uguale fra di essi il lavoro effettivo in trasferta.... Il tempo di lavoro effettivo si calcola inoltre con l'esclusione dei tempi di riposo intermedio, intendendosi per tali quelli in cui il lavoratore è lasciato in libertà anche fuori dal proprio domicilio e dalla sede dell'impresa, e con la facoltà di allontanarsi all'autoveicolo, essendo manlevato dalla responsabilità di custodia del veicolo stesso e del carico.... Agli effetti della qualificazione dei tempi di lavoro, è in particolare tempo di lavoro effettivo quello, ad esempio, trascorso alla guida del mezzo per la esecuzione delle operazioni di dogana e di carico in raffinerie.”

È agevole osservare, sulla base di una semplice comparazione dei due testi, che la disciplina vigente sin dal 1° luglio del 2000 in Italia, senza soluzione di continuità (le previsioni del Contratto Collettivo nazionale del giugno 2000 sono state riprodotte testualmente nell'art. 11 del Contratto Collettivo nazionale sottoscritto in data 9 novembre 2006, attualmente in vigore) è del tutto conforme a quella dettata dalla Direttiva n. 2002/15/CE.

#### *Sui riposi intermedi*

L'art. 5 della direttiva così disciplina i c.d. riposi intermedi : “Gli Stati membri prendono tutte le misure necessarie affinché, fermo restando il livello di tutela previsto dal regolamento (CEE) n. 3820/85 ovvero, in difetto, dall'accordo AETR, le persone che effettuano operazioni mobili di autotrasporto, senza pregiudizio dell'articolo 2, paragrafo 1, non lavorino in nessun caso per più di sei ore consecutive senza un riposo intermedio. L'orario di lavoro deve essere interrotto da riposi intermedi di almeno trenta minuti se il totale delle ore di lavoro è compreso fra sei e nove ore, di almeno quarantacinque minuti se supera le nove ore.”

Il comma 5 dell'art. 11 sia del Contratto Collettivo del giugno del 2000 che del Contratto Collettivo del novembre del 2006 prevedono il diritto ad un riposo intermedio di durata non inferiore ad un'ora per le trasferte sino a 15 ore e non inferiore a due ore per trasferte superiori a 15 ore.

Appare intuitivo che la disciplina vigente nell'ordinamento giuridico italiano è più favorevole al lavoratore e del tutto conforme allo scopo della Direttiva come enucleato nell'art. 1 della medesima, atteso che, per limitarsi ad un solo esempio, un autotrasportatore che effettui una trasferta di durata pari a 15 ore avrebbe diritto, secondo la previsione di cui all'art. 5 cit. della Direttiva, ad un riposo intermedio pari a 45 minuti, laddove, sulla base della normativa pattizia vigente in Italia, lo stesso ha diritto ad un periodo non inferiore ad un'ora di riposo.

*Sul lavoro notturno*

La disciplina vigente in Italia (cfr. art. 17 Contratto Collettivo del 13 giugno 2000 e art. 4, parte speciale, sezione prima del Contratto Collettivo del 9 novembre 2006), secondo la quale è considerato lavoro notturno quello svolto nel periodo compreso tra le 22.00 e le 6.00, è più favorevole all'autotrasportatore di quanto lo sia la corrispondente disciplina comunitaria che identifica quale orario di lavoro notturno quello compreso tra mezzanotte e le sette della mattina successiva: sotto quest'ulteriore profilo, dunque, *nulla quaestio*.

*Sull'orario di lavoro*

Ai sensi dell'art. 4 della Direttiva l'orario di lavoro degli autotrasportatori non può superare le quarantotto ore settimanali; può essere prevista, peraltro, una durata settimanale pari a 60 ore, purché, su un periodo di quattro mesi, la durata media settimanale non superi le predette quarantotto ore.

Gli artt. 11 e 11 bis dei citati Contratti Collettivi individuano, in linea generale, per il personale viaggiante, un orario di lavoro settimanale pari a 39 ore (cfr. primo comma art. 11 di entrambi gli accordi); l'art. 11 bis, poi, specifica che per il personale addetto a mansioni discontinue (tali essendo quelle per cui lo svolgimento dell'attività lavorativa non coincide con i tempi di presenza a disposizione del datore di lavoro, in ragione di oggettivi vincoli di organizzazione derivanti dalla tipologia di trasporti, per lo più di natura extraurbana), l'orario di lavoro settimanale è pari a 47 ore. Anche sotto questo profilo, dunque, piena rispondenza con la previsioni normative in esame.

Il medesimo comma 1 dell'art. 11 bis prevede, poi, un limite complessivo mensile pari 250 ore, con ciò, in apparenza, violando i limiti di cui all'art. 4 della Direttiva.

La apparente contraddittorietà della disposizione pattizia con la normativa comunitaria, peraltro, viene meno, in virtù dell'applicazione del generale principio ermeneutico, in forza del quale ogni accordo tra le parti non può che essere letto in modo tale da renderlo conforme alle previsioni di legge, nel caso di specie, alle previsioni della Direttiva appunto.

E dunque, poiché nel sistema comunitario delineato dalla Direttiva 2002/15 è espressamente previsto il meccanismo della compensazione (per cui sono ammessi "sforamenti" alla durata di lavoro settimanale di 48 ore, purché venga rispettata la media di 48 ore su un arco di tempo di quattro mesi, e ciò oltre alle ulteriori deroghe previste dall'art. 8 della Direttiva medesima), la previsione dei contratti collettivi non può che essere interpretata muovendo i passi, in primo luogo, dall'indicazione di massima (ed informatrice dell'intera disciplina) dell'orario di lavoro settimanale pari a 37 o 47 ore, rappresentando poi l'indicazione delle 250 ore mensili, un limite massimo che, in quanto applicabile sotto la condizione del rispetto del limite della media delle quarantott'ore settimanali computate su un periodo di quattro mesi (ovvero sei, cfr. art. 8, secondo comma Direttiva 2002/15), non risulta complessivamente incompatibile con la disciplina comunitaria.

### Conclusioni

Sulla base delle considerazioni che precedono, il Governo italiano confida che la Corte vorrà accogliere le seguenti conclusioni:

respingere il ricorso proposto dalla Commissione.

Roma, 29 gennaio 2007

Avv. Filippo Arena».

**Cause riunite da C-468/06 a 478/06 - Materia trattata: concorrenza - Domande di pronuncia pregiudiziale proposte dall'Efeteio Athinon (Grecia) il 21 novembre 2006** – Convenuta: GLAXOSMITHKLINE Anonimi Emporiki Viomichaniki Etairia Pharmakeftkon Proiondon. (Avvocato dello Stato F. Arena).

#### LE QUESTIONI PREGIUDIZIALI

1) *Se il rifiuto, da parte di una impresa in posizione dominante, di soddisfare integralmente gli ordinativi che le vengono inoltrati dai grossisti di prodotti farmaceutici, quando è diretto a restringere le attività di esportazione di questi ultimi e a limitare in tal modo il danno causato dal commercio parallelo, costituisca di per sé un comportamento abusivo ai sensi dell'art. 82 CE. Se sulla soluzione di tale questione influisca il fatto che il commercio parallelo è molto proficuo per i grossisti in ragione delle differenze di prezzo esistenti nell'ambito dell'unione europea a causa dell'intervento statale, cioè in ragione del fatto che il mercato dei prodotti farmaceutici non presenta condizioni di concorrenza pura, essendo invece caratterizzato da un gado elevato di intervento da parte dello Stato. Infine, se sia corretto che un giudice nazionale applichi le regole comunitarie di concorrenza in modo indifferenziato ai mercati che funzionano in modo concorrenziale e a quelli in cui la concorrenza viene falsata dall'intervento statale.*

2) *Come si debba valutare l'eventuale carattere abusivo nel caso in cui la Corte giudichi che la restrizione del commercio parallelo, per le ragioni precedentemente esposte, non costituisce sempre una pratica abusiva, quando è posta in essere da una impresa in posizione dominante.*

*In particolare:*

2.1 *Se sia appropriato usare il criterio della percentuale di superamento del normale consumo nazionale e/o quello del danno che l'impresa in posizione dominante subisce in termini di fatturato complessivo e di profitto complessivo. In caso di soluzione affermativa, come si debba determinare il livello delle percentuali di superamento e l'importo del danno subito – consistendo quest'ultimo in una percentuale del fatturato e del profitto complessivo – al di sopra del quale il comportamento in esame si configura come abusivo.*

2.2 *Se debba essere seguita una impostazione fondata sulla ponderazione degli interessi e, in caso di risposta affermativa, quali siano gli interessi che devono rientrare in tale ponderazione.*

*Più specificatamente:*

a) se in proposito rilevi il fatto che il paziente-consumatore finale riceve un vantaggio economico limitato dal commercio parallelo; e

b) se debbano essere presi in considerazione, e in in quale misura, gli interessi degli organismi previdenziali ad ottenere farmaci meno cari.

2.3 quali altri criteri e impostazioni si ritengano appropriati nel caso di specie.

#### OSSERVAZIONI ORALI DEL GOVERNO ITALIANO

«Signor Presidente, Signori Giudici, Signor Avvocato Generale.

Il Governo italiano, non avendo svolto osservazioni nella fase scritta del procedimento, intende, in primo luogo, rappresentare che, a suo avviso, la risposta da fornire alle domande oggetto del rinvio pregiudiziale è quella suggerita dalla Commissione.

Nell'espone le ragioni che, secondo il Governo italiano, militano nel senso di ritenere ravvisabile, nel comportamento della Glaxo, un abuso di posizione dominante, si provvederà inoltre a rispondere ai quesiti formulati da codesta Corte.

In primo luogo, non può non ricordarsi che il commercio parallelo è una legittima pratica commerciale che trova il proprio fondamento nel principio di libera circolazione delle merci di cui agli articoli 28-30 del Trattato.

La giurisprudenza di codesta Corte ha chiarito, più volte. È ad esempio, nella nota decisione emessa nelle cause riunite C-267/95 e 268/95, *Merck contro Prime Crown* È che i prodotti medicinali non si sottraggono all'applicazione delle regole sul mercato interno, di talché le misure statali restrittive del commercio parallelo di prodotti farmaceutici sono ammesse, solo nella misura in cui esse siano giustificate da ragioni di tutela della proprietà industriale ovvero di tutela della salute e della vita delle persone ai sensi dell'articolo 30 del Trattato.

Allo stesso obiettivo cui tende il principio di libera circolazione delle merci, e cioè l'integrazione dei mercati, sono finalizzate, secondo quanto ritenuto da codesta Corte nella sentenza emessa nella cause riunite C-56/64 e C-58/64, *Consten e Grundig*, le norme a tutela della concorrenza.

In particolare, come noto, nella citata decisione, è stato espressamente affermato che l'art. 81, paragrafo 1, essendo teso a perseguire l'obiettivo dell'eliminazione delle barriere fra gli Stati membri, si oppone ad accordi tra imprese che ricostruiscano le divisioni nazionali.

Vi è, dunque, una integrazione tra la disciplina prevista in tema di libera circolazione delle merci e quella a tutela della concorrenza: entrambe mirano al medesimo risultato, l'una vietando l'adozione di misure statali che possano restringere la circolazione delle merci appunto, la seconda vietando alle imprese (nella ricorrenza degli altri presupposti previsti dagli articoli 81 e 82 del Trattato) comportamenti che possano condurre alla ripartizione dei mercati. Né, peraltro, l'esistenza di una regolamentazione (differenziata) dei prezzi dei prodotti può essere ritenuta circostanza idonea ad escludere l'applicazione delle regole di concorrenza: così come la differenza dei prezzi tra i vari Stati non può essere considerata ragione sufficiente ad escludere l'ap-

plicazione piena ed incondizionata degli articoli 28-30 del Trattato, nello stesso modo un comportamento abusivo (che si risolve nella compartimentazione dei mercati) deve poter essere sanzionato ai sensi dell'art. 82. Dovranno, peraltro, ricorrere gli specifici requisiti previsti da tale disposizione per poter applicare la stessa; ed è, dunque, questa la ragione (in tal modo rispondendo al secondo quesito formulato per la risposta orale) per cui non vi è inconciliabilità tra la giurisprudenza in materia di libera circolazione delle merci (che prescinde dalla verifica degli effetti sul consumatore finale) e la necessità di verificare l'esistenza di un beneficio per il consumatore finale al fine di ritenere integrati gli estremi di un abuso di posizione dominante: se si ritenga che detto ultimo requisito sia necessario perché possa ritenersi integrata la fattispecie anticoncorrenziale (ricordando, peraltro, che è sufficiente la mera potenzialità dell'effetto anticoncorrenziale), ciò è dovuto solo alla diversa natura del comportamento preso in considerazione dagli articoli 81 e 82 del Trattato, rispetto a quello oggetto di disciplina ad opera degli articoli 28-30.

Sulla base di questo presupposto di fondo, può essere esaminata, ora, brevemente, la questione posta dalla Corte d'Appello di Atene.

Senza necessità di citare i precedenti giurisprudenziali di codesta Corte in materia di abuso di posizione dominante (che si ritrovano nelle osservazioni scritte presentate dalla Commissione), il Governo italiano ritiene, sulla base di detta giurisprudenza, che il rifiuto da parte di un'impresa in posizione dominante di fornire ai grossisti propri clienti la quantità di prodotti da essi richiesti, ove non ricorrano cause di giustificazione idonee, costituisce, in sé, un abuso vietato ai sensi dell'art. 82 del Trattato.

Il Governo italiano ritiene, inoltre, che lo scopo dichiarato dalla Glaxo a sostegno del proprio rifiuto (e cioè l'intenzione di impedire ai grossisti di effettuare esportazioni in altro mercato nazionale) non rappresenti una giustificazione idonea.

Il commercio parallelo di medicinali rappresenta l'unica forma di pressione competitiva *intra-brand* nel settore in questione: quest'ultima innesca una riduzione dei prezzi dei medicinali e consente, dunque, un risparmio di spesa sia per i sistemi sanitari pubblici (da considerarsi alla stregua di consumatori finali) che per i singoli acquirenti dei prodotti medicinali.

Il commercio parallelo contribuisce, pertanto, in modo rilevante alla creazione e sviluppo del mercato interno.

Ciò è ancor più vero se si tiene conto della evoluzione dei flussi delle esportazioni parallele. In effetti, storicamente, queste ultime si rivolgevano verso i paesi del nord Europa ove i prezzi dei medicinali risultano più elevati in ragione delle diverse politiche di prezzi adottate dalle autorità sanitarie pubbliche di detti paesi. La maggior parte delle esportazioni parallele si continua, per lo più, a rivolgersi verso detti Stati, e, tuttavia, recentemente, i mercati di destinazione delle esportazioni parallele si sono ampliati a taluni Paesi come la Francia e l'Italia, mercati tradizionalmente a prezzo basso di farmaci. Le novità nei flussi delle esportazioni confermano, dunque, il ruolo rilevante delle esportazioni parallele ai fini della integrazioni dei mercati nazionali.

Si deve ritenere, inoltre, che il commercio parallelo abbia ricadute positive in tema di risparmio della spesa: come è nella normale dialettica competitiva, infatti, le case farmaceutiche reagiscono all'entrata del concorrente sul mercato ritoccando i prezzi al ribasso.

Ciò è, ad esempio, avvenuto in Svezia dove È così come risulta da uno studio condotto nel 2001 per la *World Bank*, da Gaslandt e Maskus, dal titolo *Parallel import of pharmaceutical products in the European Union* – tra il 1994 ed il 1998 si è osservato un significativo rallentamento nell'aumento dei prezzi dei farmaci soggetti ad importazione parallela. In modo analogo, per fare un esempio che può dimostrare quanto in precedenza si diceva in merito al cambiamento dei mercati di destinazione delle esportazioni parallele, in Italia è stato possibile verificare che, in seguito all'introduzione di talune quantità di Daflon (un medicinale per la cura dei disturbi venosi), il prezzo di quest'ultimo farmaco è aumentato dopo ventuno mesi dall'ultima variazione e non ogni anno come era, invece, consueto prima che il farmaco in questione venisse importato.

Altro emblematico esempio di effettivo risparmio di spesa per il sistema sanitario nazionale (da considerare, anch'esso, quale consumatore finale come già prima ricordato), viene proprio dal Regno Unito: come risulta dal punto 130 della decisione del Tribunale di primo grado del 27 settembre 2006 nella causa T-168/2001, il National Health Service rimborsa automaticamente ai farmacisti un importo pari al prezzo al quale il produttore commercializza il suo farmaco nel mercato britannico, dedotta una quota compresa tra il 4 ed il 5 %, corrispondente al risparmio che si presume realizzato ove il farmacista si sia rifornito tramite il commercio parallelo.

Anche in Germania, ove sono stati adottati dei meccanismi incentivanti nell'assetto di regolamentazione dei prezzi e dei sistemi di rimborso alle farmacie – quali, ad esempio, l'obbligo dei farmacisti di fornire il prodotto importato se il suo prezzo è del 15% o di almeno 15 euro inferiore rispetto al prezzo del prodotto commercializzato dal produttore -, è stato appurato, tramite uno studio condotto nel 2003 dalla *York Health Economics Consortium*, che, nel solo 2002 e nel solo settore dei contraccettivi orali, è stato realizzato un risparmio di spesa di 10 milioni di euro.

Più in generale, e per chiudere sul punto, da un ulteriore studio eseguito dalla *University of Southern Denmark* del 2006 è emerso che, nei paesi tradizionalmente destinatari delle esportazioni parallele, il risparmio in termini di spesa dovuto a tale fenomeno è stato pari a 441,5 milioni di euro (in particolare il risparmio per la Danimarca è stato di 14,2 milioni, per la Svezia di 45,3 milioni, per la Germania di 145,0 milioni e per il Regno Unito di 237,0 milioni).

Sembra, dunque, potersi concludere nel senso che – sicuramente – il consumatore finale benefici, almeno in parte, degli esiti del commercio parallelo.

Nei mercati di esportazione dei prodotti farmaceutici, infatti, (che rappresentano i mercati rilevanti al fine di verificare la sussistenza dell'abuso, essendo questi i mercati dove l'impatto della condotta si registra, così rispondendo anche al primo quesito formulato da codesta Corte), come visto, il

commercio parallelo introduce un confronto competitivo che, ove fosse ritenuto legittimo il rifiuto del produttore di rifornire i grossisti per bloccare l'esportazioni verso lo Stato in cui il prezzo del prodotto è più elevato, non avrebbe luogo, con conseguente possibilità, per il produttore medesimo, di sfuggire a qualunque forma di competizione.

Per ciò che riguarda, poi, il rilievo che il commercio parallelo costituisce una causa importante della riduzione degli investimenti in ricerca e sviluppo delle case farmaceutiche (e, dunque, ritenere illegittimo un comportamento teso ad impedire lo stesso, si risolverebbe in un ostacolo per l'innovazione, fattore particolarmente decisivo nel settore oggetto del presente esame), si deve convenire con quanto dedotto dalla Commissione ai punti 64 e 65 delle proprie osservazioni scritte ed ai punti da 155 a 161 della decisione dell'8 maggio 2001, *Glaxo Wellcome*, secondo cui non vi è alcuna dimostrazione in ordine alla esistenza di un nesso di causalità tra gli effetti del commercio parallelo e l'entità dell'importo destinato dalle case farmaceutiche alla ricerca ed allo sviluppo. Al contrario, la modesta entità delle esportazioni parallele orienta a ritenere che tale nesso sia del tutto da escludere.

Ne deriva che la affermata incidenza, in termini negativi, del commercio parallelo sull'entità degli investimenti in ricerca e sviluppo non può essere utilizzata quale argomento per escludere l'abusività del comportamento della *Glaxo*, in quanto la stessa, a tacer d'altro, è del tutto indimostrata.

Il terzo quesito formulato da codesta Corte riguarda le modalità con le quali vengono fissati i prezzi dei medicinali all'interno degli Stati membri.

Per quanto riguarda l'Italia, il prezzo dei farmaci è stato nel tempo determinato con metodi diversi.

Fino al 1993 il prezzo era "amministrato", cioè determinato da un'apposita autorità (il CIP È Comitato Interministeriale Prezzi).

Dal 1994 al 2002 (per i farmaci a carico del SSN) è stato in vigore un prezzo "sorvegliato" dal CIPE (Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica) il cui livello non poteva superare il Prezzo Medio Europeo di farmaci analoghi.

Per alcune categorie di farmaci invece il prezzo era "contrattato". Con la Deliberazione C.I.P.E. 1° febbraio 2001, n. 3 recante "Individuazione dei criteri per la contrattazione del prezzo dei farmaci", si prevedeva infatti un meccanismo per la determinazione del prezzo dei farmaci di cui al Regolamento CEE n. 2309/1993, nonché di quelli autorizzati secondo la procedura di mutuo riconoscimento.

Tale meccanismo è stato esteso a tutti i farmaci dall'articolo 48, comma 33, del Decreto Legge n. 269/2003 il quale ha così disposto: "Dal 1° gennaio 2004 i prezzi dei prodotti rimborsati dal Servizio Sanitario Nazionale sono determinati mediante contrattazione tra Agenzia e Produttori secondo le modalità e i criteri indicati nella Delibera Cipe 1° febbraio 2001, n. 3, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 73 del 28 marzo 2001".

I prezzi dei medicinali in Italia rientranti nella c.d. fascia A, a totale carico del servizio sanitario nazionale, vengono, dunque, ora determinati in seguito a contrattazione con la impresa produttrice.

È, peraltro, prevista la possibilità di rivedere il prezzo sulla base della seguente procedura.

L'articolo 7 della delibera CIPE 1° febbraio 2001, n. 3 (come si è detto, ormai applicabile a tutti i farmaci) dispone:

*Il prezzo definito al termine della procedura negoziale come prezzo ex fabrica, è valido per un periodo di ventiquattro mesi fatte salve le diverse clausole contrattuali.*

*Qualora sopravvengano modifiche delle indicazioni terapeutiche e/o della posologia, tali da far prevedere un incremento del livello di utilizzazione del farmaco, ciascuna delle parti può riaprire la procedura negoziale anche prima della scadenza del periodo previsto.*

*Il contratto si rinnova per ulteriori ventiquattro mesi alle medesime condizioni qualora una delle parti non faccia pervenire all'altra almeno novanta giorni prima della scadenza naturale del contratto, una proposta di modifica delle condizioni.*

*L'Amministrazione apre il processo negoziale secondo le modalità già previste al punto 5. della presente delibera e fino alla conclusione del procedimento resta operativo l'accordo precedente.*

È quindi possibile ottenere una modifica del prezzo contrattato sia alla scadenza del biennio che prima della scadenza medesima, restando, peraltro, pur sempre possibile per le imprese trasferire il farmaco nella classe "C" di cui all'articolo 8 comma 10 della legge n. 537/93 (con la conseguente libertà di prezzo, ma con l'esclusione dall'elenco dei farmaci con onere a carico del SSN).

Il prezzo del farmaco, dunque, viene fissato in seguito ad una libera contrattazione con le autorità pubbliche e, pertanto, è ragionevole ritenere che il produttore, decidendo di immettere sul mercato un certo prodotto a quel prezzo, abbia valutato la redditività dell'operazione anche rispetto ai costi fissi ed ai costi variabili di produzione, avendo a mente, al contempo, i ritorni complessivi della propria intera attività commerciale su tutti i mercati interessati (quarto quesito).

Come noto, peraltro, il produttore resta sempre libero di commercializzare o meno un determinato medicinale all'interno di un mercato di uno Stato membro: ove però abbia liberamente assunto detta determinazione, è necessario impedire che lo stesso produttore possa assumere comportamenti tesi alla compartimentazione dei mercati, quale è, senz'altro, l'ostacolo al commercio parallelo.

La seconda parte del quinto quesito riguarda la circostanza della mancata (o ritardata) immissione nel mercato di uno Stato membro di un prodotto al fine di evitare il rischio di importazioni parallele.

Pur non avendo evidenze in un senso o in un altro, può non essere inutile osservare che, nei diversi studi condotti sul punto (ed in particolare lo studio di M. Kyle del 2006 "*Pharmaceutical price controls ed entry strategies*, pubblicato in *Review of Economics and Statistics*; quello di Danzon ed altri del 2003 "*The impact of price regulation on the launch delay of new drugs. Evidence from twenty-five major market in the 1990s*" pubblicato in *NBER*

*Working PaperRew*” e quello di Mc Kelvey ed altri del 2004 “*Pharmaceutical analyzed through the lens of a sectoral innovation system*”, pubblicato in *Sectoral System of innovation, Cambridge university press*), vengono richiamate, oltre alla lunghezza dei tempi necessari al rilascio dell’autorizzazione all’immissione in commercio, anche le scelte strategiche delle imprese in relazione alla misura di determinazione del prezzo nei vari Stati membri, ma non vi sono significativi riferimenti al rischio del commercio parallelo.

Quanto all’ultimo quesito, si osserva che l’articolo 81, paragrafo 2, della direttiva 2001/83/CE impone al titolare dell’autorizzazione alla messa in commercio di un medicinale, una volta che detta immissione sia stata effettuata, di assicurare forniture adeguate alle esigenze dei pazienti dello Stato membro in questione.

Ne deriva che, una volta che il medicinale sia stato messo in commercio al prezzo, peraltro, quantomeno per ciò che riguarda l’Italia, concordato dal produttore, quest’ultimo, nei limiti delle proprie possibilità, non può rifiutarsi di soddisfare la domanda interna proveniente dal mercato nazionale interessato. Il produttore può peraltro chiedere, come prima evidenziato, la revisione del prezzo.

Dall’articolo 81 della direttiva, tuttavia, non discende l’obbligo di rifornire soggetti che vogliano acquistare il medicinale al fine di esportare lo stesso, prevedendo la norma in questione un obbligo riferito alla sola domanda nazionale: detto obbligo, al ricorrere della altre condizioni, può invece discendere dall’art. 82 del Trattato.

In conclusione, il Governo italiano ritiene che le regole del diritto della concorrenza debbano trovare applicazione anche nei mercati nei quali la concorrenza sia influenzata dall’intervento statale, che il rifiuto da parte di un’impresa in posizione dominante di rifornire i grossisti di un determinato medicinale costituisca un abuso ai sensi dell’art. 82 del Trattato, salvo che non sia giustificato da ragioni obiettive che, tuttavia, non possono essere rinvenute nello scopo di impedire la commercializzazione parallela dei medicinali in questione: una soluzione di segno diverso, infatti, si tradurrebbe in una significativa battuta di arresto al processo di integrazione dei mercati.

Avv. Filippo Arena».

**Causa C-534/06 - Materia trattata: agricoltura - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Corte suprema di cassazione (Italia) il 27 dicembre 2006 - Industria Lavorazione Carni Ovine/Regione Lazio. (Avvocato dello Stato G. Aiello - AL 7056/07).**

#### LA QUESTIONE PREGIUDIZIALE

*Se l’art. 13 del Regolamento (CEE) n. 866/90 del Consiglio del 19.03.1990 debba essere interpretato nel senso che il finanziamento va escluso nei casi in cui sia posta in essere la commercializzazione e/o trasfor-*

*mazione (anche) di prodotti non provenienti dall'area comunitaria, nonostante il rispetto del programma specifico in relazione al quale è stato ottenuto il finanziamento, con la commercializzazione e/o trasformazione di prodotti provenienti dall'area comunitaria nella misura programmata.*

#### IL FATTO

In data 01.10.1997, la Regione Lazio ha proposto opposizione dinanzi al Tribunale di Roma avverso il decreto ingiuntivo recante la condanna al pagamento in favore della società Industria Lavorazioni Carni Ovine s.r.l. (ILCO) della somma di £. 1.617.575.382 a titolo di saldo del contributo comunitario per la costruzione di uno stabilimento per la macellazione di carni ovine di origine comunitaria nel comune di Acquapendente.

Il Tribunale di Roma ha respinto l'opposizione con sentenza del 13.02/25.03.1999.

La Regione Lazio ha proposto appello avverso la predetta sentenza dinanzi alla Corte di Appello di Roma.

La Corte adita, con sentenza n. 3159/02 del 09.09.2002, ha accolto il gravame e ha revocato il decreto ingiuntivo a carico della Regione appellante.

La Corte territoriale ha ritenuto che la destinazione dell'impianto alla macellazione di carni ovine di origine autoctona o comunque comunitaria fosse condizione necessaria ai fini dell'erogazione del contributo.

Il fondamento normativo posto a sostegno della decisione è costituito dall'art. 13 del reg. (CEE) n. 866/90 del 29.03.1990 in forza del quale sono esclusi dal finanziamento gli investimenti per la commercializzazione o la trasformazione di prodotti provenienti da Paesi Terzi.

La società ILCO ha proposto ricorso per cassazione avverso la sentenza *de qua*.

Con Ordinanza interlocutoria n. 26925 del 23.11.2006, depositata in data 15.12.2006, la Corte di Cassazione ha sollevato dinanzi alla codesta Corte di Giustizia delle Comunità Europee la questione pregiudiziale.

#### LA POSIZIONE DEL GOVERNO ITALIANO

«Con il presente atto il Governo della Repubblica Italiana interviene nel presente giudizio al fine di rilevare quanto segue.

Il regolamento (CEE) n. 866/90 del 29.03.1990 concerne il miglioramento delle condizioni di trasformazione e di commercializzazione dei prodotti agricoli.

Tale regolamento si inserisce nel più ampio contesto della Politica Agricola Comunitaria e individua i tipi di investimento formanti oggetto dell'intervento del FEAOG, sezione orientamento, tenendo conto sia della situazione attuale dei mercati agricoli e del settore agroalimentare, sia della prospettiva di sviluppo degli sbocchi per i prodotti agricoli.

In coerenza con le predette finalità l'art. 13 del reg. n. 866/90 esclude dai finanziamenti comunitari gli investimenti finalizzati alla commercializzazione o la trasformazione di prodotti provenienti da Paesi Terzi.

È evidente, infatti, che se la *ratio* dei finanziamenti comunitari è da ricercarsi nell'incentivazione della politica comunitaria in materia agroalimentare ne consegue l'impossibilità di avvalersi dei finanziamenti medesimi per la trasformazione di prodotti di origine extracomunitaria.

Diversamente opinando la disposizione di cui all'art. 13 del reg. n. 866/90 verrebbe privata di significato.

Il chiaro tenore letterale dell'art. 13 del reg. n. 866/90 impedisce dubbi interpretativi e trova conferma nel quinto *considerando* del regolamento secondo il quale l'intervento comunitario deve essere *coerente con la politica agricola comune*.

Del resto quando il Legislatore Comunitario ha inteso escludere l'applicazione della norma limitativa di cui all'art. 13 del reg. n. 866/90 lo ha disposto espressamente.

A titolo esemplificativo, infatti, ai sensi dell'articolo 32 del regolamento (CEE) 1600/92 la Commissione può decidere, su richiesta motivata delle autorità portoghesi, di estendere il beneficio delle misure previste del regolamento (CEE) 867/90 del Consiglio, del 29 marzo 1990, relativo al miglioramento delle condizioni di trasformazione e di commercializzazione dei prodotti della silvicoltura, a taluni prodotti agricoli essenziali importati in provenienza da Paesi terzi, a condizione che i prodotti trasformati e/o commercializzati siano destinati esclusivamente al mercato interno delle Azzorre e di Madera.

Con decisione n. 97/37/CE del 18.12.1996, inoltre, la Commissione ha stabilito che l'articolo 13, secondo trattino, del regolamento (CEE) n. 866/90 non si applica a condizione che i prodotti trasformati e/o commercializzati in virtù degli investimenti finanziati siano destinati esclusivamente al mercato dei Dipartimenti Francesi d'Oltremare (DOM).

Alla luce delle considerazioni che precedono il Governo della Repubblica Italiana ritiene che al quesito posto debba darsi risposta nel senso che l'art. 13 del reg. n. 866/90 esclude l'erogazione dei finanziamenti comunitari in tutti i casi in cui sia posta in essere la commercializzazione e/o trasformazione di prodotti non provenienti dall'area comunitaria.

Roma, 10 aprile 2007

Avv. Giacomo Aiello».

**Causa C-1/07 - Materia trattata: libertà di stabilimento - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Landgericht Siegen (Germania) il 3 gennaio 2007 - Procedimento penale a carico di Frank Weber. (Avvocato dello Stato S. Fiorentino - AL 12795/07).**

#### LA QUESTIONE PREGIUDIZIALE

*Se l'art. 1, n. 2, della direttiva 91/439/CEE, in combinato disposto con l'art. 8, n. 2 e n. 4, sia da interpretare nel senso che ad uno Stato membro è vietato non riconoscere il permesso di circolare all'interno del suo territorio in base ad una patente di guida rilasciata da un altro Stato membro e non ricono-*

*scere quindi la validità di quest'ultima ovvero negarla, perché al suo titolare nel primo Stato membro menzionato veniva revocata la patente, dopo il rilascio nei suoi confronti di una cosiddetta "seconda" patente di guida dell'Unione europea in un altro Stato membro, qualora la revoca della patente si basi su un fatto o su un comportamento illegittimo verificatosi nel periodo antecedente al rilascio della patente di guida da parte dell'altro Stato membro.*

#### IL FATTO

Secondo quanto si ricava dall'ordinanza di rinvio, l'imputato, che risiede stabilmente in Germania, era in possesso di una patente di guida per le categorie A1, M, B e L. Il 18.09.2004, nella località di Kreuztal è stato colto alla guida di un autoveicolo sotto l'effetto di sostanze stupefacenti (cannabis e anfetamine). Con provvedimento amministrativo del 17.11.2004, divenuto definitivo il 4.12.2004, gli veniva inflitta una sanzione pecuniaria ed imposto il divieto di porsi alla guida di autoveicoli per un periodo di un mese.

In data 18.11.2004 veniva rilasciata all'imputato, nella Repubblica ceca, una patente di guida che, come è poi emerso, era stata rilasciata sulla base di esami sostenuti il 16.11.2004.

Nel frattempo, a seguito del fatto occorso il 18.09.2004, veniva avviato dall'autorità amministrativa del circondario di Siegen-Wittgenstein un procedimento teso ad accertare l'idoneità dell'imputato alla guida. L'imputato è venuto a conoscenza di questo procedimento per effetto di comunicazione del 7.01.2005. Il procedimento si concludeva con provvedimento del 17.03.2005, divenuto definitivo dal 6.04.2005, di revoca della patente di guida (tedesca) ai sensi dell'art. 3, n. 1, del codice della strada tedesco (Straßenverkehrsgesetz: in prosieguo "StVG"), in combinato disposto con l'articolo 46, n. 1, del regolamento sull'accesso delle persone alla circolazione stradale – regolamento sulla patente di guida (Fahrerlaubnis – Verordnung: in prosieguo "Fev").

La revoca, a quanto si evince dall'ordinanza, era determinata anche dal fatto che l'imputato, nel corso del procedimento, non aveva ottemperato all'ordine impostogli dall'Amministrazione tedesca, la quale non era a conoscenza del possesso da parte dell'imputato della patente di guida ceca, di rinunciare all'ulteriore rilascio della patente e di dimostrare la sua idoneità alla guida di autoveicoli attraverso una perizia medico – psicologica. Alla data dell'ordinanza di rinvio l'imputato non disponeva di una nuova patente di guida tedesca, né gli era stato accordato il diritto di utilizzare la patente ceca (in vista del quale l'imputato, peraltro, non aveva presentato una corrispondente richiesta).

In data 6.01.2006 il sig. Weber veniva colto, in Germania, alla guida di un autocarro per il quale è previsto l'obbligo di patente di guida ed esibiva alla polizia tedesca la patente di guida ceca. Ne nasceva un procedimento penale che, in primo grado, veniva definito con sentenza di condanna per guida senza patente.

Il sig. Weber ha impugnato la sentenza sostenendo di essere abilitato a condurre l'autocarro sulla base della patente ottenuta nella Repubblica ceca

ed in forza dell'art. 8, n. 2 e n. 4, della direttiva 91/439/CEE. Queste disposizioni, a giudizio dell'imputato, non consentivano alle autorità tedesche di non riconoscere la patente di guida ceca, se la causa della revoca della patente tedesca aveva origine in un fatto antecedente al rilascio della patente ceca.

#### LA POSIZIONE DEL GOVERNO ITALIANO

«*Il quadro giuridico comunitario.*

La direttiva del Consiglio 29 luglio 1991, 91/439/CEE, concernente la patente di guida (in prosieguo "la direttiva"), ha istituito un modello di patente comunitaria, specificando, all'articolo 1, n. 2, che "*le patenti di guida rilasciate dagli Stati membri sono riconosciute reciprocamente dai medesimi*".

Il rilascio della patente è subordinato ad alcuni requisiti, tra i quali, secondo l'articolo 7, n. 1, lettera b), la "*residenza normale ... nel territorio dello Stato membro che rilascia la patente di guida*". Ai sensi dell'articolo 9, primo paragrafo, per residenza normale "*si intende il luogo in cui una persona dimora abitualmente, ossia per almeno 185 giorni all'anno, per interessi personali e professionali o, nel caso di una persona che non abbia interessi professionali, per interessi personali che rivelino stretti legami tra detti interessi e il luogo in cui essa abita*". Secondo l'articolo 7, n. 5, inoltre, "*si può essere titolari di una sola patente di guida*".

Scopo della direttiva è di favorire la politica comune dei trasporti, di migliorare il livello di sicurezza stradale, di agevolare la libertà circolazione delle persone nel territorio dell'Unione e la libertà di stabilirsi in uno Stato membro diverso da quello nel quale si è sostenuto l'esame di guida.

Nel contemperamento di tali esigenze deve rinvenirsi la *ratio* delle disposizioni previste dall'art. 8 della direttiva, che al numero 2 stabilisce che "*lo Stato membro di residenza normale può applicare al titolare di una patente di guida rilasciata da un altro Stato membro le proprie disposizioni nazionali concernenti la restrizione, la sospensione, la revoca o l'annullamento del diritto a guidare e, se necessario, può procedere a tal fine alla sostituzione della patente*" (c.d. *lex loci*) e, al numero 4, prevede che "*uno Stato membro può rifiutarsi di riconoscere ad una persona che sul suo territorio è oggetto di uno dei provvedimenti citati al paragrafo 2, la validità di una patente di guida rilasciata da un altro Stato membro*".

Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, il riconoscimento reciproco delle patenti di guida rilasciate dagli Stati membri non è, in via di principio, subordinato ad altre condizioni ed avviene "senza formalità alcuna" e senza alcun margine di apprezzamento rispetto alle misure da adottare per conformarsi all'obbligo (v. *sentenze 29 febbraio 1996, causa C-193/94, Skanavi, punto 26; 29 ottobre 1998, causa C-230/97 Awoyemi, punti 41 e 42; ordinanza 11 dicembre 2003, causa C-408/02, Da Silva Carvalho, punto 20*).

Esso si basa sulla fiducia reciproca nell'osservanza di disposizioni già ampiamente armonizzate, dato che la direttiva non impone soltanto l'obbligo del riconoscimento reciproco delle patenti di guida, ma anche quello dell'osservanza di varie condizioni e norme minime di rilascio di tali patenti.

Ne consegue che spetta unicamente allo Stato del rilascio verificare se sussistano o meno i requisiti per la concessione del permesso di guida, sicché le disposizioni della direttiva devono essere interpretate nel senso che esse ostano a che uno Stato membro neghi il riconoscimento di una patente di guida rilasciata da un altro Stato membro per il motivo che, secondo le informazioni di cui il primo Stato membro dispone, il titolare della patente, alla data di rilascio di quest'ultima, aveva stabilito la sua residenza normale nel territorio di detto Stato membro ospitante e non in quello dello Stato membro del rilascio (v. sentenza 29 aprile 2004, causa C-476/01, *Kapper*, punto 49). Infatti, nell'ambito dell'assistenza reciproca e dello scambio di informazioni previsto dall'articolo 12, n. 3, della direttiva, qualora lo Stato membro ospitante abbia seri motivi per dubitare della regolarità di una o più patenti rilasciate da altro Stato membro, spetta allo Stato ospitante di comunicarli a quest'ultimo e, qualora lo Stato di rilascio non adottasse i provvedimenti adeguati, è facoltà dello Stato ospitante promuovere un procedimento ai sensi dell'art. 227 CE (v. sentenza *Kapper*, citata, punto 48).

Occupandosi delle deroghe previste dall'articolo 8 della direttiva, la Corte ha chiarito che l'art. 8, n. 4, della direttiva non può essere fatto valere da uno Stato membro per rifiutarsi di riconoscere indefinitamente, ad una persona che è stata oggetto sul suo territorio di un provvedimento di revoca o di annullamento di una patente precedente rilasciata da tale Stato, la validità di qualsiasi patente che possa esserle rilasciata in seguito da un altro Stato membro. Infatti, qualora il periodo di divieto temporaneo di ottenere una nuova patente, che accompagnava il divieto in questione, sia già trascorso, il combinato disposto degli artt. 1, n. 2 e 8 n. 4, della direttiva osta a che lo Stato membro ospitante continui a rifiutarsi di riconoscere la validità di qualsiasi patente di guida rilasciata in seguito all'interessato da un altro Stato membro (v. sentenza *Kapper*, citata, punto 76).

Non gioverebbe, in contrario, opporre che le disposizioni nazionali applicabili siano dirette proprio a prorogare per un periodo indeterminato gli effetti nel tempo di un provvedimento di revoca di annullamento della patente precedente e a riservare allo Stato membro che ha disposto la revoca o l'annullamento la verifica circa il venir meno delle condizioni del provvedimento restrittivo. Ammettere una simile deroga, infatti, vorrebbe dire consentire ad uno Stato membro di richiamarsi alle proprie disposizioni interne per opporsi indefinitamente al riconoscimento di una patente rilasciata da altro Stato membro, il che equivarrebbe alla negazione stessa del principio del riconoscimento reciproco delle patenti di guida introdotto dalla direttiva (v. sentenza *Kapper*, citata, punto 77).

Questi principi sono stati ripresi dalla Corte nell'ordinanza 6 aprile 2006, causa C-227/05, *Halbritter*. In tale circostanza, la Corte ha ribadito che:

– il combinato disposto degli artt. 1, n. 2, e 8, nn. 2 e 4, della direttiva osta a che uno Stato membro rifiuti di riconoscere, nel suo territorio, il diritto di condurre un veicolo derivante da un permesso di guida rilasciato in un altro Stato membro e, dunque, la validità di tale permesso, a motivo del fatto

che il titolare del medesimo, colpito nel territorio del primo Stato da una misura di revoca di un permesso precedentemente ottenuto, non si è sottoposto all'esame di idoneità alla guida richiesto dalla normativa del detto primo Stato per il rilascio di un nuovo permesso a seguito della revoca di cui sopra, qualora il divieto temporaneo di ottenere un nuovo permesso disposto unitamente alla revoca fosse scaduto al momento del rilascio del permesso di guida nell'altro Stato membro (punto 32);

– il combinato disposto degli artt. 1, n. 2, e 8, nn. 2 e 4, della direttiva osta a che, in circostanze quali quelle di cui alla causa principale, uno Stato membro, cui sia stata presentata una domanda di conversione di un permesso di guida valido, rilasciato in un altro Stato membro, in un permesso nazionale, possa subordinare tale conversione alla condizione che venga effettuato un nuovo esame di idoneità alla guida del richiedente, imposto dalla normativa del primo Stato membro al fine di risolvere i dubbi esistenti al riguardo a motivo di circostanze antecedenti all'ottenimento del permesso nell'altro Stato membro (punto 39).

Con la successiva ordinanza 28 settembre 2006, causa C-340/05, *Kremer*, la Corte ha ribadito che il combinato disposto degli articoli 1, paragrafo 2, e 8, paragrafi 2 e 4, della direttiva 91/439/CEE ostano a che uno Stato membro rifiuti di riconoscere, sul suo territorio, il diritto di guidare risultante da una patente di guida rilasciata da un altro Stato membro e, pertanto, la validità di tale patente sul presupposto che il titolare di detto permesso, che era stato oggetto, nel territorio del primo Stato membro, di una misura di revoca non accompagnata da un divieto temporaneo di ottenere una nuova patente, non si è sottoposto alle condizioni richieste dalla normativa di detto primo Stato per il rilascio di un nuovo permesso a seguito di quella revoca, ivi compreso l'esame di idoneità alla guida che comprovasse che erano venuti meno i motivi che avevano giustificato detta revoca (punto 38).

#### *Il diritto nazionale e la posizione della giurisdizione di rinvio.*

Sulla base di quanto è dato evincere nelle decisioni di rinvio, in base all'art. 46, n. 5, della FeV, in combinato disposto con l'articolo 3, n. 2, secondo comma dello StVG, la revoca della patente di guida, disposta ai sensi del combinato dell'art 28, n. 1, della FeV e dell'art. 3, n. 1, dello StVG, produce la decadenza del diritto a guidare autoveicoli sul territorio nazionale, sebbene l'interessato sia in possesso di una patente ottenuta in un altro Stato membro.

Questo stato di cose comporta che, alla stregua del diritto nazionale, l'imputato non era autorizzato a condurre autoveicoli alla data del 6.01.2006, quando fu colto alla guida dell'autocarro Daimler Chrysler, benché avesse ottenuto in data 18.11.2004 la patente ceca, in quanto il diritto a guidare, derivante dalla titolarità di quest'ultima patente, era venuto meno per effetto del provvedimento di revoca del 17.03.2005.

Risulterebbe, così, integrata la fattispecie oggettiva di reato prevista dall'art. 21 dello StVG.

Il Landgericht, tuttavia, si interroga sulla compatibilità di tale disciplina con il diritto comunitario. Infatti, secondo la giurisprudenza *Kapper* e

*Kremer*, uno Stato membro, in cui precedentemente al titolare fosse stata revocata la patente di guida, deve riconoscere la validità di una patente o di un permesso di guida rilasciata da un altro Stato membro in epoca successiva (se era disposto un periodo di sospensione, il principio deve operare una volta scaduto questo periodo).

La peculiarità della presente fattispecie starebbe nel fatto che la revoca della patente tedesca si fonda sull'accertamento di una circostanza, come una condotta dell'interessato, che ha avuto luogo prima del rilascio della patente stessa da parte dell'altro Stato membro. Quindi il provvedimento di revoca, che si inquadra nell'art. 8, n. 2, della direttiva, seguirebbe *solo cronologicamente* al rilascio di un'altra patente di guida o di un permesso di guida da parte di un altro Stato membro.

\*\*\*\*\*

Si discute, nella causa principale, di una patente ceca acquisita mentre era in corso un procedimento, avviato il 18.09.2004, di accertamento dell'idoneità alla guida da parte dell'ufficio di polizia amministrativa del circondario di Siegen-Wittgenstein ed inoltre mentre era efficace un primo provvedimento cautelare, emesso il 17.11.2004, comportante il divieto di guida per un mese (la patente ceca è stata, infatti, rilasciata il 18.11.2004, sebbene figurasse come data dell'esame il 16.11.2004).

Secondo quanto è dato comprendere dall'interpretazione del diritto nazionale che scaturisce dall'ordinanza di rinvio, l'accertamento della inidoneità alla guida, che costituisce il presupposto del provvedimento di revoca, verrebbe effettuato con riferimento non alla data di chiusura del procedimento (nel nostro caso, 17.03.2005), ma con riferimento all'epoca in cui si era verificata la condotta dalla quale è scaturito il procedimento (nel nostro caso, il 18.09.2004).

Dalla narrazione dei fatti contenuta nell'ordinanza, tuttavia, sembrerebbe anche che l'accertamento condotto nel corso del procedimento non sia limitato a verificare l'idoneità alla guida del soggetto al momento della condotta che si pone all'origine del procedimento. Infatti risulta che, nel contesto del procedimento di verifica, l'interessato venga invitato a comprovare la propria idoneità alla guida con una perizia medico – psicologica. Sembra ragionevole concludere che questa perizia sia finalizzata a dimostrare l'idoneità alla guida del soggetto nel momento in cui è sottoposto all'esame e non nel momento in cui aveva commesso il fatto che ha determinato l'apertura del procedimento. Trattandosi di un procedimento amministrativo teso a verificare se il soggetto è in grado di condurre autoveicoli, e non di un procedimento teso a sanzionare una violazione, sembra al Governo italiano che l'oggetto del procedimento debba necessariamente essere l'accertamento della idoneità alla guida al momento in cui si procede.

Se questo è, come sembra dover essere, lo scopo del procedimento che ha portato all'emanazione del provvedimento di revoca – dal quale scaturisce, secondo il diritto nazionale, anche la decadenza dal diritto a guidare con patenti straniere – sembra al Governo italiano che sia del tutto irrilevante se

il fatto che ha dato origine al procedimento sia anteriore o successivo al conseguimento della patente nella Repubblica ceca.

La fattispecie rientrerebbe, in entrambi i casi, nell'ambito di applicazione dell'art. 8, paragrafo 2, della direttiva, perché, in ogni caso, non si farebbe questione del riconoscimento di una patente di guida acquisita in un altro Stato membro, ma di una "restrizione, sospensione, revoca o annullamento del diritto a guidare".

Secondo l'art. 8, par. 2, lo Stato membro di residenza normale della persona (cioè la Germania, nel caso del sig. Weber, secondo quanto riferisce il giudice del rinvio) può applicare i provvedimenti citati al punto precedente, allorquando ne ravvisi la necessità e secondo il proprio diritto nazionale, ancorché il soggetto sia titolare di una patente acquisita in un altro Stato membro.

Poiché l'accertamento dell'inidoneità è, nel nostro caso, certamente successivo al conseguimento della patente nella Repubblica ceca, nulla osta all'applicazione delle norme nazionali tedesche, secondo le quali il provvedimento adottato nei confronti del sig. Weber comportava anche la perdita del diritto a guidare con patenti estere.

La direttiva non esige che l'accertamento della capacità di guida, da parte degli Stati membri, sia necessariamente collegato ad un fatto commesso dall'interessato (lo si desume anche dall'art. 1, par. 3). Quindi, la circostanza che il procedimento sia scaturito da un fatto anteriore al conseguimento della patente ceca è del tutto occasionale e non ha alcun rilievo, perché ciò che rileva è che l'accertamento sia effettuato con riferimento ad un momento successivo ed il provvedimento acquisti efficacia da tale momento.

D'altronde, sulla base del principio di fiducia reciproca che ispira la direttiva, lo Stato membro ospitante è tenuto a riconoscere che il soggetto che abbia acquisito la patente di guida in un altro Stato membro fosse idoneo alla guida al momento del rilascio ed è tenuto a presumere che il soggetto sia rimasto idoneo alla guida sino a diverso accertamento, ma non è tenuto a mantenere ferma tale presunzione allorquando abbia accertato che, in un momento successivo al rilascio della patente, il soggetto risulti inidoneo.

### *Conclusioni*

Alla stregua delle considerazioni che precedono, il Governo italiano suggerisce alla Corte di rispondere complessivamente ai quesiti sottoposti al suo esame affermando che

*L'art. 8, n. 2, della direttiva 91/439/CEE è da interpretare nel senso che ad uno Stato membro non è vietato applicare un provvedimento di restrizione, sospensione, revoca o annullamento del diritto a guidare al titolare di una patente di guida rilasciata da un altro Stato membro*

*– allorquando tale provvedimento trovi causa nell'accertamento di uno stato di fatto successivo al conseguimento di tale patente di guida;*

*– ancorché il procedimento da cui è scaturito il provvedimento abbia avuto inizio in conseguenza di un fatto antecedente al conseguimento della patente in detto altro Stato membro.*

Roma, 24 maggio 2007

Avv. Sergio Fiorentino»

**Causa C-78/07 - Materia trattata: agricoltura - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana (Italia) il 13 febbraio 2007** - Ispettorato Provinciale dell'Agricoltura di Enna, Assessorato all'agricoltura e foreste della regione Sicilia, Regione Sicilia/Domenico Valvo. (Avvocato dello Stato G. Aiello - AL 14527/07).

#### LA QUESTIONE PREGIUDIZIALE

*Se la concessione del beneficio dell'indennità compensativa prevista dal Regolamento CEE n. 2328/91 (come modificato dal Regolamento n. 3669/93) e dal Regolamento CEE n. 950/97 del Consiglio del 20 maggio 1997, relativo al miglioramento dell'efficienza delle strutture agricole, possa essere esclusa ad un imprenditore agricolo che percepisce una pensione e, in particolare, una pensione di anzianità.*

#### IL FATTO

Dalla narrativa della decisione sopra richiamata, si apprende che un cittadino italiano, imprenditore a titolo principale, essendo in possesso dei requisiti previsti dal Regolamento CE n. 2328/91 (come modificato dal Reg. CE n. 3669/93) e dal Regolamento CE n. 950/97, ha fatto domanda all'Ispettorato Provinciale dell'Agricoltura di Enna per ottenere, relativamente agli anni 1996, 1997 e 1998, l'indennità compensativa prevista dalla normativa comunitaria richiamata.

Tale beneficio è stato negato dal citato Ispettorato Provinciale dell'Agricoltura, in quanto ritenuto non cumulabile con la pensione di vecchiaia anticipata percepita dal medesimo.

Avverso detta determinazione, avendo, in via preliminare, infruttuosamente proposto ricorso in opposizione all'IPA di Enna, l'interessato ha agito innanzi al Tribunale Amministrativo regionale (d'ora innanzi TAR) di Catania. In particolare, il ricorrente deduceva di non essere titolare di alcuna pensione di vecchiaia, di avere semmai usufruito del trattamento previdenziale erogato dal Fondo Pensioni del Personale C.C.R.V.E, che non sarebbe paragonabile *alla pensione di vecchiaia o di vecchiaia anticipata* di cui si fa menzione nel provvedimento impugnato, nonché di avere regolarmente percepito, per gli anni 1994-1995, l'indennità successivamente negatagli.

Per l'annullamento della sentenza n. 1447/05 con cui il TAR adito ha accolto il ricorso, hanno proposto appello innanzi al Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Siciliana l'Ispettorato Provinciale dell'Agricoltura di Enna, l'Assessorato all'Agricoltura e Foreste della Regione Sicilia e la Regione Sicilia.

In base ai regolamenti comunitari sopra citati gli imprenditori agricoli che già percepiscono una "*pensione di vecchiaia o di vecchiaia anticipata*" non sono esclusi dal regime di aiuti all'agricoltura, tuttavia, alla luce della Circolare applicativa della Regione Sicilia sembrerebbe vero il contrario. In

ogni caso, ad avviso del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana l'erogazione percepita dal ricorrente si sostanzierebbe in un trattamento previdenziale assimilabile ad una pensione di anzianità.

#### LA POSIZIONE DEL GOVERNO ITALIANO

«Così delineati i termini della vicenda esaminata nel giudizio *a quo*, il Governo italiano osserva che l'interessato è titolare di pensione diretta con decorrenza dal dicembre del 1992 a carico del Fondo pensioni per il personale della Cassa Centrale di Risparmio Vittorio Emanuele per le province siciliane, Sicilcassa, in seguito assorbito dal Banco di Sicilia s.p.a.

Il Fondo pensioni in questione, in applicazione del Decreto legislativo del 20.11.1990 n. 357, costituisce Gestione Speciale dell'Assicurazione Generale Obbligatoria (A.G.O) istituita presso l'Istituto Nazionale Previdenza Sociale (INPS) per i dipendenti degli Enti Creditizi inizialmente esclusi o esonerati dall'assicurazione obbligatoria.

L'art. 4 del citato decreto legislativo prevede, peraltro, espressamente che *“per gli iscritti alla gestione speciale indicati negli artt. 2 e 3 è fatto salvo il diritto al trattamento previdenziale complessivo di miglior favore previsto dalle forme di assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti esclusive od esonerative di rispettiva iscrizione, che agli effetti del richiamato diritto continuano ad operare”*.

Nella fattispecie in esame, pertanto, l'interessato percepisce un regolare trattamento pensionistico, la cui erogazione è in parte a carico della Gestione speciale dell'A.G.O. istituita presso l'INPS ed in parte a carico degli ex datori di lavoro (il Banco di Sicilia).

L'effettiva percezione di detta erogazione, indipendentemente dalla qualificazione della stessa in termini di pensione di vecchiaia o di anzianità, garantisce all'interessato un certo reddito per il proprio sostentamento.

Una distinzione tra pensione di vecchiaia e di invalidità appare, peraltro, priva di pregio: non avrebbe, infatti, senso escludere dal contributo solo chi beneficia di una pensione di vecchiaia e non chi invece dispone di una pensione di anzianità, essendo comunque entrambe fonti di sostentamento per i rispettivi beneficiari.

D'altronde, poiché scopo della disciplina in questione appare piuttosto quello di sostenere unicamente chi non possa fare affidamento su altre forme di reddito per il proprio sostentamento, non avrebbe alcun senso distinguere tra le due erogazioni.

Il Reg. CE n. 950/97 relativo al miglioramento dell'efficienza delle strutture agricole, al titolo IX, in materia di *“Aiuti in favore delle zone agricole svantaggiate”*, consente agli Stati membri di istituire un regime di aiuti destinati ad incentivare l'agricoltura e a migliorare il reddito degli agricoltori di tali zone.

I beneficiari di tali prestazioni, ai sensi dell'art. 5 della citata normativa, devono esercitare l'attività agricola a titolo principale, salva restando la facoltà per gli Stati membri di estendere tali aiuti agli imprenditori agricoli a tempo parziale che ricavano almeno il 50% del loro reddito totale dalle atti-

vità agricole, forestali, turistiche o artigianali, oppure di attività di conservazione dello spazio naturale che beneficiano di sovvenzioni pubbliche, svolte nella loro azienda, purché il reddito direttamente proveniente dall'attività agricola nell'azienda non sia inferiore al 25% del reddito totale dell'imprenditore e il tempo di lavoro dedicato alle attività esterne all'azienda non superi la metà del tempo di lavoro totale dell'imprenditore.

La disciplina comunitaria, così come non esclude espressamente la possibilità di versare detti contributi a favore di imprenditori agricoli titolari di pensione di vecchiaia o di vecchiaia anticipata, non attribuisce neppure un obbligo in tal senso a carico degli stati membri.

La lettera della citata disposizione chiaramente attribuisce una mera facoltà agli Stati membri di estendere il regime contributivo a favore di soggetti che non abbiano nell'attività agricola la loro unica fonte di sostentamento.

Nella fattispecie in esame, l'interessato ricava parte del proprio reddito dalla summenzionata pensione, pertanto la sua posizione appare equiparabile semmai alla seconda categoria di soggetti ammessi al beneficio, peraltro, a condizione che lo Stato membro riconosca estensibile a questi l'erogazione stessa.

La disciplina comunitaria prevede comunque un coordinamento con la normativa nazionale.

Le disposizioni sulla indennità compensativa sono state recepite dalla Regione Sicilia nel POP 2 (GURS del 13/1/1996) e disciplinate con Circolare Ass. del 18/5/1993 n. 125/DR, sostituita dalla Circ. Ass. del 28/5/1993, ulteriormente sostituita dalla Circolare Assessorale del 16/2/1998 n. 250 (Reg. CE n. 950/97 artt. 17, 18 e 19 – Indennità compensativa – pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale Regione Sicilia dell'11/4/1998, n. 18).

Ai sensi della normativa regionale, i beneficiari sono individuati negli imprenditori che coltivino almeno 2 ettari di superficie agricola utile (s.a.u.) impegnandosi a proseguire l'attività agricola per almeno un quinquennio a decorrere dalla presentazione dell'istanza. Sono esclusi coloro che percepiscono una pensione di vecchiaia o una pensione di vecchiaia anticipata.

In merito a detta questione, la stessa Commissione delle Comunità Europee, in risposta ad una richiesta di interpretazione inviata da una ditta siciliana, ha precisato che le autorità regionali hanno la facoltà, non già l'obbligo, di concedere l'indennità compensativa agli imprenditori agricoli titolari di pensione di vecchiaia o di vecchiaia anticipata.

I servizi della Commissione hanno, inoltre, chiarito che in tali casi le spese relative all'indennità compensativa non possono essere oggetto di cofinanziamento comunitario, rimanendo a totale carico del bilancio regionale.

In un'altra occasione, sollecitati da un quesito posto dal Ministero per le Politiche agricole, con nota prot. n. 1586 del 17 marzo 1999, i Servizi della Commissione hanno ribadito che l'aiuto concesso agli imprenditori percettori di pensione non dà luogo ad alcun cofinanziamento da parte della Comunità e che l'Amministrazione regionale potrebbe in tali casi interrompere l'erogazione del beneficio.

La normativa regionale non può ritenersi configgente con il dettato comunitario, stante che per gli imprenditori agricoli che ricavano almeno il 50% del loro reddito totale dalle attività agricole, come appunto l'interessato nel caso di specie (il quale ha nella pensione un'ulteriore e sicura fonte di sostentamento), l'art. 5 del reg. CE n. 950/97 parla di mera facoltà degli Stati di estendere detto beneficio.

La normativa regionale soddisfa comunque la finalità sottesa alla normativa comunitaria, la quale consiste esclusivamente nel garantire agli imprenditori agricoli che lavorano in aree svantaggiate delle fonti di sussidio in grado di sostenerli economicamente, circostanza questo non esclusa nella fattispecie *de quo*.

Ricorrendo le predette caratteristiche ritiene il Governo italiano che non possa concedersi indennità compensativa agli imprenditori agricoli qualora questi percepiscano già una pensione. Ciò in quanto il beneficio sarebbe ancorato al mero sostegno al reddito e non alla gestione in fatto dell'impresa.

Conseguentemente si suggerisce di rispondere al quesito formulato dal giudice *a quo* nel senso che *“l'indennità compensativa sia esclusa nei confronti di un imprenditore quando questi percepisca anche una pensione ed, in particolare, una pensione di anzianità”*.

Roma, 24 maggio 2007

Avv. Giacomo Aiello».

**Causa C-95/07 - Materia trattata: fiscalità – Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Commissione tributaria provinciale (Italia) il 20 febbraio 2007** – Ecotrade spa/Agenzia Entrate Ufficio Genova 3. (Avvocato dello Stato Gianni De Bellis - AL 17749/07).

#### LE QUESTIONI PREGIUDIZIALI

1) *Se la corretta interpretazione dell'art. 17, dell'art. 21 par. 1 e dell'art. 22 della Sesta Direttiva del Consiglio 17 maggio 1977 n. 77/388/CE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra d'affari, osti ad una normativa nazionale (in specie l'art. 19 D.P.R. 26/10/72 n. 633) che subordini l'esercizio del diritto a detrarre l'imposta sul valore aggiunto, dovuta da un soggetto passivo nell'esercizio della sua attività di impresa, al rispetto di un termine (biennale), sanzionandone l'omessa osservanza con la perenzione del diritto stesso; in modo particolare in riferimento ai casi in cui l'assoggettabilità ad IVA dell'acquisto del bene o del servizio avvenga in applicazione di un meccanismo del reverse charge, che consenta all'Amministrazione di esigere il pagamento del tributo usufruendo di un termine (quadriennale, di cui all'art. 57 D.P.R. 633/72) superiore a quello previsto a favore dell'imprenditore per la sua detrazione, che ne è invece decaduto per il suo trascorrere.*

2) *Se la corretta interpretazione dell'art. 18, par. 1, lett. d) della Sesta Direttiva del Consiglio 17 maggio 1977 n. 77/388 CE osti ad una normativa nazionale che nel regolamentare le “formalità” indicate da tale articolo*

*attraverso il meccanismo del reverse charge, disciplinato dal combinato disposto dell'art. 17 terzo comma con gli artt. 23 e 25 D.P.R. 633/72, possa inserire (a danno del solo contribuente) il rispetto di un limite temporale – come previsto dall'art. 19 D.P.R. 633/72 – per l'esercizio del diritto alla detrazione sancito dall'art. 17 stessa Direttiva.*

#### IL FATTO

I quesiti sono stati formulati nell'ambito di una causa che vede contrapposti la società ECOTRADE s.p.a. (di seguito “*ECOTRADE*”) e l'Amministrazione finanziaria (Agenzia delle Entrate di Genova 3: di seguito “*l'Ufficio*”).

L'Ufficio aveva notificato il 16 dicembre 2004 alla ECOTRADE un avviso di rettifica della dichiarazione presentata nel 2002 in relazione all'anno di imposta 2001.

In tale avviso si contestava l'omessa emissione e registrazione del documento previsto dall'art. 17 comma 3 del D.P.R. n. 633/1972 in relazione a prestazioni di servizi (noleggio di navi per trasporti dall'Italia ad altri Stati comunitari) che avrebbero dovuto considerarsi compiute nel territorio nazionale.

In base al citato articolo 17 comma 3 la ECOTRADE avrebbe dovuto emettere una “*autofattura*”, registrarla a debito e a credito, così indicando la relativa imposta dovuta e portando in detrazione il medesimo importo.

Nell'avviso di rettifica l'Ufficio ha quindi contestato l'omessa fatturazione delle operazioni richiedendo il pagamento della relativa imposta.

Nel suo ricorso la ECOTRADE riconosce di avere erroneamente ritenuto di non essere tenuta agli adempimenti sopra esposti.

Lamenta però il fatto che trattandosi di operazione “*neutra*”, in quanto l'IVA a credito corrispondeva esattamente a quella che si poteva portare in detrazione, non appariva giustificata la pretesa all'Ufficio di ottenere il pagamento dell'IVA senza riconoscerne nel contempo la detraibilità.

Aderendo alla prospettazione di ECOTRADE la Commissione Tributaria Provinciale di Genova con ordinanza n. 208/16/06 individuava la causa del mancato riconoscimento della detrazione nel fatto che i termini per l'esercizio di tale diritto fossero inferiori (e ormai trascorsi al momento della rettifica), rispetto a quelli concessi al fisco per accertare le irregolarità ed evasioni d'imposta.

#### LA POSIZIONE DEL GOVERNO ITALIANO

«Il Governo italiano ritiene che ad entrambi i quesiti la Corte debba dare una risposta negativa.

Con il primo quesito il Giudice a quo chiede in sostanza se sia conforme alla direttiva 77/388/CEE una normativa nazionale che, in via generale, ponga un limite temporale biennale per l'esercizio del diritto alla detrazione, pena la perdita del diritto medesimo.

A tale riguardo si evidenzia che l'articolo 17 par. 1 della sesta direttiva, come sostituito dall'articolo 28 *septies* (e ora divenuto articolo 168 della

direttiva 112/2006/CE), stabilisce che *“Il diritto a deduzione nasce quando l'imposta deducibile diventa esigibile”*.

A sua volta l'articolo 18 (recante *“modalità di esercizio del diritto a deduzione”*) al par. 2 dispone:

*il soggetto passivo opera la deduzione sottraendo dall'importo totale dell'imposta sul valore aggiunto dovuta per un dato periodo fiscale l'ammontare dell'imposta per la quale, nello stesso periodo, è sorto e può essere esercitato in virtù delle disposizioni del paragrafo 1 il diritto a deduzione.*

La direttiva non pone quindi un termine finale entro il quale il diritto a detrazione deve essere esercitato. Dal citato articolo 18 par. 2 emerge però l'esigenza che l'esercizio di tale diritto sia il più possibile immediato (ed infatti la norma fa riferimento allo *“stesso periodo”*).

Ed infatti la Corte ha affermato che *“il diritto alla deduzione previsto dagli artt. 17 e seguenti della sesta direttiva, che costituisce parte integrante del meccanismo dell'IVA e, in linea di principio, non può essere soggetto a limitazioni, si esercita immediatamente per tutte le imposte che hanno gravato sulle operazioni effettuate a monte (v., in particolare, sentenze 11 luglio 1991, causa C-97/90, Lennartz, Racc. pag. I-3795, punto 27, e 8 gennaio 2002, causa C-409/99, Metropol e Stadler, Racc. pag. I-81, punto 42)”* (sentenza 29 aprile 2004 in causa C-152/02 Terra, punto 35).

Nel caso in esame però, il Giudice a quo si pone il problema non del momento iniziale da cui può essere esercitato il diritto, bensì del termine finale entro il quale ciò può avvenire e se sia giustificata la previsione di un termine inferiore a quello concesso all'ufficio per le rettifiche.

La norma nazionale che prevede un termine per esercitare la detrazione è contenuta nell'articolo 19 comma 1 del DPR n. 633/72 il quale dispone:

*per la determinazione dell'imposta dovuta a norma del primo comma dell'articolo 17 o dell'eccedenza di cui al secondo comma dell'articolo 30, è detraibile dall'ammontare dell'imposta relativa alle operazioni effettuate, quello dell'imposta assolta o dovuta dal soggetto passivo o a lui addebitata a titolo di rivalsa in relazione ai beni ed ai servizi importati o acquistati nell'esercizio dell'impresa, arte o professione. Il diritto alla detrazione dell'imposta relativa ai beni e servizi acquistati o importati sorge nel momento in cui l'imposta diviene esigibile e può essere esercitato, al più tardi, con la dichiarazione relativa al secondo anno successivo a quello in cui il diritto alla detrazione è sorto ed alle condizioni esistenti al momento della nascita del diritto medesimo.*

Il termine per le rettifiche è invece contenuto nell'articolo 57 (recante *“termine per gli accertamenti”*) comma 1 del D.P.R. n. 633/72 il quale dispone:

*gli avvisi relativi alle rettifiche e agli accertamenti previsti nell'art. 54 e nel secondo comma dell'art. 55 devono essere notificati, a pena di decadenza, entro il 31 dicembre del quarto anno successivo a quello in cui è stata presentata la dichiarazione.*

Nella fattispecie la rettifica era stata operata a norma dell'articolo 54 comma 5, riportato in allegato 1 all'ordinanza di rimessione.

Ebbene si deve in primo luogo rilevare che i due termini non sono tra loro paragonabili.

Il primo termine è infatti concesso al soggetto passivo per esercitare un diritto (alla detrazione) che gli deriva dall'aver assolto una imposta "a monte" della sua attività economica.

Il secondo termine è invece concesso al fisco per accertare la regolarità delle dichiarazioni sotto il profilo sostanziale e cioè per colpire l'evasione fiscale (1).

Appare allora evidente come non si possa operare alcun parallelo tra le due ipotesi.

Nel primo caso il termine biennale (anzi, il termine è maggiore in quanto l'articolo 19 prevede che il diritto a detrazione "può essere esercitato, al più tardi, con la dichiarazione relativa al secondo anno successivo a quello in cui il diritto alla detrazione è sorto" quindi, in sostanza, entro un termine di circa tre anni), consente al soggetto passivo di scegliere il momento a lui più congeniale per operare la detrazione.

Si tratta di una scelta totalmente discrezionale che non comporta alcuna difficoltà.

Viceversa l'attività di accertamento e rettifica richiede spesso un lungo lavoro dell'Ufficio di verifica e d'indagine, diretto ad assicurare il corretto adempimento degli obblighi tributari.

Esclusa pertanto la necessità che i due termini debbano essere identici (non essendo identiche le attività da porre in essere) resta solo da valutare la congruità o meno del primo termine.

Se è vero infatti che le modalità di esercizio del diritto a detrazione sono di competenza degli Stati nazionali, è innegabile però che nell'esercizio della loro discrezionalità essi debbano rispettare il principio di effettività, nel

---

(1) Per accertare la regolarità delle dichiarazioni sotto il profilo formale l'articolo 54 bis ("Liquidazione dell'imposta dovuta in base alle dichiarazioni") dello stesso D.P.R. n. 633/72 prevede ai commi 1 e 2 un ben più breve termine:

1. Avvalendosi di procedure automatizzate l'amministrazione finanziaria procede, entro l'inizio del periodo di presentazione delle dichiarazioni relative all'anno successivo, alla liquidazione dell'imposta dovuta in base alle dichiarazioni presentate dai contribuenti.

2. Sulla base dei dati e degli elementi direttamente desumibili dalle dichiarazioni presentate e di quelli in possesso dell'anagrafe tributaria, l'amministrazione finanziaria provvede a:

a) correggere gli errori materiali e di calcolo commessi dai contribuenti nella determinazione del volume d'affari e delle imposte;

b) correggere gli errori materiali commessi dai contribuenti nel riporto delle eccedenze di imposta risultanti dalle precedenti dichiarazioni;

c) controllare la rispondenza con la dichiarazione e la tempestività dei versamenti dell'imposta risultante dalla dichiarazione annuale a titolo di acconto e di conguaglio nonché dalle liquidazioni periodiche di cui agli articoli 27, 33, comma 1, lettera a), e 74, quarto comma.

senso di non rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto.

Ed a tale riguardo il termine previsto appare più che adeguato.

La situazione non è diversa allorché l'esercizio del diritto a detrazione avvenga *“in applicazione di un meccanismo del reverse charge”*, come è avvenuto nella fattispecie.

A ben vedere nel caso in esame la perdita del diritto a detrazione è avvenuta in primo luogo per un errore imputabile a ECOTRADE (l'aver ritenuto non imponibile in Italia l'operazione); in secondo luogo per mancanza degli adempimenti necessari (emissione di autofattura, doppia registrazione).

Ma il meccanismo dell'IVA è tale per cui l'adempimento delle formalità contabili è indispensabile per poter usufruire del diritto a detrazione.

Come ha precisato la Corte *“Quanto agli artt. 18, n. 1, lett. a), e 22, n. 3, lett. a) e c), della sesta direttiva, si deve rilevare che risulta dal tenore di tali norme come, per poter procedere alla deduzione prevista dall'art. 17, n. 2, lett. a), della detta direttiva, il soggetto passivo deve in via di principio essere in possesso di una fattura o di un documento equivalente, che gli sia stato rilasciato da un altro soggetto passivo”* (sentenza 8 novembre 2001 in causa C-338/98 Commissione c/ Paesi Bassi, punto 74).

Più in particolare in un caso come quello di specie, l'articolo 18 par. 1 della sesta direttiva prevede che:

*per poter esercitare il diritto a deduzione, il soggetto passivo deve:*

*d) quando è tenuto al pagamento dell'imposta quale acquirente o destinatario, in caso d'applicazione dell'articolo 21, paragrafo 1, o articolo 21, paragrafo 2, lettera c), assolvere le formalità fissate da ogni Stato membro.*

In applicazione di tale disposizione l'articolo 25 comma 1 del D.P.R. n. 633/72 dispone che:

*il contribuente deve numerare in ordine progressivo le fatture e le bollette doganali relative ai beni e ai servizi acquistati o importati nell'esercizio dell'impresa, arte o professione, comprese quelle emesse a norma del terzo comma dell'articolo 17 e deve annotarle in apposito registro anteriormente alla liquidazione periodica, ovvero alla dichiarazione annuale, nella quale è esercitato il diritto alla detrazione della relativa imposta.*

In sostanza la norma prevede che il committente (nei casi di *reverse charge*), debba annotare nell'apposito registro l'*“autofattura”* emessa ai sensi dell'articolo 17 comma 3, prima di esercitare il diritto alla detrazione nel termine previsto in via generale dall'articolo 19 comma 1 dello stesso D.P.R. n. 633/72.

Ne consegue che il vero ostacolo, nella fattispecie, al riconoscimento del diritto a detrazione non è da rinvenirsi nel termine previsto dall'articolo 19 comma 1 del D.P.R. n. 633/72, bensì nel mancato adempimento (nel termine generale previsto dal medesimo articolo), delle formalità previste dal citato articolo 25 comma 1; adempimento che non era più effettuabile.

Siffatta conseguenza è però solo il frutto del principio di cartolarità a cui è soggetta l'IVA.

Per quel che riguarda il secondo quesito, si ritiene che la risposta negativa al primo imponga la medesima soluzione.

In conclusione il Governo italiano suggerisce alla Corte rispondere ai quesiti sottoposti nel seguente modo:

1) *la corretta interpretazione dell'articolo 17, dell'articolo 21 par. 1 e dell'articolo 22 della Direttiva n. 77/388/CEE, non osta ad una normativa nazionale (come l'articolo 19 del D.P.R. n. 633/72) che subordini l'esercizio del diritto a detrarre l'imposta sul valore aggiunto, dovuta da un soggetto passivo nell'esercizio della sua attività di impresa, al rispetto di un termine (biennale), sanzionandone l'omessa osservanza con la perdita del diritto stesso; ciò anche nei casi in cui l'assoggettabilità ad IVA dell'acquisto del bene o del servizio avvenga in applicazione di un meccanismo del reverse charge, che consenta all'Amministrazione di esigere il pagamento del tributo usufruendo di un termine (quadriennale, di cui all'articolo 57 D.P.R. 633/72) superiore a quello previsto a favore dell'imprenditore per la sua detrazione, che ne è invece decaduto per il suo trascorrere senza il tempestivo rispetto degli adempimenti formali previsti dall'articolo 25 comma 1 del D.P.R. n. 633/72;*

2) *la corretta interpretazione dell'articolo 18, par. 1, lett. d) della Direttiva n. 77/388/CEE, non osta ad una normativa nazionale che nel regolamentare le "formalità" indicate da tale articolo attraverso il meccanismo del reverse charge, disciplinato dal combinato disposto dell'art. 17 terzo comma con gli articoli 23 e 25 D.P.R. 633/72, possa inserire (a danno del solo contribuente) il rispetto di un limite temporale – come previsto dall'articolo 19 del D.P.R. 633/72 – per l'esercizio del diritto alla detrazione sancito dall'articolo 17 stessa Direttiva.*

Roma, 3 luglio 2007

Avv. Gianni De Bellis».

**Causa C-102/07 - Materia trattata: ravvicinamento delle legislazioni - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dallo Hoge Raad der Nederlanden il 21 febbraio 2007 – Adidas AG e Adidas Benelux BV/Marca Mode, C&A Nederland, H&M Hennes & Mauritz Netherlands BV e Vendex KBB Nederland BV. (Avvocato dello Stato S. Fiorentino - AL 19773/07).**

LA QUESTIONE PREGIUDIZIALE

1) *Se ai fini della determinazione dell'ambito di tutela di un marchio consistente in un segno intrinsecamente privo di potere distintivo o in un'indicazione rispondente alla descrizione di cui all'art. 3, n. 1, lett. c), della direttiva, ma che attraverso l'uso ha acquisito carattere distintivo ed è stato oggetto di registrazione, occorre tener conto dell'interesse generale a non restringere indebitamente la disponibilità di determinati segni per gli altri operatori che offrono prodotti o servizi analoghi (il "Freihaltebedürfnis").*

2) *In caso di soluzione affermativa della questione n. 1, se vi sia differenza qualora i segni in esame, da tenere disponibili, vengano considerati dal pubblico rilevanti come segni distintivi di prodotti, oppure come semplice decorazione.*

3) *In caso di soluzione affermativa della questione n. 1, se vi sia differenza qualora il segno contestato dal titolare del marchio sia privo di carattere distintivo ai sensi dell'art. 3, n. 1, lett. b), della direttiva, oppure costituisca un'indicazione ai sensi dell'art. 3, n. 1, lett. c), della direttiva.*

#### IL FATTO

La questione è sorta nell'ambito di una controversia che vede contrapposte due imprese operanti nel settore dell'abbigliamento sportivo ad altre società olandesi, operanti nel medesimo settore tessile.

La lite verte sulla tutela dei diritti di marchio dei quali è titolare la società Adidas AG ed è licenziataria esclusiva per il Benelux la società Adidas BV. I segni distintivi in questione sono costituiti da marchi figurativi, consistenti in un motivo a tre strisce verticali parallele di uguale lunghezza, che corrono lungo tutto il fianco delle spalle, maniche e gambe dei pantaloni e/o lungo le cuciture laterali di un capo di abbigliamento, eseguite in un colore contrastante con il colore di base del capo stesso. Questi marchi figurativi (in prosieguo denominati anche il "motivo a tre strisce" o il "maschio a tre strisce") sono registrati per abbigliamento sportivo e *casual* e lo erano già in data anteriore ai fatti che si imputano alle convenute.

Le ricorrenti in cassazione (d'ora in poi "Adidas e a.") hanno convenuto in giudizio con separate azioni (in un caso in via d'urgenza, negli altri in via di cognizione ordinaria) le resistenti in cassazione, contestando l'uso da parte di queste di un segno consistente in due strisce verticali parallele, di colore contrastante (d'ora innanzi "il motivo a due strisce"), che veniva apposto su tutta la lunghezza di capi di abbigliamento sportivo o *casual* (1).

Le convenute hanno a propria volta chiesto – chi in via riconvenzionale, chi con separate azioni – che venisse dichiarato, in confronto di Adidas e a. il loro diritto ad utilizzare il motivo a due strisce.

Dopo alterne vicende processuali sia la domanda di Adidas e a., sia le domande delle convenute sono state rigettate, previa riunione dei giudizi, dal Gerechtshof (Corte d'Appello) di 's-Hertogenbosch. Il Giudice di appello ha, infatti, accertato che il comportamento contestato alle convenute non costituiva una violazione dei diritti di marchio invocati da Adidas e che le domande di accertamento proposte dalle altre imprese erano, a quanto è dato capire, inammissibili in quanto generiche ed in quanto il riconoscimento che veniva chiesto si fondava su circostanze di fatto incapaci di costituire oggetto di accertamento giudiziale una volta per tutte, perché suscettibili di diver-

---

(1) La traduzione dell'ordinanza di rinvio di cui dispone non consente, a dire il vero, di identificare con precisione la contestazione mossa nei confronti resistente n. 4 ("Vendex"): può solo desumersi dal contesto che questa coincida con quella riguardante le altre parti convenute.

so apprezzamento al mutare di contesto di luogo e di tempo nel quale quelle circostanze si inseriscono.

Avverso la decisione d'appello è stato proposto ricorso per cassazione. Nel contesto di tale grado di giudizio sono state sollevate le questioni pregiudiziali qui in esame.

#### LA POSIZIONE DEL GOVERNO ITALIANO

«*La normativa comunitaria rilevante.*

L'articolo 3 della Direttiva del Consiglio 21 dicembre 1988, n. 104, 89/104/CEE, rubricato "*Impedimenti alla registrazione o motivi di nullità*", stabilisce che:

*"1. Sono esclusi dalla registrazione, o, se registrati, possono essere dichiarati nulli:*

*a) i segni che non possono costituire un marchio di impresa;*  
*b) i marchi di impresa privi di carattere distintivo;*  
*c) i marchi di impresa composti esclusivamente da segni o indicazioni che in commercio possono servire a designare la specie, la qualità, la quantità, la destinazione, il valore, la provenienza geografica ovvero l'epoca di fabbricazione del prodotto o della prestazione del servizio, o altre caratteristiche del prodotto o del servizio;*

*d) di marchi di impresa composti esclusivamente da segni o indicazioni che siano divenuti di uso comune nel linguaggio corrente o negli usi leali e costanti nel commercio;*

*e) i segni costituiti esclusivamente:*

- dalla forma imposta dalla natura stessa del prodotto;*
- dalla forma del prodotto necessaria per ottenere un risultato tecnico;*
- dalla forma che dà un valore sostanziale al prodotto;*

*f – g – h) ... Omissis..*

*2. ... Omissis ...*

*3. Un marchio di impresa non è escluso dalla registrazione o, se registrato, non può essere dichiarato nullo ai sensi del paragrafo 1, lettere b), c) o d), se prima della domanda di registrazione o a seguito dell'uso che ne è stato fatto esso ha acquisito un carattere distintivo.*

*4.. ... Omissis ...".*

L'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva ("*Diritti conferiti dal marchio d'impresa*"), stabilisce:

*"1. Il marchio registrato di impresa conferisce al titolare un diritto esclusivo. Il titolare ha diritto di vietare ai terzi, salvo proprio consenso, si usare nel commercio:*

*a) un segno identico al marchio di impresa per prodotti identici a quelli per cui esso è stato registrato;*

*b) un segno che, a motivo dell'identità o della somiglianza di detto segno col marchio di impresa e dell'identità o somiglianza dei prodotti o servizi contraddistinti dal marchio di impresa e dal segno, possa dare adito a un rischio di confusione per il pubblico, comportante anche un rischio di associazione tra il segno e il marchio d'impresa".*

L'articolo 6 della direttiva, intitolato "*Limitazione degli effetti del marchio d'impresa*", al paragrafo 1 prevede:

"1. Il diritto conferito dal marchio di impresa non permette al titolare dello stesso di vietare ai terzi l'uso nel commercio:

a) ... *Omissis*..;

b) di indicazioni relative alla specie, alla qualità, alla quantità, alla destinazione, al valore, alla provenienza geografica, all'epoca di fabbricazione del prodotto o di prestazione del servizio o ad altre caratteristiche del prodotto o del servizio;

c)... *Omissis*..,

purché l'uso sia conforme agli usi consueti di lealtà in campo industriale e commerciale"

\*\*\*\*\*

Si ritiene opportuno argomentare contestualmente in merito ai tre quesiti.

Nel primo quesito la giurisdizione di rinvio chiede se sia giustificata un'interpretazione della direttiva secondo la quale l'ambito e l'intensità della tutela quale marchio di un segno privo di intrinseca capacità distintiva, ma che tale capacità abbia successivamente acquistato con l'uso (così da potere essere registrato come marchio), sia influenzato dall'interesse pubblico a mantenere il segno disponibile per l'uso da parte di altri operatori che offrono prodotti o servizi analoghi (il c.d. "*Freihaltebedürfnis*" o "*imperativo di disponibilità*").

La sostanza della questione posta dalla Corte Suprema dei Paesi Bassi consiste, in altre parole, nel chiedersi se l'interesse pubblico nel mantenere disponibile un determinato segno costituisca un elemento da prendere in considerazione per valutare l'estensione della protezione in una procedura di contraffazione.

L'Hoge Raad ha rilevato che nella giurisprudenza della Corte di giustizia si rinviene l'enunciazione di un principio contrario alla detta ipotesi interpretativa, essendosi, ad esempio nella sentenza *Chiemsee*, affermato che non è autorizzata una differenziazione del carattere distintivo del marchio a seconda dell'esistenza di un simile interesse (sentenza 4 maggio 1999, causa C-108/97, *Chiemsee*, punto 48).

Ad avviso del Giudice del rinvio, tuttavia, affermazioni in parte diverse si ritroverebbero nella sentenza *Libertel*, nella quale la Corte ha chiarito che, ai fini della valutazione del carattere distintivo che un segno o indicazione generica (come un colore) può presentare quale marchio, occorre prendere in considerazione l'interesse generale a mantenere taluni segni liberamente utilizzabili (sentenza 6 maggio 2003, causa C-104/01, *Libertel*, punto 60).

Sembra, però, al Governo italiano che non vi sia contraddizione tra gli enunciati contenuti nella sentenza *Chiemsee* e nella sentenza *Libertel*, perché la considerazione dell'interesse generale è, nel secondo caso, affermata in funzione del rinvenimento di un eventuale impedimento alla registrazione o di una possibile causa di nullità del marchio, mentre nel primo caso è negata in funzione di una eventuale delimitazione dell'ambito di tutela di un segno del quale non è contestata la registrazione quale marchio.

La Corte ha, invero, ripetutamente affermato che esiste un interesse generale che sconsiglia la monopolizzazione di taluni segni da parte di una sola impresa, in forza della loro registrazione come marchi (v., ad esempio, sentenza 24 giugno 2004, causa C-49/02, *Heidelberger Bauchemie*, punto 41).

Questo interesse, tuttavia, è stato preso in considerazione dal legislatore comunitario allorché ha individuato i possibili impedimenti alla registrazione, contenuti nell'articolo 3 della direttiva.

In alcuni casi, in particolare nei casi previsti dall'articolo 3, paragrafo 1, lettera e), l'impedimento previsto è permanente (o "assoluto") e non può essere superato con l'argomento che, di fatto, il segno abbia acquisito carattere distintivo nella considerazione del pubblico dei consumatori (v. sentenza 18 giugno 2002, causa C-299/99, *Philips Remington*, punti 57 e 75; sentenza 12 febbraio 2004, causa C-218/01, *Henkel*, punto 36; sentenza 8 aprile 2003, cause riunite C-53/01, C-54/01 e C-55/01, *Linde*, punti 44 e 65). Ciò vuol dire che, in relazione a taluni segni (quelli costituiti dalla forma imposta dalla natura stessa del prodotto, dalla forma necessaria per ottenere un risultato e dalla forma che dà un valore sostanziale al prodotto), si ritiene sempre prevalente – rispetto all'interesse particolare dell'operatore che ambisce alla tutela del segno come marchio e all'interesse dei consumatori ad identificare l'origine del prodotto o del servizio – l'interesse pubblico a che gli operatori economici possano liberamente utilizzare quel segno e a che i consumatori non siano privati dei benefici della concorrenza rispetto all'uso di quel segno.

In altri casi, ed in particolare nei casi previsti dall'articolo 3, par. 1, lettere b), c) o d), gli impedimenti alla registrazione sono relativi e, ancorché la *ratio* di alcuni di essi sia da rinvenire nel *Freihaltebedürfnis*, essi possono superati a seguito dell'acquisto del carattere distintivo da parte di quel segno.

Una volta che ciò sia, quando cioè il marchio (come tale già definito dalle lettere *b*, *c* e *d* dell'art. art 3, par. 1, che alla lettera *e* utilizza, invece, il diverso termine "segno") abbia acquistato carattere distintivo a seguito di un processo di commercializzazione e pubblicizzazione, tanto da rendersi rinomato e quindi riconoscibile per il pubblico, sembra al Governo italiano che l'articolo 3, par. 3, della direttiva non autorizzi un'interpretazione secondo la quale il marchio medesimo, in considerazione del regime di riserva che rischia di creare rispetto ad un segno o ad un'indicazione generica, debba ricevere una tutela depotenziata rispetto ai marchi che abbiano un originario carattere distintivo.

In altre parole, l'imperativo di disponibilità, che è preso in considerazione ai fini della validità del marchio, non deve essere nuovamente preso in considerazione per circoscrivere l'oggetto della tutela del segno distintivo che abbia superato il giudizio di validità, perché il superamento di questo giudizio implica che, nel caso concreto, è prevalente l'interesse del titolare del marchio a contraddistinguere i propri prodotti o servizi.

Ritiene, quindi, il Governo italiano che il quesito posto dalla giurisdizione di rinvio occorre in linea massima, e ragionando in termini astratti, dare risposta negativa.

Nondimeno, la circostanza che il marchio sia costituito da un segno o da un'indicazione intrinsecamente privi di carattere distintivo può, in concreto, influenzare il giudizio di fatto circa la sussistenza della contraffazione.

Come affermato nel decimo 'considerando' della direttiva e nella giurisprudenza di codesta Ecc.ma Corte, questo giudizio è orientato essenzialmente dall'induzione di un concreto rischio di confusione nel pubblico dei consumatori, mentre non è sufficiente un mero rischio di associazione (2).

Nella giurisprudenza della Corte si trova affermato che il rischio di confusione deve essere oggetto di valutazione globale, che prenda in considerazione di tutti i fattori esistenti nel caso di specie e che il rischio di confusione è tanto più elevato quanto più rilevante è il carattere distintivo del marchio anteriore (3), ma che, nondimeno, esso deve essere autonomamente provato e non può essere presunto sulla base dell'esistenza di un rischio di associazione in senso stretto (4), vale a dire della mera circostanza che il pubblico effettui un ravvicinamento tra il segno alternativo e il marchio, perché la percezione del segno evoca il marchio, senza tuttavia indurre confusione.

Ciò posto, sembra possa affermarsi che, tra i vari elementi che devono essere esaminati nella valutazione di fatto circa l'esistenza di un rischio di confusione, si debba considerare che un segno come un motivo geometrico elementare o un colore, in ragione del fatto che esso non ha una capacità intrinsecamente distintiva, è normalmente percepito dal pubblico dei consumatori come elemento esclusivamente decorativo o ornamentale.

In altre parole, i consumatori non percepiscono di regola un segno di questo tipo come indicazione dell'origine del prodotto, ma come mera decorazione, il che finirà per escludere, in molti casi, l'esistenza in concreto di un rischio di confusione. È stato, del resto, affermato che allorché il pubblico interessato percepisca il segno esclusivamente come decorazione, esso non stabilisce alcun nesso con un marchio d'impresa registrato (v. sentenza 23 ottobre 2003, causa C-408/01 *Adidas – Salomon*, punto 40).

La tutela del marchio costituito da un segno privo di intrinseca capacità distintiva, pertanto, sebbene in linea di principio debba coincidere con quella accordata al marchio di fantasia, in concreto rischierà – ma è un rischio da presumersi liberamente accettato dall'imprenditore che rinuncia a registrare un marchio di fantasia – di doversi arrestare dinnanzi alla percezione di un segno simile, da parte del pubblico dei consumatori, esclusivamente quale motivo ornamentale o decorativo.

---

(2) Ciò, ancorché di tratti di marchio notorio: v. sentenza 22 giugno 2000, causa C-425/98, *Marca Mode/Adidas AG*, punto 41: “.. la notorietà di un marchio non permette di presumere l'esistenza di un rischio di confusione pr il solo fatto dell'esistenza di un rischio di associazione in senso stretto”.

(3) v. sentenza 11 novembre 1997, causa C-251/95, *Sabel*, punti 22 e 24; sentenza *Marca Mode*, citata alla precedente nota, punto 40.

(4) v. sentenza *Marca Mode*, citata alla nota 2, punto 39.

La giurisdizione di rinvio si interroga poi, nel terzo quesito, se vi sia differenza qualora il segno contestato dal titolare del marchio sia privo di carattere distintivo ai sensi dell'art. 3, n. 1, lett. b, della direttiva, oppure costituisca un'indicazione ai sensi dell'art. 3, n. 1, lett. c, della direttiva.

Sembra al Governo italiano – ammesso di avere ben compreso la portata del quesito (il contenuto di esso non sembra, peraltro, diverso anche in altre versioni linguistiche) – che la circostanza che i *segni* utilizzati dalle parti resistenti in cassazione rientrino astrattamente tra quelli contemplati nelle due disposizioni richiamate nel quesito, o nell'una nell'altra di esse, non sposti i termini della questione.

La giurisdizione del rinvio ipotizza, tuttavia, che il segno possa costituire una “*indicazione*” ai sensi dell'art. 3, n. 1, lett. c, della direttiva. In tal caso, le resistenti potrebbe invocare la specifica limitazione rispetto agli effetti del marchio contenuta nell'articolo 6, n. 1, lettera b), della direttiva, che riproduce pressoché testualmente il contenuto dell'articolo 3, n. 1, lettera c) della direttiva, sebbene circoscrivendo l'ambito della limitazione alle “*indicazioni*” ed omettendo il riferimento ai “*segni*”.

In tal caso, se cioè il segno contestato fosse una indicazione del tipo previsto dall'art. 6, n. 1, lettera b), della direttiva, troverebbe *de plano* applicazione la limitazione alla tutela del marchio prevista da tale norma, sempre che, nell'ambito del giudizio di fatto riservato alla giurisdizione nazionale, consti che l'uso dell'indicazione da parte delle resistenti in cassazione sia conforme agli usi consueti di lealtà in campo industriale e commerciale.

Tuttavia, proprio la diversità esistente tra il contenuto dell'art. 3, n. 1, lettera c) e l'art. 6, n. 1, lettera b) della direttiva, porta a osservare che i termini – “*indicazioni*” e “*segni*” – non sono certo considerati come sinonimi. L'indicazione, dovendo tale termine interpretarsi, per così dire, “per sottrazione” rispetto alla nozione di segno, dovrà necessariamente consistere in una espressione alfabetica (o, tutt'al più, in una rappresentazione geografica, o in un ideogramma) che ha la specifica ed esclusiva funzione di rendere conoscibile una delle caratteristiche del prodotto o del servizio.

### *Conclusioni*

Alla stregua delle considerazioni che precedono, il Governo italiano suggerisce alla Corte di rispondere ai quesiti sottoposti al suo esame affermando che

*Ai fini della determinazione dell'ambito di tutela di un marchio consistente in un segno intrinsecamente privo di potere distintivo o in un'indicazione rispondente alla descrizione di cui all'art. 3, n. 1, lett. c), della direttiva, ma che attraverso l'uso ha acquisito carattere distintivo ed è stato oggetto di registrazione, non deve tenersi conto dell'interesse generale a non restringere indebitamente la disponibilità di determinati segni per gli altri operatori che offrono prodotti o servizi analoghi.*

*Tuttavia, ai fini del giudizio di fatto sull'esistenza della contraffazione, esiste una forte presunzione che un segno simile a quello oggetto di registrazione come marchio, ma intrinsecamente privo di potere distintivo, sia percepito dal pubblico dei consumatori come mero elemento decorativo o ornamentale, così da escludere il rischio di confusione.*

*La circostanza che il segno non sia percepito dal pubblico come mezzo per contraddistinguere l'origine del prodotto o del servizio assume notevole rilievo in questo contesto.*

*Se il segno contestato dal titolare del marchio consiste in una indicazione relativa alla specie, alla qualità, alla quantità, alla destinazione, al valore, alla provenienza geografica, all'epoca di fabbricazione del prodotto o di prestazione del servizio od altre caratteristiche del prodotto o del servizio il titolare del marchio non può, ai sensi dell'art. 6, par. 1, lettera b), vietarne a terzi l'uso nel commercio, sempre che tale uso sia conforme agli usi consueti di lealtà in campo industriale e commerciale. Nell'interpretare tale disposizione, dovrà ritenersi che costituisca "indicazione" un elemento che ha la specifica ed esclusiva funzione di rendere conoscibile una delle caratteristiche del prodotto o del servizio, come un'espressione alfabetica o un ideogramma.*

Roma, 21 giugno 2007

Avv. Sergio Fiorentino».

**Causa C-162/07 - Materia trattata: fiscalità - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Corte suprema di cassazione (Italia) il 26 marzo 2007** – Ampliscientifica Srl, Amplifin SpA/Ministero dell'Economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate. (Avvocato dello Stato G. De Bellis - AL 20804/07).

#### LE QUESTIONI PREGIUDIZIALI

*1) Se l'art. 4, par. 4, ultima parte, della direttiva del Consiglio 17 maggio 1911, n. 77/388/CEE, debba essere interpretato come norma non sufficientemente precisa, che consente agli Stati membri di applicare il regime ivi previsto in ipotesi particolari di vincoli economici, finanziari o giuridici tra diversi soggetti, o come norma sufficientemente precisa, che quindi impone, una volta che lo Stato membro abbia deciso di adottare tale regime, di prevederne l'applicabilità in tutti i casi di vincoli ivi descritti;*

*2) indipendentemente dalla risposta al precedente quesito, se la previsione di limiti temporali, nel senso che il vincolo deve esistere da un rilevante periodo di tempo, quale presupposto per l'applicazione del regime, senza che ai soggetti interessati sia consentito di dare la dimostrazione dell'esistenza di una valida ragione economica della costituzione del vincolo, costituisca un mezzo sproporzionato rispetto ai fini della direttiva e all'osservanza del principio del divieto dell'abuso del diritto; se, comunque, tale regolamentazione sia da ritenersi contraria al principio della neutralità dell'I.V.A.*

#### IL FATTO

La questione pregiudiziale è stata sollevata nell'ambito di una controversia che vede contrapposti il Ministero delle Finanze e due società, la Ampliscientifica s.r.l. e la Amplifin s.p.a.

A quel che risulta dall'ordinanza di rimessione, la Amplifin controllava indirettamente (tramite altra società, la Amplaid s.p.a.) la Ampliscientifica.

Avvalendosi della normativa nazionale contenuta nell'articolo 73 del D.P.R. 26 ottobre 1972 n. 633 (1) (a cui è stata data attuazione con il Decreto Ministeriale 13 dicembre 1979 (2)) che consente di compensare tra società controllate (*"liquidazione IVA di gruppo"*), l'IVA risultante a debito e a credito dalle dichiarazioni annuali, la Amplifin presentava per l'anno 1990 una dichiarazione IVA che comprendeva anche un debito IVA di Ampliscientifica di £ 1.865.000 (pari ad € 963,19).

Analoga situazione si verificava per l'anno successivo in relazione ad altra società controllata direttamente da Amplifin, la Ampliare s.r.l. La Amplifin presentava per il 1991 una dichiarazione IVA, sempre avvalendosi del meccanismo *"liquidazione IVA di gruppo"* includendovi un credito IVA della Ampliare di £ 4.748.889.000 (pari ad € 2.452.596,48).

L'Ufficio IVA di Milano notificava due avvisi di rettifica: uno alla Ampliscientifica per omesso versamento dell'IVA 1990 per £ 1.865.000; l'altro ad Amplifin per omesso versamento dell'IVA 1991 per £. 4.748.889.000.

In entrambi i casi l'Ufficio sosteneva che non sussistevano i presupposti per effettuare la *"liquidazione IVA di gruppo"* (e quindi, in sostanza, per compensare i relativi crediti e debiti di imposta tra le società suddette) in quanto sia in base all'articolo 73 del D.P.R. n. 633/72 che in base all'articolo 2 del D.M. 13 dicembre 1979 era necessario che la controllante avesse il controllo sulle altre società almeno dall'inizio dell'anno solare precedente all'anno d'imposta in cui ci si avvaleva dalla liquidazione di gruppo, e perciò almeno dal 1° gennaio 1989 per la Ampliscientifica e dal 1° gennaio 1990 per l'Ampliare.

Poiché invece le società erano state costituite la prima il 20 febbraio 1989 e la seconda il 6 novembre 1990, secondo l'Ufficio mancava un presupposto per l'applicazione del meccanismo compensativo previsto dalla citata disposizione.

La Commissione Tributaria Regionale di Milano dopo aver riunito le due cause, respingeva i ricorsi delle società ritenendo legittimi gli avvisi di rettifica.

Entrambe le società proponevano ricorso alla Corte di Cassazione la quale essendo giudice di ultima istanza e ritenendo di non ricavare *"sufficienti indicazioni dalla giurisprudenza comunitaria"* per la decisione della vertenza, formulava i quesiti sopra riportati.

---

(1) recante *"Istituzione e disciplina dell'imposta sul valore aggiunto"*, pubblicato nella G.U.R.I. 11.11.1972 n. 292 e più volte modificato.

(2) recante *"Norme in materia di imposta sul valore aggiunto relative ai versamenti e alle dichiarazioni delle società controllate"*, pubblicato nella G.U.R.I. 19.12.1979, n. 344 e più volte modificato.

## LA POSIZIONE DEL GOVERNO ITALIANO

«*La normativa comunitaria.*

L'articolo 4 paragrafo 4 della direttiva 77/388/CEE (ora riportato nell'articolo 11 della direttiva 2006/112/CE) dispone al comma 2:

*con riserva della consultazione di cui all'articolo 29, ogni Stato membro ha la facoltà di considerare come unico soggetto passivo le persone residenti all'interno del Paese che siano giuridicamente indipendenti, ma strettamente vincolate fra loro da rapporti finanziari, economici ed organizzativi.*

*La normativa nazionale*

L'articolo 73 del D.P.R. n. 633/72 prevede al comma 3:

*il Ministro delle finanze può disporre con propri decreti, stabilendo le relative modalità, che le dichiarazioni delle società controllate siano presentate dall'ente o società controllante all'ufficio del proprio domicilio fiscale e che i versamenti di cui agli articoli 27, 30 e 33 siano fatti all'ufficio stesso per l'ammontare complessivamente dovuto dall'ente o società controllante e dalle società controllate, al netto delle eccedenze detraibili. Le dichiarazioni, sottoscritte anche dall'ente o società controllante, devono essere presentate anche agli uffici del domicilio fiscale delle società controllate, fermi restando gli altri obblighi e le responsabilità delle società stesse. Si considera controllata la società le cui azioni o quote sono possedute dall'altra per oltre la metà fin dall'inizio dell'anno solare precedente.*

In attuazione di tale comma 73 è stato emesso il Decreto Ministeriale 13 dicembre 1979 il quale (per la parte che in questa sede interessa), all'articolo 2 dispone:

*agli effetti del presente decreto si considerano controllate soltanto le società per azioni, in accomandita per azione e a responsabilità limitata le cui azioni o quote sono possedute per una percentuale superiore al cinquanta per cento del loro capitale, fin dall'inizio dell'anno solare precedente, dall'ente o società controllante o da un'altra società controllata da questi ai sensi del presente articolo. La percentuale è calcolata senza tenere conto delle azioni prive del diritto di voto.*

*Le società controllanti a loro volta controllate da un'altra società possono avvalersi della facoltà prevista dal presente decreto soltanto se la società che le controlla rinuncia ad avvalersene.*

*Il primo quesito*

In relazione al primo quesito, il giudice remittente afferma i punti 4.2 e 4.3.

*4.2. Si pone il problema se il contenuto della norma della direttiva, ferma restando la facoltà degli Stati membri di introduzione del regime, sia incondizionato e sufficientemente preciso circa i relativi presupposti, ovvero lasci agli Stati membri ampia facoltà di individuare le ipotesi di vincoli nell'ambito della categoria prevista dall'art. 4, par. 4 – che danno luogo alla deroga dal principio generale secondo cui è debitore d'imposta, secondo il D.P.R. n. 633 del 1972, art. 21, lett. a), e art. 22 della stessa direttiva, e art. 17, comma 1, art. 21 e seguenti, il soggetto che effettua la cessione o la pre-*

stazione di servizi. Poichè la norma della direttiva non prevede alcuna formalità o adempimento per evitare un impiego abusivo del regime speciale, si pone il problema se la disciplina di idonee misure antiabuso possa considerarsi rimessa alle autorità nazionali, e se le stesse possano ammettere l'uso del regime soltanto in particolari ipotesi di vincolo, come ha fatto il legislatore italiano, che ha limitato la dichiarazione di gruppo al solo caso di controllo societario. È evidente che al modello descritto nella norma della direttiva può ricondursi una vasta serie di casi, sia di vincoli giuridici, sia di vincoli puramente economici o finanziari. Le ricorrenti, in particolare, sostengono che un'ipotesi di vincolo, a prescindere dal fatto che esista una partecipazione di controllo da un tempo precedente l'anno anteriore a quello della dichiarazione, sarebbe presente *ex definitione* quando, come nel caso di specie, le diverse società appartengono ad un unico gruppo.

4.3. Non pare superfluo evidenziare che, comunque, il conferimento ad un soggetto di obblighi (e diritti) in materia di i.v.a., spettanti ad altro soggetto che col primo abbia speciali vincoli, costituisce un'eccezione alle regole, comunitarie e nazionali, che definiscono i soggetti obbligati al compimento di atti diretti ad assicurare l'adempimento dell'obbligo fiscale. Il Collegio richiama, in proposito, la sentenza della Corte di Giustizia del 4 dicembre 1990 in causa C-186/89, Van Tiern, nella quale è stato affermato che le categorie di debitori d'imposta previste nella Sesta direttiva costituiscono un elenco esaustivo.

Il Governo italiano ritiene che dalla formulazione della direttiva 77/388/CEE risulti in modo chiaro come agli Stati sia concessa un'ampia discrezionalità nella individuazione delle persone "strettamente vincolate fra loro da rapporti finanziari, economici ed organizzativi".

Si tratta quindi, per usare il linguaggio della Corte di Cassazione, di "norma non sufficientemente precisa".

Nessun dubbio pertanto può sussistere circa il fatto che nell'esercizio della loro discrezionalità gli Stati siano liberi di individuare il contenuto del vincolo tra le persone ai fini dell'applicazione della disciplina derogatoria.

Ciò non vuol dire naturalmente un'assoluta libertà degli Stati di modificare le regole essenziali del meccanismo dell'IVA (come ad esempio i criteri di individuazione del soggetto passivo).

Di certo nell'esercizio di tale discrezionalità gli Stati nazionali ben possono attribuire rilievo (come ha fatto l'Italia) anche alla durata del vincolo nel periodo anteriore all'applicazione del particolare meccanismo di liquidazione dell'IVA.

La questione non sembra comunque assumere particolare rilievo nel caso in esame, tenuto conto la limitatissima applicazione che l'Italia ha fatto della facoltà concessa dall'articolo 4 par. 4 della sesta direttiva.

Come ha precisato il Ministero delle Finanze nella Circolare 18 febbraio 1986, n. 16, la normativa nazionale "prende le mosse dall'art. 4, punto 4), secondo comma della sesta direttiva comunitaria, senza tuttavia accogliere il principio fondamentale in esso contenuto, consistente nel riconoscimento giuridico e fiscale della unitarietà del soggetto passivo in presenza di sog-

*getti giuridicamente indipendenti, ma vincolati fra loro da rapporti economici ed organizzativi. Il principio contenuto nella citata norma comunitaria è stato recepito, invero, in termini molto ristretti e con contenuto di carattere procedurale, cioè mantenendo sempre l'autonomia giuridica e fiscale delle società interessate, sufficiente a perseguire il fine prefissato che era quello di offrire alle dette società un mezzo semplificato di recupero delle eccedenze di credito mediante la compensazione tra debiti e crediti d'imposta emergenti dalle liquidazioni e dichiarazioni di società facenti parte di un gruppo, soggette al controllo diretto o indiretto di una società che partecipi, in modo qualificato e consistente, al capitale delle società controllate".*

La considerazione di "più persone come un unico soggetto passivo" è stata quindi effettuata all'unico scopo di semplificare le modalità di calcolo (a debito o a credito) dell'imposta risultante dalle dichiarazioni annuali.

*Il secondo quesito.*

Il secondo quesito ne contiene in realtà tre. Si chiede infatti se la previsione di un limite temporale minimo quale presupposto per l'applicazione del regime agevolato senza possibilità per i soggetti passivi di dare una dimostrazione che in realtà non vi sia alcun fine elusivo (*rectius*: che sussistevano valide ragioni economiche nella costituzione del vincolo), sia contraria:

- a) al principio di proporzionalità;
- b) al principio del divieto dell'abuso del diritto;
- c) al principio di neutralità dell'IVA.

Il Governo italiano ritiene che la risposta non possa che essere negativa.

L'articolo 4 par. 4 della sesta direttiva prevede al comma 3:

*Lo Stato membro che esercita l'opzione di cui al secondo comma può adottare tutte le misure necessarie per evitare che il ricorso alla presente disposizione sfoci in frodi o evasioni fiscali.*

Il prevedere che il vincolo tra i soggetti sussista da un periodo determinato (il 1° gennaio dell'anno precedente all'applicazione del regime agevolato) non appare contrario al principio di proporzionalità.

Da un lato infatti, il termine previsto non è eccessivamente lungo (il soggetto può avvalersi del regime agevolato già nel secondo anno della sua esistenza), dall'altro la previsione è senza dubbio idonea a prevenire tentativi di frode ai danni dell'erario.

Non ci vuole molto ad immaginare una società creata *ad hoc* per conseguire fittizi rimborsi d'imposta su fatture relative ad operazioni inesistenti, rimborsi che inseriti in una liquidazione di gruppo dell'IVA consentirebbero ad altra società di compensare un debito reale d'imposta che in tal modo non verrebbe versato.

Una durata minima del vincolo, se da un lato non può escludere del tutto che simili frodi accadano, di certo ne rende meno agevole la realizzazione.

D'altro canto abbreviare ulteriormente il termine varrebbe a dire concedere il beneficio anche per soggetti controllati (o creati) da pochissimo tempo e che non hanno ancora presentato una autonoma dichiarazione che consenta un controllo da parte del fisco sulla sua attività.

E a tale riguardo il fatto che non sia consentito ai soggetti interessati di provare l'assenza di finalità elusive non appare contrario al principio di proporzionalità.

Occorre infatti considerare che non si sta discutendo della concessione di una agevolazione fiscale o della previsione di una tassazione maggiorata, bensì della semplice possibilità per più soggetti tra loro collegati di effettuare una compensazione delle rispettive posizioni debitorie e creditorie all'atto della dichiarazione annuale IVA.

Le esigenze di semplificazione che sono alla base sia della normativa comunitaria che di quella nazionale, escludono che si possa ipotizzare un obbligo per gli Stati di introdurre deroghe al sistema consentendo ai soggetti interessati di dimostrare una sorta di *"buona fede"*, al solo fine di usufruire del meccanismo suddetto.

Anche per tali motivi non appare pertinente il richiamo ai principi in tema di abuso del diritto, elaborati dalla Corte allo scopo di individuare i comportamenti di privati ai quali, nonostante il formale rispetto delle regole, debba comunque essere negato un diritto (nel caso delle sentenze Halifax (3), Optigen (4) e Axel Kittel (5), il diritto alla deduzione dell'IVA ex articolo 17 della sesta direttiva).

Nel caso di specie invece, non è il fisco che viene a contestare un comportamento elusivo, ma è il legislatore nazionale che individua una serie di condizioni per prevenire *"frodi o evasioni fiscali"*.

Una volta accertato che tali condizioni non violano il principio di proporzionalità e sono consentite dalla direttiva 77/388/CEE, nessun problema di abuso del diritto si pone.

Così come non esiste alcuna violazione del principio di neutralità dell'IVA, tenuto conto da un lato della limitatissima applicazione che l'Italia ha fatto della facoltà concessa dall'articolo 4 par. 4 della sesta direttiva e dall'altro che non si verifica alcuna duplicazione d'imposta.

\*\*\*\*\*

In conclusione il Governo italiano suggerisce alla Corte rispondere ai quesiti sottoposti nel seguente modo

*1) l'art. 4, par. 4, ultima parte, della direttiva del Consiglio 11 maggio 1977, n. 77/388/CEE, deve essere interpretato come norma non sufficientemente precisa, che consente agli Stati membri di applicare il regime ivi previsto in ipotesi particolari di vincoli economici, finanziari o giuridici tra diversi soggetti, anche subordinandolo ad un precedente periodo minimo di durata;*

---

(3) 21 febbraio 2006 in causa C-255/02.

(4) 12 gennaio 2006 in cause 12 C-354/03, 355/03 e 484/03.

(5) 6 luglio 2006 in cause C-439/04 e 440/04.

*2) la previsione di limiti temporali (quali quelli previsti dalla normativa nazionale nel giudizio a quo), nel senso che il vincolo deve esistere da un determinato periodo di tempo, quale presupposto per l'applicazione del regime, senza che ai soggetti interessati sia consentito di dare la dimostrazione dell'esistenza di una valida ragione economica della costituzione del vincolo, non contrasta con il principio di proporzionalità, né con il principio del divieto dell'abuso del diritto, né con il principio di neutralità dell'IVA.*

Roma, 27 luglio 2007

Avv. Gianni De Bellis».

**Causa C-222/07 - Materia trattata: libera prestazione di servizi - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunal Supremo (Spagna) il 3 maggio 2007 – UTECA (Union de Televisiones Comerciales Asociadas)/Federacion de Asociaciones de Productores Audiovisuales, Ente Publico RTVE e Administracion del Estado. (Avvocato dello Stato F. Arena - AL 27926/07).**

#### LE QUESTIONI PREGIUDIZIALI

*1) Se l'art. 3 della direttiva del Consiglio 89/552/CEE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative dagli Stati membri concernenti l'esercizio dalle attività televisive, come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 30 giugno 1997, 97/36/CE, consenta agli Stati membri di stabilire un obbligo in forza del quale gli operatori televisivi sono tenuti a destinare una percentuale dei loro proventi di esercizio al prefinanziamento di film europei per il cinema e per la televisione.*

*2) Nel caso in cui alla prima questione sia data una soluzione affermativa, se sia conforme alla citata direttiva e all'art. 12 del Trattato CE, in combinato disposto con le singole disposizioni cui esso si riferisce, una normativa nazionale che, oltre a prevedere il suddetto obbligo di prefinanziamento, riservi il 60% di quest'ultimo ad opere in lingua originale spagnola.*

*3) Se l'obbligo, imposto da una normativa nazionale agli operatori televisivi, di destinare al prefinanziamento di film per il cinema una parte dei loro proventi di esercizio, di cui, una quota pari al 60 per cento dev'essere riservata appositamente ad opere in lingua originale spagnola – che sono per la maggior parte prodotte dall'industria cinematografica spagnola – costituisca un aiuto di Stato a favore dell'industria medesima, ai sensi dell'art. 87 del Trattato CE.*

#### IL FATTO

La questione è sorta nell'ambito di una lite promossa dalla Union de Televisiones Comerciales Asociadas davanti al Tribunale Supremo – Sezione del contenzioso amministrativo e tesa ad ottenere l'annullamento del regio decreto che approva il regolamento avente ad oggetto la disciplina dell'inve-

stimento obbligatorio per il prefinanziamento di lungometraggi e cortometraggi cinematografici e di film per la televisione, europei e spagnoli.

Nell'atto introduttivo la ricorrente ha chiesto che venisse sottoposta a codesta Corte una questione pregiudiziale riguardante la conformità al diritto comunitario delle previsioni contenute nel regolamento impugnato nonché delle disposizioni legislative in virtù delle quali l'atto oggetto della controversia davanti alla giurisdizione di rinvio è stato emanato.

La domanda della parte ricorrente è stata avversata sia dalla convenuta Administraciòn General del Estrado che dalla intervenuta Federaciòn de Asociaciones de productores Audiovisuales Espanoles.

#### LA POSIZIONE DEL GOVERNO ITALIANO

«... (omissis)

*La normativa comunitaria rilevante.*

L'articolo 3, n. 1 della direttiva 89/552/CE, così come modificato dalla Direttiva 97/36/CE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività legislative, stabilisce che:

*«Gli Stati membri conservano la facoltà di richiedere alle emittenti televisive soggette alla loro giurisdizione di rispettare norme più particolareggiate o più rigorose nei settori disciplinati dalla presente direttiva».*

L'art. 4, n. 1, dalla direttiva, così recita:

*«Gli Stati membri vigilano, ogniqualvolta sia possibile e ricorrendo ai mezzi appropriati, che le emittenti televisive riservino ad opere europee ai sensi dell'articolo 6 la maggior parte del loro tempo di trasmissione, escluso il tempo dedicato a notiziari, manifestazioni sportive, giochi televisivi, pubblicità o servizi di teletext e televendite. Tenuto conto delle responsabilità dell'emittente televisiva verso il suo pubblico in fatto di informazione, educazione, cultura e svago, questa proporzione dovrà essere raggiunta gradualmente secondo criteri appropriati.*

L'art 5 della medesima direttiva, stabilisce che:

*«Gli Stati membri vigilano, ogniqualvolta sia possibile e ricorrendo ai mezzi appropriati, che le emittenti televisive riservino alle opere europee realizzate da produttori indipendenti dalle emittenti stesse il 10% almeno del loro tempo di trasmissione — escluso il tempo dedicato notiziari, manifestazioni sportive, giochi televisivi, pubblicità o servizi di teletext e televendite — oppure, a scelta dello Stato membro, il 10% almeno del loro bilancio destinato alla programmazione. Tenuto conto delle responsabilità delle emittenti verso il loro pubblico in fatto di informazione, educazione, culture e svago, questa percentuale deve essere raggiunta gradualmente secondo criteri appropriati; essa deva essere raggiunta assegnando una quota adeguata ad opere recenti, vale a dire quelle diffuse entro un termine di cinque anni dalla loro produzione».*

\*\*\*\*\*

In merito alla prima questione, si ritiene che l'articolo 3 della Direttiva, che consente agli Stati membri di introdurre disposizioni più rigorose o particolareggiate per le emittenti soggette alla loro giurisdizione, non osta alla previsione di quote di riserva aggiuntive rispetto a quelle previste dalla direttiva. La direttiva impone, infatti, solo un coordinamento minimo tra le legislazioni nazionali per le opere europee in quanto tali, ma non preclude eventuali obblighi aggiuntivi a carico delle emittenti nazionali, tra i quali rientra la finalità culturale, finalità senz'altro riconducibile al cinema.

La legislazione spagnola oggetto di scrutinio, in effetti, risulta del tutto in linea con le previsioni degli artt. 3, 4 e 5 cit., atteso che si limita a prevedere un finanziamento per opere europee recenti (in armonia con la previsione di cui all'ultimo inciso dell'art. 5 della Direttiva) e per tipi di opere europee che non sono ulteriori e diverse da quelle contemplate dalla disciplina comunitaria ma che rappresentano solo una specificazione all'interno delle categorie indicate dalla Direttiva.

Alla luce delle suddette considerazioni non sembra sussistere alcun profilo di compatibilità tra la legislazione spagnola e la disciplina comunitaria in questione.

In merito alla seconda questione si ritiene che la Direttiva e il Trattato non ostino alla previsione di sottoquote per film in lingua nazionale originale in quanto i preamboli delle direttive del 1989 e del 1997, rispettivamente al considerando 24 e 44 alla luce dei quali l'articolato deve necessariamente essere interpretato, annoverano in modo espresso il conseguimento di obiettivi di politica linguistica tra le cause che giustificano norme più restrittive.

La sentenza di codesta Corte citata nell'ordinanza di rinvio (sentenza 4 maggio 1993 – causa C-17/92 Fedicine) non contiene elementi idonei a concludere nel senso dell'incompatibilità con le norme del Trattato richiamate dal Tribunal Supremo, in quanto, nella questione decisa con la sentenza citata, l'imposizione dell'obbligo era volta direttamente ad attribuire un beneficio ad imprese di produzione spagnola, laddove, nella presente fattispecie, il 60% del finanziamento è destinato esclusivamente (ed in linea con gli obbiettivi richiamati dal ricordato 44° considerando della Direttiva) a film prodotti (da qualunque impresa di produzione europea) in lingua spagnola.

La suddetta considerazione (che rileva anche al fine di risolvere la terza questione sollevata dal Tribunal Supremo) consente di escludere l'esistenza di un conflitto tra la normativa nazionale in esame e le previsioni comunitarie richiamate nell'ordinanza di rinvio.

Quanto appena sopra osservato in ordine alla conformazione del finanziamento previsto dalla normativa spagnola – destinato come visto non ad imprese di produzione nazionale ma solo alla produzione di opere in lingua spagnola – vale anche ad escludere che la misura possa essere qualificata quale aiuto di Stato ai sensi dell'art. 87 del Trattato.

Come noto infatti, perché una determinata misura possa essere qualificata come aiuto di Stato è necessario che *“in primo luogo, deve trattarsi di un intervento dello Stato o effettuato mediante risorse statali. In secondo luogo, tale intervento deve poter incidere sugli scambi tra Stati membri. In terzo luogo,*

*deve concedere un vantaggio al suo beneficiario. In quarto luogo, deve falsare o minacciare di falsare la concorrenza”* (Sentenza Corte Giustizia 15 luglio 2004 – causa C-345/02, Pearle, punto 33; nello stesso senso cfr sentenza Corte Giustizia 24 luglio 2003, causa C-280/00, Altmark Trans, punto 75).

In considerazione della rilevata circostanza della possibilità di godere del contributo da parte di tutte le imprese di produzione europee (prescindendo dalla loro nazionalità e dallo Stato di stabilimento delle stesse) deve escludersi che ricorra – quantomeno – il requisito della possibilità della misura di incidere sugli scambi tra Stati membri, con conseguente inconfigurabilità della stessa quale aiuto di Stato.

#### *Conclusioni*

Alla stregua delle considerazioni che precedono, il Governo italiano suggerisce alla Corte di rispondere ai quesiti sottoposti al suo esame nel seguente modo:

*L’art. 3 della direttiva del Consiglio 89/552/CEE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislativo, regolamentari e amministrative dagli Stati membri concernenti l’esercizio dalle attività televisive, come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 30 giugno 1997, 97/36/CE, non osta a che gli Stati membri stabiliscano un obbligo in forza del quale gli operatori televisivi sono tenuti a destinare una percentuale dei loro proventi di esercizio al prefinanziamento di film europei per il cinema e per la televisione, risultando detta previsione in linea con le finalità perseguite dalla Direttiva citata.*

*La Direttiva e l’art. 12 del Trattato CE in combinato disposto con le singole disposizioni cui esso si riferisce non ostano ad una normativa nazionale che riservi il 60% di un finanziamento destinato alla produzione di opere europee in lingua originale spagnola, nella misura in cui lo stesso non sia destinato ad imprese di produzione nazionale.*

*L’obbligo, imposto da una normativa nazionale agli operatori televisivi, di destinare al prefinanziamento di film per il cinema una parte dei loro proventi di esercizio, di cui, una quota pari al 60 per cento dev’essere riservata appositamente ad opere in lingua originale spagnola non costituisce un aiuto di Stato a favore dall’industria medesima, ai sensi dell’art. 87 del Trattato CE, non ricorrendo i requisiti individuati dalla giurisprudenza comunitaria per la qualificazione di una misura quale aiuto di Stato.*

Roma, 16 agosto 2007

Avv. Filippo Arena».

**Causa C-225/07 - Materia trattata: libertà di stabilimento - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall’Amtsgericht Landau/Isar (Germania) il 7 maggio 2007** - procedimento penale a carico di Rainer Gunther Moginger. (Avvocato dello Stato S. Fiorentino - AL 27925/07).

#### LA QUESTIONE PREGIUDIZIALE

*1) Se gli artt. 1, n. 2, 7, n.1, lett. b), nn. 2 e 4, e 9 della direttiva del Consiglio 29 luglio 1991, 91/43-9/CEE, concernente la patente di guida,*

*come modificata dalla direttiva del Consiglio 2 giugno 1997, 97/26/CE (in prosieguo: la “direttiva”), debbano essere interpretati nel senso che ostano a che uno Stato membro si rifiuti di riconoscere una patente di guida rilasciata da un altro Stato membro anche qualora il suo titolare sia stato oggetto, nel territorio del primo Stato membro, di un provvedimento di revoca o di annullamento di una patente di guida rilasciata dallo stesso Stato membro e qualora il periodo di divieto temporaneo di ottenerne una nuova patente, che accompagna il detto provvedimento, non sia ancora trascorso prima della data di rilascio della patente di guida da parte dell’altro Stato membro;*

*2) In caso di risposta affermativa alla questione sub 1), se la predetta direttiva debba essere interpretata nel senso che gli organi giudiziari e le autorità del primo Stato membro in questione possono ignorare il principio del riconoscimento reciproco qualora si impedisca al titolare della patente di guida, nel caso specifico per abuso di diritto, di avvalersi della patente di guida ottenuta all’estero in un altro Stato membro dell’UE, in particolare qualora, malgrado il rispetto dei requisiti inerenti al diritto comunitario, da un’analisi complessiva delle circostanze oggettive emerga il mancato raggiungimento delle finalità cui mira la norma contenuta nella direttiva e qualora sussista un elemento soggettivo consistente nella volontà di procurarsi un vantaggio previsto dal diritto comunitario sotto forma del riconoscimento della patente di guida conseguita all’estero in un altro Stato membro dell’UE, creando arbitrariamente le condizioni a tal fine necessarie soprattutto*

*– nel caso in cui, secondo le informazioni in possesso del primo Stato membro in questione, il titolare della patente, alla data del rilascio di quest’ultima, avesse la sua residenza normale nel territorio di detto Stato membro e non in quello dello Stato membro del rilascio della patente di guida, e*

*– nel caso in cui, secondo le informazioni in possesso del primo Stato membro in questione, si debba ritenere, sulla base di circostanze oggettive soggette a controllo giurisdizionale, che il titolare della patente di guida non avrebbe avuto alcuna possibilità di ottenere legalmente una patente di guida nel primo Stato membro.*

#### IL FATTO

Si ricava dall’ordinanza di rinvio che all’imputato, il quale risiede stabilmente in Germania, secondo la definizione contenuta nell’articolo 9 della direttiva 91/439/CEE (in prosieguo: “la direttiva”), è stato contestato il reato di guida senza patente, punibile ai sensi dell’art. 21, n. 1, primo comma, dello Straßenverkehrsgesetz (StVG – Codice della strada tedesco), per essere stato colto alla guida di un veicolo su un’autostrada federale tedesca, il 7 dicembre 2006, senza essere munito di una valida patente di guida.

Con ordinanza del 20 aprile 2006, le autorità amministrative tedesche avevano infatti revocato il diritto a guidare dell’imputato che, all’epoca, era in possesso di una patente di guida rilasciatagli il 25 aprile 2005 nella Repubblica ceca.

Negli anni precedenti l’imputato era stato raggiunto da una serie provvedimenti di limitazione del diritto a guidare in Germania, l’ultimo dei quali risalente al 26 luglio 2004. In tale circostanza l’autorità giudiziaria penale

tedesca gli aveva applicato il divieto di rilascio di una nuova patente di guida prima del termine di dodici mesi.

Dopo questo provvedimento l'imputato, avendo anche ricevuto dalle autorità della città di Passau un parere negativo circa la sua possibilità di ottenere nuovamente il permesso di guida in Germania, aveva, in data 28 dicembre 2004, ritirato l'ultima domanda di rilascio della patente, senza presentarne di nuove in Germania.

Si viene, così, alla data del 19 giugno 2005, allorché l'imputato veniva colto alla guida di uno scooter in stato di ebbrezza. A tale epoca, egli era in possesso della patente ceca, rilasciatagli il 25 aprile 2005 durante la vigenza del divieto di rilascio della patente per dodici mesi disposto in Germania il 26 luglio 2004.

Con lettera del 16 gennaio 2006 le autorità della città di Passau invitavano l'imputato a dimostrare la propria idoneità alla guida. Non avendo l'interessato fornito un parere positivo al riguardo, veniva adottata l'ordinanza del 20 aprile 2006 citata al punto 3.

#### LA POSIZIONE DEL GOVERNO ITALIANO

«... (omissis)

#### *Conclusioni*

Alla stregua delle considerazioni che precedono, il Governo italiano suggerisce alla Corte di rispondere complessivamente ai quesiti sottoposti al suo esame affermando che:

*Gli articoli 1, n. 2, 7, n. 1, lett. b), nn. 2 e 4, e 9 della direttiva del Consiglio 29 luglio 1991, 91/439/CEE, concernente la patente di guida, come modificata dalla direttiva del Consiglio 2 giugno 1997, 97/26/CE, devono essere interpretati nel senso che non ostano a che uno Stato membro si rifiuti di riconoscere una patente di guida rilasciata da un altro Stato membro qualora il suo titolare sia stato oggetto, nel territorio del primo Stato membro, di un provvedimento di revoca o di annullamento di una patente di guida rilasciata dallo stesso Stato membro e qualora il periodo di divieto temporaneo di ottenerne una nuova patente, che accompagna il detto provvedimento, non sia ancora trascorso prima della data di rilascio della patente di guida da parte dell'altro Stato membro.*

Roma, 1 agosto 2007

Avv. Sergio Fiorentino».

**Causa C-226/07 - Materia trattata: fiscalità - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Finanzgericht Dusseldorf (Germania) il 7 maggio 2007 - Flughafen Köln/Bonn GmbH/Hauptzollamt Köln. (Avvocato dello Stato G. Albenzio - AL 27927/07).**

#### LA QUESTIONE PREGIUDIZIALE

*Se l'art. 14, n.1, lett. a) della direttiva del Consiglio 27 ottobre 2003, 2003/96/CE, che ristruttura il quadro comunitario per la tassazione dei pro-*

*dotti energetici e dell'elettricità, debba esser interpretato nel senso che una impresa che ha utilizzato gasolio tassato, compreso nella voce 2710 della nomenclatura combinata, per la produzione di elettricità e ha presentato una domanda di rimborso dell'imposta possa far valere direttamente questa disposizione.*

#### IL FATTO

Dal contenuto dell'ordinanza risulta che il contenzioso in esame ha origine dal diniego dell'Amministrazione finanziaria tedesca di attribuire alla Società Flughafen il rimborso della accisa pagata sul gasolio utilizzato nei generatori di terra per la produzione di energia elettrica necessaria per gli aeromobili nell'aeroporto di Colonia/Bonn; la parte ricorrente rivendica il beneficio al rimborso in forza della diretta applicazione dell'art. 14, n. 1, lett. a), della Direttiva del Consiglio 27/10/2003 n. 2003/96/CE, mentre l'Amministrazione doganale contesta che sussista nella specie il diritto azionato in mancanza di una espressa previsione normativa nazionale (nella specie emessa solo successivamente con legge entrata in vigore in data 1/8/2006).

#### LA POSIZIONE DEL GOVERNO ITALIANO

«Il Governo italiano, quanto al quesito posto ed ai principi generali richiamati dal Giudice remittente, ritiene di dover intervenire nel presente giudizio perché l'emananda decisione può avere riflessi sulle disposizioni interne in materia (nell'ordinamento italiano, il menzionato articolo 14, n. 1, lett. a), della Direttiva 2003/96 è stato recepito con la modifica dell'articolo 21, comma 9, del testo unico accise approvato con decreto legislativo 26 ottobre 1995, n. 504, ove si dispone l'assoggettamento ad accisa dei prodotti energetici, quali il gasolio, utilizzati per la produzione di energia elettrica, con richiamo espresso ai “*motivi di politica ambientale*” nella Direttiva indicati) e sui contenziosi fra le Autorità Doganali Nazionali e gli operatori commerciali aventi ad oggetto la problematica della tassazione del gasolio utilizzato per la produzione di energia.

Prima di passare alla formulazione delle osservazioni di merito, riteniamo opportuno richiamare la struttura e la finalità generale della Dir. 2003/96 a mezzo della quale la Comunità è intervenuta nella materia a tutela del mercato interno, promuovendo, attraverso il graduale ravvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri, lo sviluppo armonioso delle attività economiche della Comunità nel suo insieme; in particolare, nella questione che occupa, il riferimento normativo è l'art. 93 (ora 99) CE, richiamato nel preambolo della Dir. 2003/96/CE del Consiglio, ove si legge che: “*Il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale, adotta le disposizioni che riguardano l'armonizzazione delle legislazioni relative alle imposte sulla cifra d'affari, alle imposte di consumo e altre imposte indirette, nella misura in cui detta*

*armonizzazione sia necessaria per assicurare l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno [...]*".

La tassazione dei prodotti utilizzati come propellente (e, quindi, in definitiva la loro competitività e diffusione sul mercato), sotto altro aspetto, è questione che si intreccia con l'interesse alla tutela ambientale, il quale ha acquisito sempre maggior rilievo sia in seguito all'adesione della Comunità alle Convenzioni di Kyoto sia per il fatto che con l'Atto unico europeo (sottoscritto a Bruxelles il 28 febbraio 1986 dalla Conferenza Intergovernativa, entrato in vigore in data 1/7/1987 in seguito alle ratifiche parlamentari dei singoli Paesi) è stata data una specifica base giuridica per l'azione comunitaria in materia di politica ambientale.

La Dir. 2003/96/CE del Consiglio – che *“ristruttura il quadro comunitario per la tassazione dei prodotti energetici e dell'elettricità”* – si propone espressamente di lasciare agli Stati membri *“la flessibilità necessaria per definire ed attuare politiche adeguate al loro contesto nazionale”* (9° Considerando), concedendo effettivamente un certo margine di libertà agli Stati nella previsione di una disciplina che realizzi il duplice obiettivo sopra evidenziato della tassazione armonizzata e della severa politica ambientale, calibrando la tassazione del prodotto più inquinante e specifiche esenzioni o riduzioni d'imposta per impieghi o combinazioni suscettibili di ridurre l'impatto ambientale (ad esempio, rispetto a quei prodotti che vengano utilizzati nell'ambito di progetti pilota per lo sviluppo tecnologico di prodotti più rispettosi dell'ambiente, nonché di prodotti energetici che contengono acqua).

Tanto premesso, si osserva che l'invocato art. 14 dir. 2003/96 non sembra avere una chiara forza *self executing* nel senso della esenzione dall'accisa dei prodotti inquinanti (quali gli idrocarburi), perché il principio in esso contenuto (esenzione dall'accisa dei prodotti elencati) è posto con la previsione di condizioni ed eccezioni demandate alla determinazione della normativa nazionale, in un sistema di formazione progressiva della norma che non ne consente una immediata applicazione prima dell'intervento degli Stati membri, infatti: a) nella prima parte della norma si affida agli Stati la disciplina dell'esenzione dall'accisa armonizzata *“alle condizioni da essi stabilite al fine di garantire un'agevole e corretta applicazione delle esenzioni stesse ed evitare frodi, evasioni o abusi”*; b) nell'ultima parte della lett. a) si concede espressamente agli Stati membri *“la facoltà di tassare questi prodotti per motivi di politica ambientale”*.

Una interpretazione corretta della norma porta a ritenere che, fin quando gli Stati membri non intervengano con la propria legislazione a stabilire le condizioni per usufruire delle esenzioni, il principio generale non può trovare applicazione perché si presterebbe a *“frodi, evasioni o abusi”* e si porrebbe in contrasto con la *“politica ambientale”* dei singoli Stati e della Comunità, esentando dalla tassazione prodotti che per la loro natura sono altamente inquinanti.

Affermare che la Direttiva non può trovare immediata applicazione senza gli interventi delle legislazioni nazionali non comporta, peraltro, il rischio di un rinvio *sine die* della sua operatività, atteso che sussistono stru-

menti, a disposizione della Commissione e dei singoli interessati, per indurre gli Stati membri ad attivarsi nel senso previsto dalla Direttiva; nel caso opposto, invocato dalla società ricorrente dinanzi all'Autorità giudiziaria tedesca, si rischierebbe di sconvolgere i sistemi di tassazione in vigore negli Stati, che da un giorno all'altro diverrebbero inapplicabili e che sono fondati (come per la Germania e per l'Italia, oltre che per la quasi totalità delle legislazioni degli Stati) sulla regola generale della tassabilità degli idrocarburi, salvo eccezioni, senza concedere agli stessi il tempo e la possibilità (anche attraverso indagini tecniche e di mercato e contatti con gli operatori del settore e con i consumatori) di studiare e delineare un sistema equilibrato di tassazione, riduzioni ed esenzioni che possa soddisfare i contrapposti interessi coinvolti e salvaguardare l'ambiente.

La questione posta dalla Autorità Giudiziaria remittente va, quindi, risolta nel senso che non può essere invocata dalla società ricorrente la diretta applicazione dell'articolo 14 della direttiva 92/12/CEE fino al momento in cui la legislazione nazionale tedesca non è intervenuta a regolare la materia e concedere lo sgravio fiscale con la legge sulla tassazione dei prodotti energetici entrata in vigore in data 1/8/2006.

*In conclusione*

*il Governo italiano suggerisce alla Corte di rispondere al quesito sottoposto al suo esame affermando che: a) l'art. 14, n. 1, lett. a), della Direttiva del Consiglio 27/10/2003 n. 2003/96/CE non ha efficacia diretta e non può trovare immediata applicazione prima dell'intervento delle legislazioni nazionali degli Stati membri che ne stabiliscano le condizioni operative e disciplinino le eventuali esenzioni; b) la Flughafen Köln/Bonn GmbH non ha diritto al rimborso dell'accisa pagata sul gasolio utilizzato per la produzione di energia elettrica prima dell'1/8/2006, data dell'entrata in vigore della normativa nazionale tedesca che lo prevede.*

Roma, 14 agosto 2007

Avv. Giuseppe Albenzio».

**Causa C-239/07 - Materia trattata: energia - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Konstitucinis Teismas (Lituania) il 14 maggio 2007** – Julius Sabatauskas e a./Seimas (Parlamento) della Repubblica di Lituania. (Avvocato dello Stato W. Ferrante - AL 29331/07).

LA QUESTIONE PREGIUDIZIALE

*Se occorra interpretare l'art. 20 della direttiva del Parlamento europeo del Consiglio 26 giugno 2003, 2003/54/CE, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, che abroga la direttiva 96/92/CE, nel senso che esso obbliga gli Stati membri ad adottare una normativa in forza della quale, posto che la rete elettrica disponga della "necessaria capacità", qualsiasi terzo ha il diritto di scegliere, a sua discrezione, la rete – di trasmissione o di distribuzione elettrica – alla quale desidera connettersi e il gestore della relativa rete è obbligato a dargli l'accesso alla rete.*

## IL FATTO

Il rinvio pregiudiziale in questione riguarda l'interpretazione dell'articolo 20, paragrafi 1 e 2 della direttiva 2003/54/CE, che sancisce il diritto di "accesso dei terzi" al sistema di trasmissione e di distribuzione dell'energia elettrica.

La questione pregiudiziale viene sollevata in relazione ad una disposizione della legge della Repubblica di Lituania sull'elettricità (articolo 15, n. 2 della legge del 1 luglio 2004) che così dispone: "*...L'apparecchiatura di un cliente può essere connessa a una rete di trasmissione esclusivamente qualora il gestore della rete di distribuzione rifiuti, a causa dei requisiti tecnici o operativi imposti, di connettere alla rete di distribuzione l'apparecchiatura del cliente situata nel territorio indicato nella licenza del gestore della rete di distribuzione*".

La Corte Costituzionale della Repubblica di Lituania, nel chiedere alla Corte di Giustizia di pronunciarsi sulla compatibilità di questa legge nazionale con l'art. 20 della direttiva, osserva che l'art. 15, n. 2 della legge lituana non garantirebbe la libertà del cliente del servizio elettrico di scegliere una specifica rete di fornitura elettrica – di trasmissione o di distribuzione – da connettere alla propria apparecchiatura e lo obbligherebbe a connettere tale apparecchiatura ad una rete di distribuzione elettrica.

## LA POSIZIONE DEL GOVERNO ITALIANO

«Il Governo italiano ritiene che al quesito debba essere data risposta positiva, occorrendo interpretare l'art. 20 della direttiva 2003/54/CE nel senso che esso obbliga gli Stati membri ad adottare una normativa in forza della quale, posto che la rete elettrica disponga della "necessaria capacità", qualsiasi terzo ha il diritto di scegliere, a sua discrezione, la rete, di trasmissione o di distribuzione elettrica, alla quale desidera connettersi e il gestore della relativa rete è obbligato a dargli l'accesso alla rete.

Innanzitutto, va precisato che ai sensi dell'art. 2 della direttiva 2003/54/CE, per "trasmissione" deve intendersi "il trasporto di energia elettrica sul sistema interconnesso ad altissima tensione ed alta tensione ai fini della consegna ai clienti finali o ai distributori, ma non comprendente la fornitura" mentre per "distribuzione" deve intendersi "il trasporto di energia elettrica su sistemi di distribuzione ad alta, media e bassa tensione per le consegne ai clienti ma non comprendente la fornitura".

Ciò detto, come osservato nell'ordinanza di rimessione, secondo le parti interessate la disposizione della legge belga, che obbliga il cliente a connettere le sue apparecchiature innanzitutto ad una rete di distribuzione, garantirebbe il diritto dei clienti piccoli e vulnerabili di pagare l'elettricità ad un prezzo che sia il più basso possibile, considerato che lo stesso è determinato sulla base del principio del c.d. "timbro" (o della "tariffa unitaria") mentre per le industrie finanziariamente forti e di dimensioni rilevanti sarebbe economicamente più vantaggioso connettersi direttamente ad una rete di trasmissione elettrica in quanto in tal caso non dovrebbero pagare per la fornitura elettrica tramite reti di distribuzione.

Per tale motivo, è necessario valutare se il citato art. 20 della direttiva implichi che gli Stati membri debbano garantire a tutti i clienti, anche a coloro che consumano l'elettricità per uso domestico, il diritto di connettersi direttamente alle reti di trasmissione elettrica.

Ai sensi dell'art. 20 della direttiva, gli Stati membri garantiscono un "sistema di accesso" ai sistemi di trasmissione e di distribuzione, applicato obiettivamente e senza discriminazioni tra tutti gli utenti del sistema.

Questo vuol dire che gli Stati membri danno accesso alle reti, di trasmissione e di distribuzione, attraverso un complesso di regole tecniche, economiche, strutturali che, come vuole la direttiva, sia basato su "*tariffe pubblicate, praticabili a tutti i clienti idonei, ed applicato obiettivamente e senza discriminazioni*".

La direttiva non si spinge fino al punto di riconoscere al cliente il diritto di scegliere, a suo arbitrio, la rete – di trasmissione o di distribuzione elettrica – alla quale desidera connettersi, con conseguente obbligo del gestore della rete stessa di concedere l'accesso a prima richiesta ove la rete elettrica disponga della "necessaria capacità" (art. 20, par. 2 della direttiva 2003/54/CE).

L'art. 20 della direttiva deve essere infatti interpretato nel senso che il cliente che avanza una richiesta di accesso, deve preliminarmente adeguarsi al "sistema di accesso" predisposto dalla normativa nazionale, cioè conformarsi a quel complesso di requisiti, tecnici, economici e strutturali, basati su criteri obiettivi e non discriminatori, che garantisce l'accesso al sistema.

In questo senso può affermarsi che il cliente ha un "diritto condizionato" di accesso al sistema, ovvero subordinato al rispetto delle regole tecniche che disciplinano il sistema di accesso e che in Italia sono state stabilite dall'Autorità per l'Energia elettrica e il gas (tra l'altro con la delibera n. 281/05), nel rispetto dei criteri di obiettività e non discriminazione sanciti dalla direttiva europea.

Dette regole però non possono essere tali da negare a priori la facoltà dell'utente di accedere direttamente alla rete di trasmissione; il gestore infatti non può negare la connessione, direttamente alla rete di trasmissione, all'utente che dimostri di potersi adeguare a quel complesso di regole che costituiscono il "sistema di accesso".

L'unica ipotesi in cui l'accesso può essere rifiutato è, secondo l'art. 20, par. 2 della direttiva, quella in cui il gestore del sistema di trasmissione o di distribuzione "*manchi della necessaria capacità*".

Al di fuori di questa ipotesi, in cui peraltro il rifiuto deve essere debitamente motivato, all'utente deve essere garantito il diritto di accesso diretto alla rete di trasmissione, fatto salvo naturalmente il rispetto di quelle regole tecniche e strutturali che costituiscono il "sistema di accesso".

L'utente, da parte sua, ha l'onere di esercitare tale diritto legittimamente, chiedendo l'accesso alla trasmissione quando è ragionevole ritenere che la sua richiesta sia accolta.

Rientra nell'esercizio abusivo del diritto di accesso, invece, l'ipotesi in cui l'utente, vantando un diritto di "accesso diretto" alla trasmissione pur non possedendone all'evidenza i requisiti tecnici ed economici, rivolga al gestore della rete di trasmissione una richiesta in tal senso, col solo risultato

di aumentare inopinatamente l'afflusso e i tempi di trattazione delle richieste di accesso meritevoli di essere accolte.

Al riguardo appare significativo il fatto che il legislatore comunitario non si sia limitato a prevedere quanto disposto negli artt. 9 e 14 della medesima direttiva in ordine ai compiti dei gestori del sistema di trasmissione e, rispettivamente, del sistema di distribuzione ma abbia anche espressamente previsto, per l'appunto all'art. 20, che il sistema di accesso ed il correlativo obbligo di consentire l'accesso medesimo riguardano distintamente sia il sistema di trasmissione che quello di distribuzione e gravano in modo autonomo sia sul gestore del sistema di trasmissione che sul gestore del sistema di distribuzione: *“gli stati membri garantiscono l'attuazione di un sistema di accesso dei terzi ai sistemi di trasmissione e di distribuzione”*..... *“il gestore del sistema di trasmissione o di distribuzione può rifiutare l'accesso ove manchi della necessaria capacità”*.

È evidente infatti che se il legislatore comunitario avesse voluto negare il diritto di accesso diretto alla rete di trasmissione non vi sarebbe stata alcuna necessità di aggiungere l'art.20 a quanto già previsto dagli artt. 9 e 14 dai quali si desume quanto segue:

- l'art. 9 prevede che il gestore del sistema di trasmissione è tenuto a “soddisfare richieste ragionevoli di trasmissione di energia elettrica” assicurando “la non discriminazione tra gli utenti o le categorie di utenti del sistema”. Il riferimento alle richieste ragionevoli è chiaramente riferito ai vincoli tecnici posti dai singoli Stati membri, nonché alla “capacità” del sistema;
- l'art. 14 (par. 2) riguarda gli obblighi in capo ai distributori e, sulla falsa riga dell'art. 9, impone di “non porre in essere discriminazioni tra gli utenti o le categorie di utenza del sistema”.

Peraltro l'articolo 2 della direttiva, rubricato “Definizioni”, sancisce espressamente al punto 3) che per “trasmissione” è da intendere *“il trasporto di energia elettrica sul sistema interconnesso ad altissima tensione e ad alta tensione, ai fini della consegna ai clienti finali o ai distributori, ma non comprendente la fornitura”* e per “distribuzione” è da intendersi *“il trasporto di energia elettrica su sistemi di distribuzione ad alta, media e bassa tensione per le consegne ai clienti, ma non comprendente la fornitura”*.

Se quindi, come risulta espressamente, la “trasmissione” di elettricità comprende il trasporto della stessa, tra l'altro, fino al cliente finale, vuol dire che a quest'ultimo deve essere garantito l'accesso diretto alla rete di trasmissione senza dover passare attraverso le “reti di distribuzione”.

Pertanto, una normativa nazionale che subordini la connessione diretta al sistema di trasmissione, al previo rifiuto opposto dal gestore della rete di distribuzione, deve ritenersi limitativa della libertà di scelta del cliente e può prestarsi ad un'applicazione discriminatoria.

Infatti, se tutti i clienti che necessitano di connettersi direttamente alla rete di trasmissione venissero obbligati a rivolgersi prima al gestore della rete di distribuzione, con conseguente possibilità di connettersi alla rete di trasmissione esclusivamente in caso di rifiuto di accesso da parte del gestore della rete di distribuzione *“per motivi tecnici o operativi imposti”* non

meglio specificati, si produrrebbero delle conseguenze non in linea né con la lettera, né con lo spirito della direttiva in quanto la libertà di scelta del cliente verrebbe indebitamente limitata siccome indirizzata prioritariamente verso la rete di distribuzione, anche laddove il cliente stesso possieda i requisiti tecnici ed operativi per connettersi direttamente alla rete di trasmissione.

Inoltre, il gestore della rete di distribuzione, destinatario in prima battuta di tutte le richieste di connessione, di cui quindi avrebbe in qualche misura il “controllo”, potrebbe utilizzare in modo opportunistico o discriminatorio la facoltà di rifiuto per “motivi tecnici e operativi”, con ciò condizionando l’afflusso delle richieste di accesso alla rete di trasmissione.

\*\*\*\*\*

Il Governo Italiano propone quindi alla Corte di risolvere il quesito nel senso che l’art. 20 della direttiva 2003/54/CE obbliga gli Stati membri ad adottare una normativa in forza della quale, posto che la rete elettrica disponga della “necessaria capacità”, qualsiasi terzo ha il diritto di scegliere, a sua discrezione, la rete, di trasmissione o di distribuzione elettrica, alla quale desidera connettersi e il gestore della relativa rete è obbligato a dargli l’accesso alla rete.

Roma, 17 settembre 2007

Avv. Wally Ferrante».

**Causa C-265/07 - Materia trattata: diritto delle imprese - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale ordinario di Roma (Italia) il 4 giugno 2007** - Caffaro Srl/Azienda Unità Sanitaria Locale RM/C. (Avvocato dello Stato S. Fiorentino - AL 28400/07).

#### LA QUESTIONE PREGIUDIZIALE

*Se l’art. 14 del decreto legge 31 dicembre 1996, n. 669, come modificato dall’art. 147 della legge 23 dicembre 2000, n. 388, sia in contrasto con la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 giugno 2000, n. 35, 2000/35/CE, in particolare con l’articolo 5 della stessa direttiva, nella misura in cui prevede un termine di 120 giorni dalla notifica del titolo esecutivo, che il creditore è obbligato a rispettare, qualora si tratti di esecuzione forzata nei confronti delle pubbliche amministrazioni e ancorché il pagamento costituisca il corrispettivo di una transazione commerciale (così come definita dall’articolo 1 della medesima direttiva comunitaria 2000/35/CE).*

#### IL FATTO

La questione è sorta nell’ambito di un procedimento di esecuzione promosso dalla Caffaro s.r.l. (in prosieguo: “il creditore”) nei confronti della Azienda USL Roma/C (in prosieguo: “il debitore”), in forza di un titolo esecutivo di natura non meglio precisata nell’ordinanza di rinvio, ma che il Giudice *a quo* afferma soggetto alla disciplina della direttiva 2000/35/CE (in prosieguo “la direttiva sui ritardi di pagamento” o semplicemente “la direttiva”), recepita dallo Stato italiano con decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231.

...(omissis)

## LA POSIZIONE DEL GOVERNO ITALIANO

«*La normativa comunitaria rilevante.*

L'articolo 5 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 29 giugno 2000, n. 35, 2000/35/CE, rubricato "Procedura di recupero di crediti non contestati", stabilisce che:

"1. *Gli Stati membri assicurano che un titolo esecutivo possa essere ottenuto, indipendentemente dall'importo del debito, di norma entro 90 giorni di calendario dalla data in cui il creditore ha presentato un ricorso o ha proposto una domanda dinanzi al giudice o altra autorità competente, ove non siano contestati il debito o gli aspetti procedurali. Gli Stati membri assolvono a tale obbligo secondo le rispettive disposizioni legislative, regolamentari e amministrative.*

2. *Le rispettive disposizioni legislative, regolamentari e amministrative nazionali si applicano alle stesse condizioni a tutti i creditori stabiliti nella Comunità europea.*

3. *Il periodo di 90 giorni di calendario di cui al paragrafo 1 non include:*  
 a) *i periodi necessari per le notificazioni;*  
 b) *qualsiasi ritardo imputabile al creditore, come i termini necessari per regolarizzare il ricorso o la domanda.*

4. *Il presente articolo lascia impregiudicate le disposizioni della convenzione di Bruxelles concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale"*

L'articolo 2 della direttiva ("Definizioni") enuncia:

"*Ai fini della presente direttiva si intende per:*

1 - 4) ... *Omissis ...*

5) "*titolo esecutivo*": *ogni decisione, sentenza o ordine di pagamento, sia immediato che rateale, pronunciati da un tribunale o da altra autorità competente, che consenta al creditore di ottenere, mediante esecuzione forzata, il soddisfacimento della propria pretesa nei confronti del debitore: esso comprende le decisioni, le sentenze o ordini di pagamento provvisori che restano esecutivi anche se il debitore abbia proposto impugnazione"*.

Nell'interpretare la direttiva vengono in rilievo, per quanto interessa la presente controversia, i seguenti 'considerando'

"(12) *L'obiettivo della lotta contro i ritardi di pagamento nel mercato interno non può essere sufficientemente realizzato dagli Stati membri separatamente e può pertanto essere meglio realizzato a livello comunitario. La presente direttiva non va al di là di quanto necessario per raggiungere l'obiettivo auspicato. La presente direttiva è quindi integralmente conforme ai principi di sussidiarietà e di proporzionalità enunciati all'articolo 5 del trattato.*

(15) *La presente direttiva si limita a definire l'espressione "titolo esecutivo", ma non disciplina le varie procedure per l'esecuzione forzata di un siffatto titolo, né le condizioni in presenza delle quali può essere disposta la sospensione dell'esecuzione ovvero può essere dichiarata l'estinzione del relativo procedimento.*

(16) *I ritardi di pagamento costituiscono una violazione contrattuale resa finanziariamente attraente per i debitori nella maggior parte degli Stati*

*membri per i bassi livelli dei tassi degli interessi di mora e/o dalla lentezza delle procedure di recupero. Occorre modificare decisamente questa situazione anche con un risarcimento dei creditori, per invertire tale tendenza e per far sì che un ritardo di pagamento abbia conseguenze dissuasive.*

*(17) Il risarcimento ragionevole delle spese di recupero deve essere preso in considerazione fatte salve le disposizioni nazionali, in base alle quali il giudice nazionale può concedere al creditore eventuali risarcimenti aggiuntivi per i danni causati dal ritardo di pagamento da parte del debitore, tenendo inoltre conto del fatto che queste spese sostenute possono già essere state compensate dagli interessi relativi al ritardato pagamento.*

*(20) Le conseguenze del pagamento tardivo possono risultare dissuasive soltanto se accompagnate da procedure di recupero rapide ed efficaci per il creditore. Conformemente al principio di non discriminazione di cui all'articolo 12 del trattato, tali procedure dovrebbero essere a disposizione di tutti i creditori stabiliti nella Comunità europea.*

*(22) La presente direttiva disciplina tutte le transazioni commerciali a prescindere dal fatto che esse siano effettuate tra imprese pubbliche o private o tra imprese e autorità pubbliche, tenendo conto del fatto che a queste ultime fa capo un volume considerevole di pagamenti alle imprese. Essa pertanto dovrebbe disciplinare anche tutte le transazioni commerciali tra gli appaltatori principali ed i loro fornitori e subappaltatori.*

*(23) L'articolo 5 della presente direttiva prevede che la procedura di recupero dei crediti non contestati sia conclusa a breve termine, in conformità delle disposizioni legislative nazionali, ma non impone agli Stati membri di adottare una procedura specifica o di apportare specifiche modifiche alle procedure giuridiche in vigore”.*

*Il diritto nazionale e le motivazioni della giurisdizione di rinvio.*

L'articolo 14 del decreto legge 31 dicembre 1996, n. 669, convertito dalla legge 28 febbraio 1997, n. 30, al comma 1, dispone (1):

*“Le amministrazioni dello Stato e gli enti pubblici non economici completano le procedure per l'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali e dei lodi arbitrali aventi efficacia esecutiva e comportanti l'obbligo di pagamento di somme di danaro entro il termine di centoventi giorni dalla notificazione del titolo esecutivo. Prima di tale termine il creditore non può procedere ad esecuzione forzata né alla notifica di atto di precetto”.*

Il decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, con il quale è stata trasposta nell'ordinamento italiano la direttiva sui ritardi di pagamento, prevede, tra l'altro:

**Articolo 3. Responsabilità del debitore.**

*“1. Il creditore ha diritto alla corresponsione degli interessi moratori, ai sensi degli articoli 4 e 5, salvo che il debitore dimostri che il ritardo nel*

---

(1) Si esporrà il testo nella versione risultante dalle modifiche introdotte dall'art. 147 della legge 23 dicembre 2000, n. 388 e dall'art. 44, comma 3, del decreto legge 30 settembre, n. 269, applicabile *ratione temporis* ai fatti di causa.

*pagamento del prezzo è stato determinato dall'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile".*

**Articolo 4. Decorrenza degli interessi moratori.**

*"1. Gli interessi decorrono, automaticamente, dal giorno successivo alla scadenza del termine per il pagamento.*

*2. Salvo il disposto dei commi 3 e 4, se il termine per il pagamento non è stabilito nel contratto, gli interessi decorrono, automaticamente, senza che sia necessaria la costituzione in mora, alla scadenza del seguente termine legale:*

*a) trenta giorni dalla data di ricevimento della fattura da parte del debitore o di una richiesta di pagamento di contenuto equivalente;*

*b) trenta giorni dalla data di ricevimento delle merci o dalla data di prestazione dei servizi, quando non è certa la data di ricevimento della fattura o della richiesta equivalente di pagamento;*

*c) trenta giorni dalla data di ricevimento delle merci o dalla prestazione dei servizi, quando la data in cui il debitore riceve la fattura o la richiesta equivalente di pagamento è anteriore a quella del ricevimento delle merci o della prestazione dei servizi;*

*d) trenta giorni dalla data dell'accettazione o della verifica eventualmente previste dalla legge o dal contratto ai fini dell'accertamento della conformità della merce o dei servizi alle previsioni contrattuali, qualora il debitore riceva la fattura o la richiesta equivalente di pagamento in epoca non successiva a tale data.*

*3 - 4 ... Omissis..."*

**Articolo 5. Saggio degli interessi.**

*"1. Salvo diverso accordo tra le parti, il saggio degli interessi, ai fini del presente decreto, è determinato in misura pari al saggio d'interesse del principale strumento di rifinanziamento della Banca centrale europea applicato alla sua più recente operazione di rifinanziamento principale effettuata il primo giorno di calendario del semestre in questione, maggiorato di sette punti percentuali. Il saggio di riferimento in vigore il primo giorno lavorativo della Banca centrale europea del semestre in questione si applica per i successivi sei mesi.*

*2. Il Ministero dell'economia e delle finanze dà notizia del saggio di cui al comma 1, al netto della maggiorazione ivi prevista, curandone la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana nel quinto giorno lavorativo di ciascun semestre solare" (2).*

**Articolo 6. Risarcimento dei costi di recupero.**

*"1. Il creditore ha diritto al risarcimento dei costi sostenuti per il recupero delle somme non tempestivamente corrispostegli, salva la prova del*

---

(2) Il saggio degli interessi da applicare a favore del creditore nei casi di ritardo nei pagamenti nelle transazioni commerciali, al netto della maggiorazione prevista nel comma 1 del presente articolo, è stato fissato al 4,07% per il semestre 1° luglio-31 dicembre 2007 dal Comunicato 30 luglio 2007 (Gazz. Uff. 30 luglio 2007, n. 175). Ne consegue che il saggio degli interessi moratori, nel medesimo semestre, è stabilito nella misura dell'11,07%.

*maggior danno, ove il debitore non dimostri che il ritardo non sia a lui imputabile.*

*2. I costi, comunque rispondenti a principi di trasparenza e di proporzionalità, possono essere determinati anche in base ad elementi presuntivi e tenuto conto delle tariffe forensi in materia stragiudiziale”.*

Il Capo I del Titolo I del Libro Quarto del *codice di procedura civile* italiano disciplina il c.d. “procedimento di ingiunzione”. All’interno di questo Capo, l’articolo 633, intitolato “*Condizioni di ammissibilità*”, al comma 1, dispone:

*“Su domanda di chi è creditore di una somma liquida di denaro o di una determinata quantità di cose fungibili, o di chi ha diritto alla consegna di una cosa mobile determinata, il giudice competente pronuncia ingiunzione di pagamento o di consegna:*

*1) se del diritto fatto valere si dà prova scritta;*

*2 – 3) Omissis”.*

L’articolo 641, intitolato “*Accoglimento della domanda*”, al comma 1, stabilisce:

*“Se esistono le condizioni previste dall’articolo 633, il giudice, con decreto motivato da emettere entro trenta giorni dal deposito del ricorso (3), ingiunge all’altra parte di pagare la somma o di consegnare la cosa o la quantità di cose chieste ... nel termine di quaranta giorni, con l’espresso avvertimento che nello stesso termine può essere fatta opposizione a norma degli articoli seguenti e che, in mancanza di opposizione, si procederà ad esecuzione forzata”.*

L’articolo 647, rubricato “*Esecutorietà per mancata opposizione o per mancata attività dell’opponente*”, al comma 1 dispone:

*“Se non è stata fatta opposizione nel termine stabilito, oppure l’opponente non si è costituito, il giudice che ha pronunciato il decreto, su istanza anche verbale del ricorrente, lo dichiara esecutivo”.*

Il Tribunale di Roma ha rilevato che il termine di novanta giorni previsto dall’articolo 5 della direttiva è rispettato nell’ordinamento italiano, perché, nel caso in cui il credito non sia contestato, il titolo esecutivo si ottiene nel termine massimo di settanta giorni (un termine compreso tra zero e trenta giorni per ottenere il decreto ed un successivo termine di quaranta giorni affinché il decreto acquisti efficacia esecutiva).

Il giudice remittente ha, in effetti, aggiunto ulteriori dieci giorni di c.d. “tempo tecnico”, necessario per il ritiro delle copie autentiche e per la notifica del decreto. Si è però visto, al precedente punto 7, che il paragrafo 3, lettera a), dell’articolo 5 della direttiva esclude i periodi necessari per le notificazioni dal computo dei novanta giorni per l’ottenimento del titolo esecutivo.

---

(3) Le parole “*da emettere entro trenta giorni dal deposito del ricorso*” sono state aggiunte dall’articolo del decreto legislativo n. 231 del 2002, con il quale, come si è visto, è stata trasposta la direttiva sui ritardi di pagamento.

Fatta questa premessa, il Tribunale di Roma ha, tuttavia, rilevato che il rispetto della direttiva da parte dell'ordinamento italiano, nel caso in cui sia debitrice una pubblica amministrazione, è meramente formale, perché, in forza delle disposizioni nazionali che si sono anche qui richiamate, il creditore è costretto ad attendere per altri centoventi giorni prima di poter avviare la procedura esecutiva.

In presenza di quello che ha definito un palese contrasto tra l'art. 14 del decreto legge n. 669 del 1996 e la direttiva sui ritardi di pagamento, il Giudice romano ha quindi sottoposto a codesta Ecc.ma Corte la questione pregiudiziale che forma oggetto del presente procedimento.

### *Analisi*

Ritiene il Governo italiano che alla questione posta dalla giurisdizione di rinvio occorra dare risposta negativa, perché la direttiva sui ritardi di pagamento non si occupa del termine entro il quale debba avere attuazione il credito enunciato nel titolo esecutivo.

Nessuna disposizione della direttiva si riferisce espressamente o anche implicitamente al suddetto termine. L'articolo 5, richiamato dal Giudice del rinvio, riguarda, come emerge con ogni evidenza dal suo tenore letterale, esclusivamente il *procedimento di formazione del titolo esecutivo* e non la fase, successiva, di attuazione di esso. La definizione di titolo esecutivo, contenuta nell'articolo 2, non implica la necessità che esso debba attribuire al creditore la possibilità di ottenere *immediatamente* il soddisfacimento della propria pretesa.

Una lettura che comprendesse nell'ambito di applicazione della direttiva anche la fase di esecuzione, oltre a scontrarsi con l'interpretazione letterale della normativa comunitaria, andrebbe oltre gli scopi di ravvicinamento della legislazione perseguiti dalla direttiva.

Risulta con ogni evidenza dal suo quindicesimo 'considerando', infatti, che la direttiva non intende disciplinare le procedure di esecuzione (4). Oggetto di queste procedure, che la direttiva sui ritardi di pagamento riserva alle legislazioni nazionali, sono necessariamente, oltre alle modalità, anche i tempi nei quali deve realizzarsi coattivamente la pretesa creditoria ed i termini entro i quali il debitore, che si veda notificare il titolo esecutivo o un'intimazione di pagamento che su di esso si fonda, può validamente adempiere al fine di evitare l'esecuzione.

Il divieto di avviare esecuzioni nei centoventi giorni dalla notifica del titolo esecutivo può, d'altra parte, agevolmente rientrare nella nozione di "sospensione dell'esecuzione" che, nuovamente, il quindicesimo 'considerando' afferma essere istituito estraneo all'ambito di regolazione della direttiva.

Né in senso diverso depone il ventesimo 'considerando', nella parte in cui segnala che le conseguenze del pagamento tardivo possono risultare dis-

---

(4) Queste procedimenti, come noto, sono molto differenti nei diversi Stati membri e non sempre hanno, come invece in Italia, carattere giurisdizionale.

suasive soltanto se accompagnate da procedure di recupero rapide ed efficaci. Infatti, come emerge con chiarezza dal successivo ventitreesimo ‘considerando’, che rinvia all’articolo 5, nell’impianto della direttiva la nozione di “procedura di recupero” rimanda esclusivamente alla procedura che porta alla formazione del titolo esecutivo e non comprende la fase, successiva, dell’attuazione.

La direttiva persegue, quindi, la finalità di dissuasione dei ritardi di pagamento attraverso l’imposizione di un automatismo nella decorrenza degli interessi moratori, di una misura minima del tasso degli interessi moratori (5) e di un termine certo entro il quale il creditore possa ottenere un titolo esecutivo, ma non si estende sino a disciplinare il termine a partire dal quale il creditore debba essere messo concretamente in condizione di agire *in executivis*.

La disciplina di tale momento della fase esecutiva sarebbe, oltretutto, scarsamente significativa senza la contemporanea previsione di un termine finale certo del procedimento esecutivo, perché, in assenza di un termine sicuro di durata della procedura e di una limitazione dei presupposti che legittimano la sospensione dell’esecuzione (punti dei quali la direttiva non si occupa), non vi sarebbe alcuna rafforzata garanzia che il creditore possa effettivamente ricevere la somma dovuta in tempi celeri.

Quindi, tenuto conto che la direttiva non realizza una compiuta armonizzazione delle procedure di esazione e che essa, stando al suo dodicesimo ‘considerando’, si ispira ai principi di sussidiarietà e proporzionalità, bisogna convenire sul fatto che – almeno all’attuale stadio della legislazione comunitaria – l’esigenza di celerità dei pagamenti sia perseguita principalmente attraverso strumenti indiretti di pressione nei confronti del debitore.

In ogni caso, anche se si ritenesse, *id quod non*, che le finalità della direttiva non potrebbero realizzarsi se non prevedendo un termine ragionevole per la procedibilità dell’azione esecutiva, la misura prevista dall’ordinamento nazionale rientrerebbe certamente nei canoni della ragionevolezza e della proporzionalità, soprattutto se riguardata alla luce delle imperative esigenze di interesse pubblico che essa intende salvaguardare.

Scopo della norma nazionale, infatti, non è quello di rendere “finanziariamente attraente” (v. sedicesimo ‘considerando’) per il debitore, ossia per le amministrazioni statali o per gli enti pubblici non economici (cioè per gli enti pubblici che non gestiscono imprese), i ritardi di pagamento. La prospettiva della mora può risultare attraente solo in presenza di impieghi produttivi o speculativi del denaro, che sono necessariamente estranei agli scopi istituzionali di questi debitori.

---

(5) L’articolo 3, par. 1, lett. d), prevede un “margine” di sette punti percentuali rispetto al tasso di riferimento, ove non diversamente previsto dal contratto e sempre che le condizioni contrattuali non siano “gravemente inique”, ai sensi del successivo paragrafo 3, per il creditore.

Il ritardo nei pagamenti si traduce, pertanto, necessariamente in un danno per l'ente pubblico debitore. Tanto è vero che dinnanzi alla Corte dei Conti, competente a giudicare della responsabilità civile dei pubblici funzionari verso l'amministrazione di appartenenza, vengono costantemente incardinati procedimenti a carico di quanti, tra essi, abbiano causato danni all'ente pubblico esponendolo alle penalità di mora per non aver fatto sì che fossero rispettati i termini legali di pagamento. Il che, si deve incidentalmente osservare, costituisce un ulteriore stimolo verso la celerità dell'adempimento.

Scopo della misura nazionale è, dunque, quello di assicurare alle amministrazioni statali e agli enti pubblici non economici, attraverso il differimento dell'esecuzione, uno spazio di adempimento per l'approntamento dei mezzi finanziari occorrenti al pagamento dei crediti azionati, al fine di *“evitare il blocco dell'attività amministrativa derivante dai ripetuti pignoramenti di fondi, contemperando in tal modo l'interesse del singolo alla realizzazione del suo diritto con quello, generale, ad una ordinata gestione delle risorse finanziarie pubbliche”* (6).

Si vuole quindi evitare che l'azione dei creditori delle amministrazioni statali, attraverso l'imposizione di vincoli su somme che devono avere una determinata destinazione, finiscano per ritardare l'azione pubblica.

È ben vero che tale finalità può essere garantita anche attraverso la previsione della impignorabilità dei fondi che abbiano una specifica destinazione pubblicistica; tuttavia, al di là dell'interpretazione fortemente restrittiva che di tali ipotesi dà la giurisprudenza italiana, resta il fatto che il pignoramento, sia pure poi destinato ad essere dichiarato inefficace, determina sempre – attraverso la costituzione automatica dell'obbligo, penalmente sanzionato, di non disporre delle somme pignorate – un blocco dei fondi che si protrae sino a quando la procedura esecutiva non sia dichiarata estinta dal Giudice dell'esecuzione (perché è stata accolta l'opposizione dell'amministrazione debitrice o perché, in seguito a tale opposizione, il creditore abbia rinunciato alla procedura).

La norma nazionale mira, pertanto, a far sì che le amministrazioni statali e gli enti pubblici economici provvedano ai propri pagamenti, secondo tempi che tengono conto dei meccanismi di formazione della spesa pubblica, mediante l'utilizzo dei fondi da esse specificamente destinate a tale scopo.

Nel contempo, la norma ottiene anche il risultato di ridurre notevolmente i casi in cui sia necessario ricorrere all'esecuzione forzata, deflazionando così il carico complessivo del contenzioso esecutivo e contribuendo, in ultima analisi, ad una più spedita definizione anche di quelle procedure esecutive che non si riesce a prevenire mediante il pagamento entro il termine di centoventi giorni.

---

(6) Si è citato dalla sentenza 23 aprile 1998, n. 142, della Corte costituzionale, che si è occupata *ex professo* dell'art. 14 del decreto – legge n. 669 del 1996.

D'altro canto, l'interesse pubblico al quale si è fatto sopra riferimento viene tutelato con modalità non eccessivamente gravose per il creditore, il quale è peraltro garantito, oltre che da tutti gli istituti previsti dalla direttiva, anche dalla istituzionale solvibilità delle amministrazioni statali e degli enti pubblici non economici.

Né può trascurarsi che l'ordinamento italiano attribuisce al creditore una modalità alternativa di esecuzione dei titoli esecutivi di fonte giudiziale (ivi inclusi i decreti ingiuntivi divenuti esecutivi per mancata opposizione), vale a dire il c.d. "giudizio di ottemperanza" dinnanzi al giudice amministrativo previsto dall'art. 37 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034.

Questa procedura si articola in un ricorso al giudice amministrativo affinché questi adotti, all'esito di un procedimento caratterizzato da particolare speditezza, ogni provvedimento idoneo a dare esecuzione al giudicato, sino alla possibile nomina di un commissario *ad acta*, vale a dire di un proprio ausiliario che subentri nei poteri dell'amministrazione debitrice e adotti esso stesso i necessari atti amministrativi.

### *Conclusioni*

Alla stregua delle considerazioni che precedono, il Governo italiano suggerisce alla Corte di rispondere al quesito sottoposto al suo esame affermando che

*Una norma come l'art. 14 del decreto legge 31 dicembre 1996, n. 669, la quale preveda un termine dalla notifica del titolo esecutivo che il creditore è obbligato a rispettare, qualora si tratti di esecuzione forzata nei confronti delle pubbliche amministrazioni e ancorché il pagamento costituisca il corrispettivo di una transazione commerciale, non è in contrasto con la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 giugno 2000, n. 35, 2000/35/CE, in particolare con l'articolo 5 della stessa direttiva.*

Roma, 20 settembre 2007

Avv. Sergio Fiorentino».

**Causa C-288/07 - Materia trattata: fiscalità - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla High Court of Justice (Chancery Division) (Regno Unito) il 14 giugno 2007** – The Commissioners of Her Majesty's Revenue & Customs/Isle of Wight Council, Mid-Suffolk District Council, South Tyneside Metropolitan Borough Council, West Berkshire District Council. (Avvocato dello Stato G. De Bellis - AL 31861/07).

### LE QUESTIONI PREGIUDIZIALI

*1) Se il concetto di "distorsioni di concorrenza" debba essere rapportato ai singoli enti di diritto pubblico, talché, nell'ambito della presente causa, la capacità di provocare distorsioni della concorrenza debba essere valutata con riferimento all'area territoriale o alle aree in cui l'ente in questione fornisce i detti servizi di parcheggio o se, invece, occorra prendere a riferimento l'intero territorio nazionale dello Stato membro interessato.*

2) *Cosa debba intendersi per “provocherebbe”, e in particolare, quale sia il grado di probabilità o il livello di certezza richiesto per soddisfare tale condizione.*

3) *Come debba essere interpretata l’espressione “di una certa importanza”, e in particolare, se essa si riferisca ad un effetto sulla concorrenza più che irrilevante o minimo, ad un effetto “considerevole”, ovvero ad un effetto “eccezionale.*

#### IL FATTO

Le questioni sono state poste nell’ambito di un giudizio che vede contrapposti i Commissioners of Her Majesty’s Revenue & Customs e quattro amministrazioni locali (in seguito: i Comuni).

A quanto risulta dall’ordinanza di rinvio, i Comuni hanno chiesto all’Amministrazione Finanziaria inglese il rimborso dell’IVA corrisposta sui corrispettivi percepiti per il servizio di autoparcheggio in luogo custodito.

Il giudice di primo grado, accogliendo la tesi dei Comuni, aveva sostenuto che l’attività di autoparcheggio doveva ritenersi non imponibile, poiché esercitata dagli enti in quanto pubbliche autorità ed in modo tale da non provocare importanti distorsioni della concorrenza.

I Commissioners hanno proposto appello, sostenendo che la sentenza di primo grado era errata in quanto:

a) per valutare, come previsto dall’articolo 4 n. 5 della sesta direttiva, se il non assoggettamento ad IVA dell’attività “*provocherebbe distorsioni della concorrenza di una certa importanza*”, non doveva essere effettuata un’analisi del mercato a livello locale, bensì nazionale;

b) la valutazione di tali effetti, doveva tenere conto della possibilità che l’attività “*potrebbe provocare*” delle distorsioni della concorrenza e non invece che “*provocherebbe*”.

#### LA POSIZIONE DEL GOVERNO ITALIANO

«A norma dell’articolo 4 n. 5 della direttiva 77/388/CEE (il cui contenuto è ora trasfuso, senza sostanziali modifiche, nell’articolo 13 della direttiva 2006/112/CE)

*Gli Stati, le regioni, le province, i comuni e gli altri organismi di diritto pubblico non sono considerati soggetti passivi per le attività od operazioni che esercitano in quanto pubbliche autorità, anche quando, in relazione a tali attività od operazioni, percepiscono diritti, canoni, contributi o retribuzioni.*

*Se però tali enti esercitano attività od operazioni di questo genere, essi devono essere considerati soggetti passivi per dette attività od operazioni quando il loro non assoggettamento provocherebbe distorsioni di concorrenza di una certa importanza.*

*In ogni caso, gli enti succitati sono sempre considerati come soggetti passivi per quanto riguarda le attività elencate nell’allegato D quando esse non sono trascurabili.*

*Gli Stati membri possono considerare come attività della pubblica amministrazione le attività dei suddetti enti le quali siano esenti a norma degli articoli 13 o 28.*

Nella fattispecie l'attività di autoparcheggio in luoghi custoditi non è ricompresa nell'elenco di cui all'allegato D alla sesta direttiva.

Ne consegue che assumono rilievo solo le due seguenti circostanze:

a) che i Comuni abbiano agito come "pubbliche autorità";

b) che il non assoggettamento ad IVA delle operazioni "provocherebbe distorsioni di concorrenza di una certa importanza".

In relazione al primo quesito, il Governo italiano ritiene che la individuazione dell'ambito territoriale che occorre considerare per valutare se l'esonero dall'IVA sia in grado di provocare distorsioni di concorrenza di una certa importanza, costituisca il risultato di una valutazione puramente economica e non giuridica.

Ciò in quanto la valutazione che occorre effettuare, comporta l'applicazione dei principi propri in tema di concorrenza.

Ed a tal fine viene ad assumere rilievo il concetto di mercato rilevante.

È evidente infatti che per valutare la possibilità che una determinata attività provochi distorsioni della concorrenza, occorre individuare il mercato nell'ambito del quale tale effetto si potrebbe verificare.

Come si legge al punto 2 della comunicazione 9 dicembre 1997 della Commissione "sulla disciplina del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza" (in GUCE 9.12.1997, n. C 372) "La definizione del mercato costituisce uno strumento per individuare e definire l'ambito nel quale le imprese sono in concorrenza tra loro. Essa permette di stabilire il contesto entro il quale la Commissione mette in atto la politica di concorrenza. Scopo principale della definizione del mercato è di individuare in modo sistematico le pressioni concorrenziali alle quali sono sottoposte le imprese interessate".

Ai successivi punti 7, 8 e 9 si legge ancora:

7. I regolamenti di applicazione dell'articolo 85 e dell'articolo 86 del trattato, in particolare la sezione 6 del formulario A/B relativo al regolamento n. 17 e il capitolo 6 del formulario CO relativo al regolamento (CEE) n. 4064/89 sul controllo delle concentrazioni contengono (ciascuno in forma lievemente diversa) delle definizioni di questi concetti. Il mercato del prodotto rilevante è definito come segue:

"Il mercato del prodotto rilevante comprende tutti i prodotti e/o servizi che sono considerati intercambiabili o sostituibili dal consumatore, in ragione delle caratteristiche dei prodotti, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati."

8. Il mercato geografico rilevante è definito come segue:

"Il mercato geografico rilevante comprende l'area nella quale le imprese in causa forniscono o acquistano prodotti o servizi, nella quale le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee e che può essere tenuta distinta dalle zone geografiche contigue perché in queste ultime le condizioni di concorrenza sono sensibilmente diverse."

9. *Il mercato rilevante nell'ambito del quale va valutato un determinato problema di concorrenza risulta quindi dalla combinazione del mercato del prodotto e del mercato geografico rilevanti. La Commissione interpreta le definizioni citate ai paragrafi 7 e 8 (che riflettono la giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado come pure la propria prassi nelle decisioni) secondo gli orientamenti esposti nella presente comunicazione.*

Orbene, restando nell'ambito della presente causa, occorre valutare quale sia "il mercato del prodotto" relativo all'offerta di parcheggi a pagamento ed il "mercato geografico richiesto".

Tale mercato non può in alcun modo identificarsi con l'intero mercato nazionale.

Non v'è dubbio infatti che in tema di parcheggi a pagamento, non è ipotizzabile alcuna concorrenza tra offerte di città diverse e distinte tra loro. L'utente non avrà di certo interesse ad effettuare spostamenti rilevanti al solo fine di utilizzare parcheggi con tariffe più competitive.

Si può invece ipotizzare una situazione di concorrenza in prossimità di luoghi oggetto di frequentazione da parte di numero elevato di persone (come ad esempio stadi di calcio, centri storici, stazioni, aeroporti ecc.).

In tali casi è fisiologico che si crei una concorrenza tra le diverse offerte di parcheggio situate nelle vicinanze dei luoghi suddetti.

Ma la peculiarità del servizio di parcheggio è tale per cui la valutazione del mercato rilevante e, conseguentemente, dell'ambito in cui si può ipotizzare una concorrenza suscettibile di alterazione a seguito dell'offerta di parcheggi da parte di enti pubblici, ma può che riguardare la dimensione locale.

Con il secondo quesito il giudice remittente chiede alla Corte di specificare il significato del termine "*provocherebbe*", e in particolare, quale sia il grado di probabilità o il livello di certezza richiesto per soddisfare tale condizione.

Il Governo italiano ritiene al riguardo che il termine "*provocherebbe*" va inteso nel senso che dal fatto di porre in essere un'attività non imponibile (e come tale ad un prezzo ridotto, in quanto non gravata da IVA), possa derivare con un elevato grado di probabilità distorsioni alla concorrenza.

Pur non essendo necessaria la certezza assoluta, il termine utilizzato dal legislatore è tale per cui deve trattarsi non di una semplice possibilità di distorsione della concorrenza, ma di una buona probabilità che un tale effetto si realizzi.

Circa il terzo quesito il giudice remittente propone tre alternative per descrivere il significato dell'espressione, contenuta nell'articolo 4 n. 5 comma 2 della direttiva 77/388/CEE, "*distorsioni di concorrenza di una certa importanza*".

Si ipotizza perciò:

- a) un effetto irrilevante o minimo;
- b) un effetto considerevole;
- c) un effetto eccezionale.

Anche qui l'espressione usata ("una certa importanza") consente di escludere l'ipotesi a) (un effetto *minimo*), mentre più pertinente appare l'ipotesi b) (un effetto *considerevole*).

Del pari è da escludersi l'ipotesi c) (un effetto *eccezionale*), fermo restando che qualora come conseguenza dell'attività non imponibile si provocasse una eccezionale distorsione della concorrenza, la fattispecie prevista dal legislatore si sarebbe comunque realizzata.

L'espressione "una certa importanza" va intesa infatti come limite al di sotto del quale la distorsione non viene dal legislatore ritenuta quantitativamente rilevante al punto da imporre l'assoggettamento ad IVA dell'attività. Ne consegue la necessità di applicazione dell'IVA in tutti i casi di distorsione della concorrenza che superino la soglia dell'effetto "considerevole".

\*\*\*\*\*

In conclusione il Governo italiano suggerisce alla Corte rispondere ai quesiti sottoposti nel seguente modo

*Il concetto di "distorsioni di concorrenza" è un concetto puramente economico, che presuppone la individuazione del mercato rilevante nel cui ambito potrebbe verificarsi la distorsione stessa. La valutazione se l'esercizio di un'attività non imponibile da parte di un ente pubblico sia in grado di provocare distorsioni della concorrenza va effettuata con riferimento al mercato rilevante, che tenuto conto della natura dell'attività di autoparcheggio e delle esigenze della domanda, non può riferirsi all'intero territorio nazionale dello Stato membro interessato.*

*Il termine "provocherebbe" contenuto nell'articolo 4 n. 5 comma 2 della direttiva 77/388/CEE va inteso nel senso che dal fatto di porre in essere un'attività non imponibile, possano derivare distorsioni alla concorrenza con un elevato grado di probabilità e non soltanto la mera possibilità che ciò accada.*

*L'espressione "di una certa importanza" contenuta nell'articolo 4 n. 5 comma 2 della direttiva 77/388/CEE va intesa nel senso che dal fatto di porre in essere un'attività non imponibile, possano derivare distorsioni alla concorrenza di rilevanza almeno "considerevole" e non invece semplicemente "minima".*

Roma, 4 ottobre 2007

Avv. Gianni De Bellis».

**Causa C-291/07 - Materia trattata: fiscalità – Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Regeringsrätten (Svezia) il 15 giugno 2007 – Kollektivavtalssiftelsen TRR Trygghetsradet/Skatteverket. (Avvocato dello Stato G. De Bellis - AL 31874/07).**

LA QUESTIONE PREGIUDIZIALE

*Se l'art. 9, n. 2, lett. e), e l'art. 21, n. 1, lett. b), della sesta direttiva IVA, nonché l'art. 56, n. 1, lett. c), e l'art. 196 della direttiva del Consiglio 28 novembre 2006, 2006/112/CE, debbano essere interpretati, ai fini della loro applicazione, nel senso che il destinatario di una prestazione di servizi di consulenza effettuata da un soggetto passivo stabilito in un altro Stato membro,*

*destinatario che eserciti al tempo stesso attività economiche ed attività che esulino dalla sfera di applicazione della direttiva, debba essere considerato quale soggetto passivo, ancorché tale prestazione di servizi venga unicamente utilizzata per le attività non ricomprese nella sfera di applicazione della direttiva.*

#### IL FATTO

La questione è stata sollevata nell'ambito di un giudizio che vede contrapposti la Kollektivavtalssittfelsen TRR Trygghetsrådet (in seguito: la TRR) una fondazione nota nel 1994 e creata dal sindacato dei datori di lavoro unitamente a quello dei lavoratori e la Skatteverket (Amministrazione finanziaria svedese).

A quel che risulta dall'ordinanza di rimessione, la TRR svolge sia un'attività non imponibile (prevalente), sia un'attività imponibile costituita da prestazioni di servizio, quantificabile nel 5% circa dei suoi ricavi.

La TRR volendo avvalersi di consulenza rese da un prestatore stabilito in Danimarca, ha chiesto alla Commissione Tributaria un parere vincolante circa la sua natura di "commerciantе" ai sensi del capitolo 5 articolo 7 della legge svedese in materia di IVA (n. 200/1994).

Tale disposizione (attuativa dell'articolo 9 n. 1 della direttiva 77/388/CEE), prevede che le prestazioni di consulenza fornite da un prestatore di altro Stato membro ad un commerciante avente la sede della sua attività economica in Svezia (ovvero che in tale paese disponga di un centro di attività stabile o, in mancanza, di domicilio o residenza abituale) si considerano effettuate in tale Stato.

Nella sua richiesta la TRR precisava che la consulenza da richiedere al prestatore danese, riguardava la sua attività con imponibile.

La Commissione Tributaria da un lato ha riconosciuto che l'attività prevalente di TRR non è imponibile ai fini IVA. Dall'altro ha però ritenuto di poter qualificare TRR come "commerciantе" ai sensi del capitolo 5 articolo 7 della legge svedese in materia di IVA.

Come conseguenza di ciò la consulenza resa dal prestatore danese sarebbe imponibile in Svezia, ancorché destinata all'attività non imponibile.

#### LA POSIZIONE DEL GOVERNO ITALIANO

«Il Governo italiano ritiene che al quesito proposto debba essere data risposta negativa. L'articolo 9 della sesta direttiva (di cui il capitolo 5 articolo 7 della legge svedese n. 200/1994 costituisce trasposizione), prevede 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.*

*Tuttavia: [..]*

*e) il luogo delle seguenti prestazioni di servizi, rese a destinatari stabiliti fuori della Comunità o a soggetti passivi stabiliti nella Comunità, ma fuori del Paese del prestatore, è quello in cui il destinatario ha stabilito la*

*sede della sua attività economica o ha costituito un centro di attività stabile per il quale si è avuta la prestazione di servizi o, in mancanza di tale sede o di tale centro d'attività stabile, il luogo del suo domicilio o della sua residenza abituale: [...]*

*– prestazioni fornite da consulenti, ingegneri, uffici studi, avvocati, periti contabili ed altre prestazioni analoghe nonché elaborazioni di dati e fornitura di informazioni; [...]*

Analoga disposizione è ora contenuta nell'articolo 56 della direttiva 2006/112/CE.

Per effetto di tali disposizioni la consulenza fornita dal prestatore danese a TRR sarebbe imponibile in Svezia se destinata ad un soggetto passivo che in tale Stato ha stabilito la sede della sua attività economica o ha costituito un centro di attività stabile per il quale si è avuta la prestazione di servizi o, in mancanza di tale sede o di tale centro d'attività stabile, il luogo del suo domicilio o della sua residenza abituale.

Viceversa sarebbe imponibile in Danimarca, qualora il destinatario della consulenza fosse un consumatore finale.

Ebbene, il termine “*soggetti passivi*” contenuto nel citato articolo 9 n. 2 lett. e), non si ritiene possa avere una portata così ampia da ricomprendere tutti coloro i quali svolgano una qualsiasi attività imponibile, che non sia in rapporto alla consulenza fornita.

In realtà, nel momento in cui un prestatore di un altro Stato membro fornisce una consulenza ad un soggetto passivo il quale però la destina alla sua attività privata (*rectius*: non imponibile), è come se la stessa consulenza fosse fornita ad un “*non soggetto passivo*”.

Diversamente si verrebbe a configurare una ingiustificata disparità di trattamento.

Il far dipendere il mutamento di territorialità (e perciò in sostanza, uno spostamento del gettito fiscale da uno Stato all'altro), dalla semplice e causale circostanza che il destinatario della consulenza svolge un'attività economica, qualunque essa sia, a cui la consulenza non inerisce, renderebbe privo di razionalità il sistema contro la volontà del legislatore, il quale ha voluto che per alcune prestazioni (tra cui la consulenza) il luogo della imponibilità venisse a coincidere con quello della loro utilizzazione da parte di un consumatore finale.

E tale deve essere considerato anche chi svolge un'attività economica a cui la consulenza non sia pertinente.

D'altronde tale soggetto passivo non potrebbe portare in detrazione l'IVA assolta, per mancanza di inerenza con la sua attività imponibile (come prevede l'articolo 17 n. 2 della sesta direttiva).

Tale imposta, ormai definitivamente acquisita per essere pervenuta allo stadio del consumo finale, verrebbe quindi versata dal prestatore la consulenza nel suo Stato.

Viceversa, se la consulenza fosse inerente all'attività economica svolta, la prestazione si considererebbe (ex articolo 9 n. 2 lett. e) effettuata nel paese del soggetto passivo destinatario, il quale (ai sensi dell'articolo 21 n. 1 lettera b) della sesta direttiva, ora articolo 196 della direttiva 2006/112/CE), dovrebbe versarla all'erario del suo Paese e contemporaneamente la porte-

rebbe in detrazione nel rispetto del principio di neutralità, in base al quale l'imposta verrà definitivamente percepita dallo Stato nel suo stadio finale, cioè al momento in cui la prestazione pervenga (sotto forma di valore aggiunto) ad un consumatore finale.

Tale meccanismo risulterebbe però alterato qualora si aderisse ad un concetto così ampio di "soggetto passivo", come ha ritenuto la Commissione Tributaria svedese.

Di fatto, stante l'impossibilità per il destinatario di portare in detrazione l'IVA versata (per mancanza del requisito dell'inerenza), si verificherebbe uno spostamento del gettito fiscale definitivo (perché l'operazione è pervenuta ad uno stadio finale) da uno Stato all'altro, in contrasto con la chiara volontà del legislatore il quale, si ribadisce, ha invece voluto le prestazioni di consulenza imponibili nello Stato del prestatore qualora l'incameramento dell'IVA sia definitivo.

\*\*\*\*\*

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

*L'art. 9, n. 2, lett. e), e l'art. 21, n. 1, lett. b), della sesta direttiva IVA, nonché l'art. 56, n. 1, lett. c), e l'art. 196 della direttiva del Consiglio 28 novembre 2006, 2006/112/CE, devono essere interpretati nel senso che il destinatario di una prestazione di servizi di consulenza effettuata da un soggetto passivo stabilito in un altro Stato membro, destinatario che eserciti al tempo stesso attività economiche ed attività che esulino dalla sfera di applicazione della direttiva, deve essere considerato al pari di un consumatore finale nei casi in cui tale prestazione di servizi venga unicamente utilizzata per le attività non ricomprese nella sfera di applicazione della direttiva.*

Roma, 3 ottobre 2007

Avv. Gianni De Bellis».

**Causa C-304/07 - Materia trattata: ravvicinamento delle legislazioni – Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Bundesgerichtshof (Germania) il 2 luglio 2007** – Directmedia Publishing GmbH/Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Prof. Dr. Ulrich Knoop. (Avvocato dello Stato F. Arena -AL 32931/07).

LA QUESTIONE PREGIUDIZIALE

*Se il prelievo di dati da una banca dati tutelata (ex art. 7, n. 1, della direttiva sulle banche dati) con loro contestuale inserimento in un'altra banca dati possa configurare un'operazione di estrazione ai sensi dell'art. 7, n. 2, lett. a), della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 11 marzo 1996, 96/9/CE, relativa alla tutela giuridica delle banche di dati, anche qualora esso venga effettuato sulla base di consultazioni della prima banca dati a seguito di valutazione caso per caso, oppure se un'operazione ai sensi di quest'ultima disposizione presupponga un'attività di (materiale) copiatura di un insieme di dati.*

## IL FATTO

Con ordinanza depositata il 2 luglio 2007 il *Bundesgerichtshof* tedesco ha sollevato una questione pregiudiziale nell'ambito di una causa che vede contrapposti la *Directmedia Publishing GmbH* e la *Albert-Ludwig-Universität Freiburg* ed il *Prof. Ulrich Knoop*.

Il *Prof. Ulrich Knoop* ha diretto il Progetto "Patrimonio dei classici" in esito al quale è stata pubblicata la così detta Antologia di Friburgo, vale a dire un'antologia di poesie tedesche appartenenti al periodo compreso tra il 1720 ed il 1933.

Per la creazione dell'antologia è stato predisposto un elenco di titoli di poesie, poi pubblicato su internet con il titolo le 1100 più importanti poesie della letteratura tedesca tra il 1730 ed il 1900.

Per la realizzazione del predetto elenco (nel quale sono riportate l'autore, il titolo, la riga iniziale e l'anno di apparizione di ogni singola poesia) è stata svolta un'attività di selezione, ricerca e verifica (descritta al punto 2 dell'ordinanza di rimessione) durata due anni e mezzo e costata 34.900 euro (la spesa è stata sopportata dalla *Albert-Ludwig-Universität Freiburg*).

La *Directmedia Publishing GmbH* ha pubblicato nel 2002 (e successivamente distribuito) un CD-ROM denominato "1000 poesie che tutti debbono avere"; della poesie in questione 876 riguardano il periodo tra il 1720 ed il 1990 ed 856 di queste risultano menzionate nell'elenco di titoli di cui si è sopra detto. Il giudice di rinvio ha asserito che la *Directmedia Publishing GmbH* si è ispirata, per la raccolta di poesie, al suddetto elenco, omettendo solo talune delle poesie nello stesso presenti ed aggiungendone poche altre, verificando, caso per caso, la scelta adottata dal *Prof. Knoop*. I testi delle poesie inserite nella raccolta sono state estratte da fonti informatiche.

Il *Prof. Knoop* e l'Università di Friburgo hanno chiesto che la *Directmedia Publishing GmbH* venga condannata alla cessazione della riproduzione su copie e/o la distribuzione del CD-ROM da essa pubblicato, sul presupposto che la convenuta abbia violato il diritto di autore del *Prof. Knoop* quale creatore di un'opera antologica ed il diritto della Università di Friburgo alla tutela della propria prestazione quale costitutrice di una banca dati.

La *Directmedia* ha sostenuto che la raccolta di dati contenuta nel proprio CD-ROM non avrebbe le caratteristiche richieste dall'art. 87a della Legge tedesca sul diritto di autore per la esistenza di una banca di dati.

Il Giudice di primo grado ha accolto la domanda degli attori ed il giudice di appello ha confermato la statuizione di prime cure.

Avverso la decisione del giudice di secondo grado ha proposto ricorso per cassazione (*Revision*) la *Directmedia*. Gli originari attori si sono costituiti per resistere al ricorso.

Il *Bundesgerichtshof*, (dopo aver respinto il ricorso per cassazione proposto nei confronti del *Prof. Knoop*), ritenendo che l'esito della controversia tra la *Directmedia* e l'Università di Friburgo dipenda dall'interpretazione dell'art. 7, n. 2, lett. a), della direttiva 1996/9/CE (Direttiva sulla tutela giuridica delle banche di dati), ha sospeso il procedimento e ha proposto a codesta Corte domanda di pronuncia pregiudiziale.

## LA POSIZIONE DEL GOVERNO ITALIANO

*«La normativa comunitaria rilevante e le motivazioni della giurisdizione di rinvio.*

L'art. 7 della Direttiva 1996/9/CE prevede che:

*“1. Gli Stati membri attribuiscono al costituente di una banca di dati il diritto di vietare operazioni di estrazione e/o reimpiego della totalità o di una parte sostanziale del contenuto della stessa, valutata in termini qualitativi o quantitativi, qualora il conseguimento, la verifica e la presentazione di tale contenuto attestino un investimento rilevante sotto il profilo qualitativo o quantitativo.*

*2. Ai fini del presente capitolo:*

*a) per “estrazione” si intende il trasferimento permanente o temporaneo della totalità o di una parte sostanziale del contenuto di una banca di dati su un altro supporto con qualsiasi mezzo o in qualsivoglia forma;*

*b) per “reimpiego” si intende qualsiasi forma di messa a disposizione del pubblico della totalità o di una parte sostanziale del contenuto della banca di dati mediante distribuzione di copie, noleggio, trasmissione in linea o in altre forme. La prima vendita di una copia di una banca dati nella Comunità da parte del titolare del diritto, o con il suo consenso, esaurisce il diritto di controllare la rivendita della copia nella Comunità. Il prestito pubblico non costituisce atto di estrazione o di reimpiego.*

*3. Il diritto di cui al paragrafo 1 può essere trasferito, ceduto o essere oggetto di licenza contrattuale.*

*4. Il diritto di cui al paragrafo 1 si applica a prescindere dalla tutelabilità della banca di dati a norma del diritto d'autore o di altri diritti. Esso si applica inoltre a prescindere dalla tutelabilità del contenuto della banca di dati in questione a norma del diritto d'autore o di altri diritti. La tutela delle banche di dati in base al diritto di cui al paragrafo 1 lascia impregiudicati i diritti esistenti sul loro contenuto.*

*5. Non sono consentiti l'estrazione e/o il reimpiego ripetuti e sistematici di parti non sostanziali del contenuto della banca di dati che presuppongano operazioni contrarie alla normale gestione della banca dati o che arrechino un pregiudizio ingiustificato ai legittimi interessi del costituente della banca di dati.”*

Il giudice del rinvio – dopo aver osservato che gli artt. 97 n. 1, 98 n. 1, 87a e 87 b della Legge d'autore tedesca rappresentano la trasposizione nel diritto interno delle previsioni contenute nella direttiva 1996/9/CE e che, pertanto, la risoluzione della controversia non può che dipendere dalla interpretazione delle norme interne in modo conforme al diritto comunitario – ha posto la questione se la nozione di estrazione di cui all'art. 7, n. 2, lett. a) della direttiva sulla tutela giuridica delle banche di dati presupponga, sempre, una operazione di materiale copiatura di un insieme di dati ovvero se possa ritenersi integrato il requisito dell'estrazione anche nell'ipotesi in cui il prelievo di dati da una banca dati tutelata, con contestuale inserimento in altra banca dati, avvenga previa valutazione caso per caso.

Secondo il *Bundesgerichtshof*, il tenore letterale dell'art. 7, n. 1 lett. a) cit, talune opinioni dottrinali ed una particolare lettura della sentenza *British Horseracing* di codesta Corte (1) farebbero propendere per la necessità di leggere la nozione di estrazione nel senso che la stessa presupponga comunque un'operazione di copiatura.

In particolare, la lettura delle motivazioni di cui ai punti 52 e ss. della sentenza *British Horseracing* (nei quali viene chiarito che la tutela sui generis è attribuita al costituente di una banca dati anche nella ipotesi in cui le attività di copiatura non consentite avvengano utilizzando non l'originale ma una copia della banca dati) farebbe propendere per la necessità che, ai fini del diritto alla tutela accordata dalla normativa in questione, sarebbe sempre necessario un materiale trasferimento di dati da una banca ad un'altra, essendo, la specificazione contenuta in sentenza non necessaria, ove i dati materiali, contenuti nella banca dati, fossero ritenuti tutelati già in sé.

La tutela accordata dalla direttiva sarebbe collegata, dunque, alla circostanza dell'esser incorporata, la banca dati, in un mezzo di supporto, di talché l'oggetto della tutela accordata al costituente di una banca dati riguarderebbe solo "*la banca dati registrata in un mezzo di supporto e intesa quale espressione concreta del contenuto raccolto, ordinato e reso accessibile, quale bene immateriale*"; in questa ottica, la tutela riconosciuta dall'art. 7 cit. presupporrebbe, in ogni caso, l'attività di materiale copiatura della banca dati incorporata nel mezzo di supporto, non essendo, detta tutela, operante nella diversa ipotesi in cui la banca dati venga utilizzata, esclusivamente, quale fonte di informazione, benché in misura rilevante.

Ad avviso del Governo italiano, la questione posta dal giudice del rinvio può essere risolta sulla scorta degli argomenti già svolti nella citata sentenza *British Horseracing* (2)

In quell'occasione, in effetti, codesta Corte ha avuto modo di sciogliere i numerosi dubbi posti dal giudice del rinvio, fornendo, in sostanza, una compiuta ed approfondita interpretazione di tutti i concetti contenuti nell'art. 7 della direttiva in questione.

È stato, in particolare, chiarito che il fine della tutela riconosciuta dalla direttiva è quello di incentivare quanto più possibile la creazione di sistemi di memorizzazione e di gestione di informazioni esistenti (3) e che, a tal fine, occorre fornire adeguati mezzi di tutela contro l'appropriazione dei risultati ottenuti dall'investimento professionale e finanziario del costituente della banca dati (4).

In questo contesto e anche alla luce delle espressioni contenute proprio nell'art. 7, n. 2, lett. a, ("*con qualsiasi mezzo o in qualsivoglia forma*"),

---

(1) Sentenza 9 novembre 2004, in causa C-203/2002, *British Horseracing Board Ltd. e a.*

(2) Sentenza 9 novembre 2004, in causa C-203/02, cit.

(3) cfr. Sentenza 9 novembre 2004, in causa C-203/02, cit., punto 31.

(4) Sentenza 9 novembre 2004, in causa C-203/02, cit., punto 32; cfr. anche il trentanovesimo considerando della Direttiva 1996/9/CE.

codesta Corte ha concluso nel senso che “*il legislatore comunitario ha voluto conferire un senso ampio alle nozioni di estrazione e di reimpiego. Alla luce dell’obiettivo perseguito dalla direttiva, queste nozioni devono essere quindi interpretate nel senso che si riferiscono a qualsiasi operazione consistente, rispettivamente, nell’appropriazione e nella messa a disposizione del pubblico, senza il consenso del costituente della banca di dati, dei risultati del suo investimento, privando così quest’ultimo dei redditi che dovrebbero consentirgli di ammortizzare il costo di tale investimento*”(5).

È, pertanto, questo il criterio informatore della intera disciplina: se l’operazione di estrazione avviene illegittimamente (*id est* senza il consenso del costituente) ed è tale da poter pregiudicare l’investimento effettuato per la creazione della suddetta banca dati, deve concludersi – nella ricorrenza, ovviamente, delle altre condizioni previste dalla direttiva – nel senso della spettanza al costituente della tutela sui generis.

La questione in merito alla necessità, per poter aver diritto alla tutela di cui si discute, che vi sia una materiale operazione di copiatura del contenuto della banca di dati incorporata in un mezzo di supporto, in altra banca dati, non appare, al contrario, rappresentare un criterio determinante.

A tal riguardo, sembra che il giudice tedesco abbia, forse, desunto troppo dai punti 52 e ss. della sentenza *British Horseracing* più volte citata, nei quali codesta Corte si è limitata a rispondere al quesito n. 7 posto, in quella circostanza, dal giudice del rinvio, affermando – ancora una volta in linea con lo scopo della direttiva sopra indicato – che la tutela accordata al costituente si estende anche all’ipotesi in cui l’estrazione avvenga da una copia della banca dati e non dall’originale della stessa. In tal modo, tuttavia, non sembra si sia voluto affermare il principio della previa necessaria operazione di materiale copiatura al fine di poter godere della tutela, ma solo ampliare ancor di più la stessa accordandola anche all’ipotesi di estrazione non eseguita direttamente dall’originale, ove, comunque, il risultato dell’investimento del creatore della banca dati possa esserne pregiudicato.

Peraltro che la soluzione corretta sia quella sin qui esposta, trova ulteriore conferma nella risposta fornita da codesta Corte, ancora una volta, nella sentenza *British Horseracing* al quesito incentrato sull’interpretazione dell’art. 7, n. 5 della direttiva, in forza del quale “*non sono consentiti l’estrazione e/o il reimpiego ripetuti e sistematici di parti non sostanziali del contenuto della banca di dati che presuppongano operazioni contrarie alla normale gestione della banca dati o che arrechino un pregiudizio ingiustificato ai legittimi interessi del costituente della banca di dati*”.

La disposizione appena citata è stata interpretata nel senso di ritenere, comunque, integrata un’operazione di estrazione non consentita anche nella ipotesi in cui i dati vengano singolarmente prelevati e, tuttavia, l’effetto cumulativo dei singoli prelievi (ove orientato a costituire o a mettere a dispo-

---

(5) Sentenza 9 novembre 2004, in causa C-203/02, cit., punto 51.

sizione del pubblico una parte rilevante della banca dati, ed idoneo dunque a pregiudicare l'investimento del creatore della banca dati), risulta essere comunque vietato. E ciò perché una diversa conclusione si tradurrebbe nell'elusione del divieto di cui all'art. 7, n. 1 della direttiva (6).

La risposta di codesta Corte conferma, dunque, che le modalità del prelievo non appaiono di centrale importanza al fine di qualificare il suddetto prelievo quale estrazione ai sensi dell'art. 7, n. 2, lett. a cit., dovendosi piuttosto aver riguardo alla possibilità o meno che le operazioni compiute siano idonee o meno a pregiudicare l'investimento del costituente.

Spetterà, poi, ovviamente, al giudice nazionale verificare che l'operazione di estrazione in concreto compiuta abbia le caratteristiche sopra descritte ed integri, dunque, i presupposti per poter riconoscere al costituente le tutele sui generis di cui alla direttiva.

#### *Conclusioni*

Alla stregua delle considerazioni che precedono, il Governo italiano suggerisce alla Corte di rispondere al quesito sottoposto al suo esame nel seguente modo:

*Il prelievo di dati da una banca dati tutelata (ex art. 7, n. 1, della direttiva sulle banche dati) con loro contestuale inserimento in un'altra banca dati configura un'operazione di estrazione ai sensi dell'art. 7, n. 2.let. a), della direttiva 1996/9/CE, anche qualora esso venga effettuato sulla base di consultazioni della prima banca dati a seguito di valutazione all'investimento eseguito dal costituente della prima banca dati.*

Roma, 19 ottobre 2007

Avv. Filippo Arena».

**Causa C-306/07 - Materia trattata: politica sociale - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dallo Hojesteret (Danimarca) il 3 luglio 2007** - Ruben Andersen/Kommunernes Landsforening, in qualità di rappresentante del Comune di Slagesle (ex Comune di Skaelkor). (Avvocato dello Stato W. Ferrante - AL 32933/07).

#### LE QUESTIONI PREGIUDIZIALI

1) *Se l'art. 8, n. 1 della Direttiva del Consiglio 14 ottobre 1991, 91/533/CEE, relativa all'obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro, comporti che un contratto collettivo mirante al recepimento delle sue disposizioni non si applica ad un lavoratore che non è membro di un'organizzazione firmataria di detto contratto.*

2) *In caso di soluzione negativa della prima questione, se l'espressione "il lavoratore che non è coperto da un o da contratto collettivi che hanno attinenza col rapporto di lavoro" di cui all'articolo 8, n. 2, di detta direttiva*

(6) Sentenza 9 novembre 2004, in causa C-203/02, punti 83-95.

*va, comporti che le clausole di un contratto collettivo che prevedono la previa messa in mora del datore di lavoro non si applicano ad un lavoratore non membro di un'organizzazione firmataria di detto contratto.*

3) *Se i termini "contratto di lavoro temporaneo" e "rapporto di lavoro temporaneo" di cui all'articolo 8, n. 2, della direttiva riguardino lavori di breve durata o altri lavori, ad esempio tutte le forme di rapporti di lavoro limitate nel tempo. Nel primo caso, secondo quali criteri un rapporto di lavoro debba essere considerato come temporaneo (di breve durata).*

#### IL FATTO

Il rinvio pregiudiziale trae origine da un giudizio, nel quale il ricorrente, beneficiario di contratti di reinserimento professionale presso un Comune Danese, ha lamentato di aver ricevuto lettere di assunzioni viziate da errori, corrette entro 15 giorni dalla segnalazione.

I cinque contratti di reinserimento professionale avevano tutti una durata compresa tra un mese e un anno ma di fatto hanno avuto una durata inferiore ad un mese a causa delle assenze del ricorrente.

#### LA POSIZIONE DEL GOVERNO ITALIANO

«Il Governo italiano ritiene che al primo quesito debba darsi risposta negativa.

Il giudice remittente si chiede se il ricorrente possa invocare l'applicazione della legge danese sull'obbligo del datore di lavoro di informare i dipendenti delle condizioni relative al rapporto di lavoro ("legge sulla prova dell'assunzione", di recepimento della direttiva comunitaria 14 ottobre 1991, n. 91/533/CEE) o se possa "*basarsi soltanto sul contratto collettivo che è stato adottato a livello municipale per recepire la direttiva*".

La direttiva 91/533/CEE è stata recepita nell'ordinamento danese con una legge (la citata "legge sulla prova dell'assunzione") che prevede l'applicazione della disciplina legislativa solo in via sussidiaria, nel caso in cui gli obblighi di informazione del lavoratore sulle condizioni applicabili al rapporto di lavoro previsti dalla direttiva non siano disciplinati in un contratto collettivo.

Pertanto, nell'ordinamento danese, nel caso in cui vi sia un contratto collettivo che disciplina gli obblighi di informazione, fonte di tali obblighi è l'atto di contrattazione collettiva e, solo in sua mancanza o in mancanza nello stesso di "clausole corrispondenti almeno alle norme e alle disposizioni della direttiva 91/533/CEE", sarà applicabile la legge.

Nell'ordinanza di remissione viene specificato che "*tutti i datori di lavoro comunali*" hanno stipulato accordi e che gli stessi si applicano, secondo la legge danese, *erga omnes* sia ai lavoratori iscritti ai sindacati, sia ai lavoratori non iscritti.

La direttiva n. 91/533/CEE inoltre lascia liberi gli Stati membri di adottare le disposizioni "legislative, regolamentari ed amministrative" necessarie per il recepimento (cfr. ultimo considerando nonché l'articolo 9), consentendo ai singoli Stati, in alternativa, di provvedere "*a che le parti sociali attuino le disposizioni necessarie mediante accordo*".

Pertanto, se il recepimento a livello nazionale è stato correttamente effettuato con l'adozione di un contratto collettivo avente efficacia *erga omnes*, applicabile quindi anche ai lavoratori non iscritti ad una delle organizzazioni sindacali firmatarie, non si può ipotizzare una deroga con riferimento al solo articolo 8, n. 1 della direttiva in esame che non prevede nulla in proposito, limitandosi a stabilire: “ *Gli Stati membri introducono nel loro ordinamento giuridico interno le misure necessarie per consentire a qualsiasi lavoratore che si ritenga leso della mancata osservanza degli obblighi derivanti dalla presente direttiva di difendere i propri diritti per vie legali dopo aver fatto eventualmente ricorso ad altri organi competenti*”.

In definitiva, se come risulta dall'ordinanza di remissione il contratto collettivo ha efficacia *erga omnes* nell'ordinamento nazionale, lo stesso si applicherà anche al lavoratore non appartenente al sindacato firmatario e il lavoratore potrà comunque agire in giudizio per far valere i propri diritti anche se fonte dell'obbligo è il contratto collettivo.

Anche al secondo quesito, il Governo italiano ritiene che debba darsi risposta negativa.

Il giudice remittente, rilevando che la direttiva, all'art. 8 n. 2, ha concesso agli Stati Membri la facoltà di prevedere che l'accesso alle vie di ricorso legale, di cui al richiamato n. 1 dello stesso articolo, sia subordinato alla previa messa in mora del datore di lavoro da parte del lavoratore e all'assenza di risposta entro un termine di quindici giorni, chiede come debbano essere interpretate le eccezioni a tale regola disciplinate nella stessa norma.

Infatti, l'articolo 8, paragrafo 2, comma 2 prevede che la formalità della messa in mora non possa, comunque, essere richiesta né per il lavoratore espatriato di cui all'art. 4, né per il lavoratore che abbia un contratto o un rapporto di lavoro temporaneo, né per il lavoratore che non sia “*coperto da uno o da contratti collettivi che hanno attinenza con il rapporto di lavoro*”.

L'espressione “*lavoratore che non è coperto da uno o da contratti collettivi*” sembra debba essere interpretata con riferimento alla validità che negli ordinamenti dei singoli Stati membri hanno i contratti collettivi.

Se secondo la normativa nazionale, i contratti collettivi si applicano *erga omnes* a tutti i lavoratori, la disciplina negli stessi contenuta si applicherà anche per il lavoratore non membro di un'organizzazione firmataria del contratto.

Tale conclusione sembra emergere dalla formulazione della norma che fa riferimento al lavoratore “non coperto” dal contratto collettivo e non al lavoratore che non appartenga all'organizzazione sindacale firmataria.

Inoltre, una diversa interpretazione della disposizione, comporterebbe che solo per tale aspetto, l'efficacia del contratto collettivo verrebbe regolata a livello comunitario, il che non sembra corrispondere alla *ratio* della direttiva, che consente espressamente che la trasposizione negli Stati membri possa essere attuata mediante accordi stipulati tra le parti sociali.

Se, infatti, il contratto collettivo ha, come nell'ordinamento danese, efficacia *erga omnes*, affermare che solo con riferimento a quanto disposto dall'articolo 8, n. 2, tale disposizione è applicabile limitatamente ai lavoratori che fanno parte delle organizzazioni sindacali firmatarie del contratto collet-

tivo, comporterebbe una limitazione della competenza nazionale relativamente all'efficacia da attribuire ai contratti collettivi, non voluta dal legislatore comunitario.

Naturalmente, la predetta disposizione si riferisce anche alle categorie di lavoratori – si pensi a nuove tipologie di prestazioni lavorative ancora non disciplinate – per le quali non sia stato stipulato alcun contratto collettivo.

Deve rilevarsi che nell'ordinamento italiano la direttiva in esame è stata recepita con il decreto legislativo 26 maggio 1997, n. 152, che prevede all'articolo 1, comma 4, che alcune delle informazioni che è richiesto debbano essere fornite al lavoratore, possano essere date mediante *“il rinvio alle norme del contratto collettivo applicato al lavoratore”*.

Per quanto sopra esposto, si ritiene che la risposta al quesito debba essere individuata nella validità, riconosciuta in ogni ordinamento, alla contrattazione collettiva, in quanto dai contenuti della direttiva non appare che il legislatore comunitario abbia voluto intervenire sull'efficacia, attribuita in ogni Stato membro, ai contratti collettivi.

In ordine al terzo quesito i giudici remittenti chiedono come debba essere interpretata la locuzione di cui all'art. 8, n. 2 *“contratto o rapporto di lavoro temporaneo”* in una duplice prospettiva:

- se tale disposizione riguardi tutti i lavori a tempo determinato nei quali la durata del contratto sia fissata all'origine del rapporto (che prevedono per i lavoratori gli stessi diritti dei lavoratori assunti a tempo indeterminato) ovvero solo i contratti (definiti *“provvisori”* nell'ordinanza di remissione) per i quali *“di giorno in giorno si può porre fine al contratto di lavoro”*, in cui i lavoratori sono sottoposti a condizioni meno favorevoli;

- quali siano, comunque, i criteri affinché un rapporto di lavoro debba essere considerato come temporaneo (o *“di breve durata”*), ai sensi dell'articolo 8 n. 2 della direttiva n. 91/533/CEE, e come tale debba comportare l'esclusione dalla necessità di previa messa in mora del datore di lavoro quale condizione necessaria per ricorrere alle vie giudiziarie, qualora gli Stati membri nelle norme di recepimento abbiano accolto tale opzione.

Con riferimento al primo profilo, la disposizione della Direttiva va interpretata alla luce del suo oggetto e del suo scopo. Pertanto l'esclusione della previa messa in mora deve riferirsi non a qualsiasi contratto a tempo determinato, che potrebbe essere anche di alcuni anni, ma esclusivamente ai contratti temporanei che, per la loro breve durata, non si prestano al previo esperimento di particolari formalità per la tutela dei diritti derivanti dalla direttiva.

Quanto al secondo profilo, deve rilevarsi che la direttiva n. 91/533/CEE, nel definire all'articolo 1 il campo di applicazione, ha previsto che gli Stati membri possano avvalersi della facoltà di non applicare le disposizioni in essa contenute al rapporto di lavoro che:

- abbia una durata complessiva non superiore a un mese e/o non superi le otto ore di lavoro settimanale, ovvero

- abbia carattere occasionale e/o particolare purché, nel caso specifico, ragioni obiettive giustificino la sua non applicazione.

La predetta norma appare chiaramente contenere una definizione di lavoro temporaneo, applicabile anche all'articolo 8, n. 2.

Il legislatore italiano, con il decreto legislativo del 26 maggio 1997, n. 152 di recepimento della direttiva in esame, da un lato, ha limitato l'ambito di applicazione della normativa escludendo i "rapporti di lavoro di durata complessiva non superiore ad un mese e il cui orario non superi le otto ore settimanali" (art. 5); dall'altro, per tutti gli altri rapporti di lavoro, non si è avvalso della facoltà concessa agli Stati membri dall'articolo 8 n. 2 della direttiva di "subordinare" il ricorso giudiziale alla previa messa in mora del datore di lavoro.

Infatti, l'articolo 4 del predetto decreto legislativo si limita a prevedere la possibilità (e non l'obbligo) per il lavoratore di rivolgersi alla direzione provinciale del lavoro affinché intimi al datore di lavoro di fornire le informazioni previste dalla norma.

\*\*\*\*\*

Il Governo italiano propone quindi alla Corte di risolvere il primo quesito nel senso che l'art. 8, n. 1 della Direttiva 91/533/CEE, relativa all'obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro, comporti che un contratto collettivo mirante al recepimento delle sue disposizioni si applica anche al lavoratore che non è membro di un'organizzazione firmataria di detto contratto.

Il Governo italiano propone inoltre alla Corte di risolvere il secondo quesito nel senso che l'espressione "il lavoratore che non è coperto da uno o da contratti collettivi che hanno attinenza col rapporto di lavoro" di cui all'articolo 8, n. 2, di detta direttiva, comporti che le clausole di un contratto collettivo che prevedono la previa messa in mora del datore di lavoro si applicano anche ad un lavoratore non membro di un'organizzazione firmataria di detto contratto, ove nello Stato membro in questione sia attribuita efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi.

Il Governo italiano propone infine alla Corte di risolvere il terzo quesito nel senso che i termini "contratto di lavoro temporaneo" e "rapporto di lavoro temporaneo" di cui all'articolo 8, n. 2, della direttiva riguardino esclusivamente lavori di breve durata e non anche tutte le altre forme di rapporti di lavoro limitate nel tempo e che debba essere considerato come temporaneo e di breve durata il contratto che abbia una durata complessiva non superiore ad un mese e che non superi le otto ore di lavoro settimanali ovvero che abbia carattere occasionale e/o particolare ai sensi dell'art. 1 n. 2 della direttiva 91/533/CEE.

Roma, 17 ottobre 2007

Avv. Wally Ferrante».

**Causa C-321/07 - Materia trattata: libertà di stabilimento - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Landgerichts Mannheim (Germania) il 12 luglio 2007** - Procedimento penale a carico di Karl Schwarz. (Avvocato dello Stato S. Fiorentino - AL 36483/07).

LE QUESTIONI PREGIUDIZIALI

1) *Se, contrariamente all'art. 7, n. 5, della direttiva 91/439/CEE, sia possibile sul piano del diritto comunitario che un cittadino dell'Unione*

*europea possa essere in possesso di una valida patente di guida nazionale nonché di un'ulteriore patente di guida di un altro Stato membro, entrambe ottenute anteriormente all'adesione di quest'ultimo all'Unione europea; e, eventualmente,*

*2) se la revoca, avvenuta prima dell'entrata in vigore della Fahrerlaubnisverordnung 1° gennaio 1999 (regolamento tedesco 1° gennaio 1999, sulle patenti di guida), della seconda patente, nazionale, rilasciata posteriormente, per il reato di guida in stato di ebbrezza, implichi dal punto di vista giuridico che anche la validità della prima patente straniera, rilasciata anteriormente, non vada più riconosciuta a livello nazionale dopo l'adesione dello Stato membro straniero, anche qualora sia già scaduto il divieto nazionale [di rilascio di una nuova patente di guida].*

#### IL FATTO

Secondo quanto si ricava dall'ordinanza di rinvio, l'imputato è un cittadino austriaco residente in Germania ed è in possesso di una patente di guida austriaca di categoria A e B sin dal 28 ottobre 1964, quando gli fu rilasciata dall'ufficio della motorizzazione di Vienna.

Nel 1968 l'imputato aveva fatto convertire la patente di guida austriaca in una patente tedesca di categoria 1 e 3, senza, tuttavia, che gli venisse chiesto di consegnare il documento austriaco alle autorità tedesche.

Dopo avere rinunciato, in data 9 maggio 1988, al permesso di guida tedesco ed avere restituito la relativa patente, l'imputato ha conseguito, in data 3 maggio 1994, una nuova patente di guida tedesca ed anche in tale occasione gli venne consentito di mantenere la patente di guida austriaca.

Tale era, dunque, la situazione esistente alla data del 1° gennaio 1995, a decorrere dalla quale ha avuto effetto l'atto di adesione della Repubblica austriaca alle Comunità europee.

In data 1° dicembre 1997, con sentenza dell'Amstgericht di Mannheim, l'imputato è stato condannato ad un'ammenda per il reato di guida in stato di ebbrezza. Contestualmente gli è stato revocato il permesso di guida e gli è stata sequestrata la patente, con applicazione di un divieto di rilascio di una nuova patente per un periodo non inferiore a sei mesi. Una successiva domanda di rilascio di una nuova patente di guida, avanzata dall'imputato nel corso il 24 luglio 2000, è stata respinta in data 2 aprile 2001, a causa della mancata presentazione del certificato di idoneità.

L'11 aprile 2005 l'imputato è stato colto alla guida di un autoveicolo su strada tedesca. L'Amstgericht di Mannheim ha quindi emesso, in data 30 gennaio 2006, un decreto penale di condanna per guida senza patente, contro il quale non fu proposta opposizione in quanto, a dire dell'interessato, il decreto era stato comunicato a Vienna e, pertanto, egli non ne era venuto in possesso in tempo utile per impugnarlo.

In pendenza di questo procedimento, in data 23 dicembre 2005, si è verificato il fatto che ha dato origine al giudizio principale: l'imputato è stato nuovamente colto alla guida di un autoveicolo, sulle strade di Mannheim, ma, a differenza dalla precedente occasione, egli ha questa volta esibito il

titolo di guida austriaco. Le autorità tedesche gli hanno, nondimeno, contestato il reato di guida senza patente, punibile ai sensi dell'art. 21, comma 1, n. 1 dello Straßenverkehrsgesetz (StVG – Codice della strada tedesco).

Con sentenza del 22 giugno 2006 l'Amstgericht di Mannheim ha assolto l'imputato. La Procura di Mannheim si è appellata al locale Landgericht.

#### LA POSIZIONE DEL GOVERNO ITALIANO

«... (omissis)

#### *Conclusioni*

Alla stregua delle considerazioni che precedono, il Governo italiano suggerisce alla Corte di rispondere ai quesiti sottoposti al suo esame affermando che:

*Il fatto che una patente di guida sia stata rilasciata da uno Stato membro anteriormente alla sua adesione all'Unione europea, non osta all'applicazione, a tale patente, delle disposizioni della direttiva 91/439/CEE concernenti le patenti di guida, ivi compresa quella contenuta nell'articolo 7, paragrafo 5, della direttiva, secondo la quale si può essere titolari di un'unica patente di guida rilasciata da uno Stato membro.*

*L'art. 8, par. 2, della direttiva 91/439/CEE consente allo Stato membro di residenza normale di applicare al titolare di una patente di guida rilasciata da un altro Stato membro le proprie disposizioni nazionali concernenti la restrizione, la sospensione la revoca o l'annullamento del diritto a guidare, anche dopo la scadenza del termine minimo di divieto nazionale di rilascio di una nuova patente di guida, a meno che il possesso della patente di guida dell'altro Stato membro non implichi che il titolare sia stato oggetto di un successivo accertamento della propria idoneità alla guida. Questa condizione non si verifica nel caso del possesso di una patente rilasciata anteriormente all'applicazione del divieto, a meno che tale patente non sia stata oggetto di un provvedimento di rinnovo nell'altro Stato membro, che implichi un nuovo accertamento dell'idoneità alla guida.*

Roma, 19 novembre 2007

Avv. Sergio Fiorentino».

**Causa C-348/07 - Materia trattata: libertà di stabilimento - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Landegericht Hamburg (Germania) il 27 luglio 2007 – Turgay Semen/Deutsche Tamoil GmbH. (Avvocato dello Stato S. Fiorentino - AL 37824/07).**

#### LE QUESTIONI PREGIUDIZIALI

1) *Se sia compatibile con l'art. 17, n. 2, lett. a), della direttiva del Consiglio 18 dicembre 1986, 86/653/CEE, relativa al coordinamento dei diritti degli Stati membri concernenti gli agenti commerciali indipendenti, il fatto che l'indennità dovuta all'agente commerciale incontri una limitazione costituita dall'importo delle provvigioni da lui perse a seguito dell'estinzione del contratto di agenzia, anche nel caso in cui i vantaggi che permangono al proponente debbano essere considerati di entità superiore.*

2) *Se, nel caso di un gruppo societario di cui il preponente faccia parte, tra i detti vantaggi rientrino anche quelli che pervengono alle società del gruppo.*

#### IL FATTO

A seguito del recesso della Deutsche Tamoil GmbH dal rapporto di agenzia che la legava all'attore, questi la ha convenuta in giudizio, chiedendo, tra l'altro, un'indennità determinata ai sensi dell'art. 89b, n. 1, del codice di commercio tedesco. L'attore aveva gestito, dall'1.11.2001 al 31.12.2005, una stazione di rifornimento di nuova costruzione di proprietà della convenuta, principalmente vendendo carburanti e lubrificanti in nome e per conto della preponente (ma anche fornendo ai propri clienti schede telefoniche di vari operatori, messe a disposizione dalla preponente medesima).

Le parti hanno proposto al Tribunale punti di vista contrastanti in ordine alla determinazione dell'importo delle provvigioni perse dall'agente. Sostiene, peraltro, l'attore – ed è questo il punto che ha dato luogo al rinvio pregiudiziale – che, indipendentemente dalla correttezza del proprio calcolo, i vantaggi ricavati dalla preponente sarebbero notevolmente maggiori e giustificerebbero, anche sotto il profilo dell'equità, la condanna al pagamento dell'indennità nella misura richiesta. Per dimostrare tale assunto, l'attore ha analizzato le particolarità dei rapporti contrattuali del settore ed ha inoltre fatto riferimento – il che ha giustificato il secondo quesito pregiudiziale – agli interessi complessivi del gruppo societario di cui fa parte la convenuta.

Nella motivazione del rinvio, il Landgericht ha riferito di una posizione della dottrina tedesca, secondo la quale l'art. 89b, n. 1, prima frase dell'HGB si discosterebbe dall'art. 17, n. 2, lett. a) della direttiva, in quanto per quest'ultima le perdite di provvigione dell'agente commerciale costituiscono solo uno fra gli elementi da considerare, nel contesto della verifica di equità dell'indennità.

Il Tribunale di Amburgo mostra di non condividere che vi sia una simile diversità di contenuto, perché anche la disposizione della direttiva può essere interpretata, come pacificamente avviene per la norma interna, nel senso che l'importo delle provvigioni perdute dall'agente commerciale costituisca la misura massima dell'indennità. Secondo il Giudice del rinvio questa interpretazione, oltre a non essere in contrasto con il tenore letterale della direttiva, potrebbe trovare fondamento nella circostanza che la direttiva si è ispirata proprio alla disciplina tedesca. Essa, inoltre, avrebbe il pregio di condurre ad una soluzione facilmente praticabile.

Altri argomenti potrebbero tuttavia far propendere per un'interpretazione differente: di qui l'opportunità di sollevare la questione pregiudiziale.

#### LA POSIZIONE DEL GOVERNO ITALIANO

«...(*omissis*)

#### *Conclusioni*

Alla stregua delle considerazioni che precedono, il Governo italiano suggerisce alla Corte di rispondere ai quesiti sottoposti al suo esame affermando che:

*L'art. 17, n. 2, della direttiva del Consiglio 18 dicembre 1986, 86/653/CEE, relativa al coordinamento dei diritti degli Stati membri concernenti gli agenti commerciali indipendenti, non deve essere interpretato nel senso che l'indennità dovuta all'agente commerciale incontra una limitazione costituita dall'importo delle provvigioni da lui perse a seguito dell'estinzione del contratto di agenzia. Il ricorso al criterio dell'equità – nel contesto del quale possono essere anche considerati i vantaggi che permangono al preponente – può, in base ad una valutazione del caso concreto e secondo parametri che spetta alla legislazione nazionale definire, condurre alla liquidazione di un'indennità inferiore o superiore, purché contenuta nel limite massimo stabilito dall'art. 17, n. 2, lettera b) della direttiva.*

*Nel caso di un gruppo societario di cui il preponente faccia parte, tra i vantaggi che permangono al preponente, rilevanti ai fini della determinazione dell'indennità spettante all'agente di commercio, non rientrano anche quelli che pervengono ad altre società del gruppo, se così non è previsto dal contratto di agenzia, come interpretato dal Giudice nazionale alla stregua del proprio diritto interno. L'applicazione di questa regola non priva l'agente della facoltà di chiedere un risarcimento dei danni corrispondenti al minore importo dell'indennità, se tale minore importo è la conseguenza di una condotta del preponente contraria al dovere di lealtà e buona fede imposto dall'articolo 4 della direttiva.*

Roma, 26 novembre 2007

Avv. Sergio Fiorentino».

**Causa C-349/07 - Materia trattata: principi del diritto comunitario – Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Supremo Tribunal Administrativo il 27 luglio 2007 - Sopropé – Organizacoes de Calcado, Lda/Fazenda Publica. (Avvocato dello Stato G. Albenzio - AL 39121/07).**

#### LE QUESTIONI PREGIUDIZIALI

1) *Se il termine da otto a quindici giorni stabilito all'articolo 60, n. 6, della Lei General Tributaria (legge tributaria generale) e all'articolo 60, n. 2, del Regime Complementar do procedimento de Inspeccao (Regolamento complementare del procedimento di ispezione tributaria), approvato con decreto legge n. 413/98 del 31 dicembre, ai fini dell'esercizio orale o scritto del diritto del contribuente di essere ascoltato, sia conforme al principio del diritto di difesa.*

2) *Se un termine di tredici giorni, calcolato a decorrere dalla notifica effettuata dall'autorità doganale a un importatore comunitario (nella fattispecie una piccola ditta portoghese di commercio di calzature) per esercitare il suo diritto di audizione preventiva entro otto giorni e la data della notifica per versare i dazi di importazione in dieci giorni, in relazione a 52 operazioni di importazioni di calzature dall'Estremo oriente ai sensi del regime SPG effettuate nell'arco di due anni e mezzo (tra il 2000 e la metà del 2002), possa essere ritenuto un termine ragionevole per l'importatore per l'esercizio del suo diritto di difesa.*

## IL FATTO

Una società importatrice di calzature ha proposto ricorso contro l'avviso di liquidazione dei dazi doganali emesso dall'autorità doganale portoghese, lamentando la violazione del principio del diritto di difesa a causa della esiguità dei termini concessi ai fini dell'esercizio orale o scritto del diritto "all'audizione da parte del contribuente". Dall'esame dell'ordinanza di remissione, emerge che i termini concessi sono conformi a quanto previsto in materia dalle leggi portoghesi, tuttavia, i Giudici *a quo* pur rilevando che "non risulta sia stata chiamata in causa l'interpretazione di alcuna norma comunitaria, in particolare, una norma comunitaria che sia stata violata a causa del termine che è stato concesso per esercitare il diritto di audizione preventiva", hanno ritenuto necessario adire la Corte di Giustizia, per accertare se tali termini siano o meno "conformi al principio del diritto di difesa".

## LA POSIZIONE DEL GOVERNO ITALIANO

«Il Governo italiano, quanto ai quesiti posti ed ai principi generali richiamati dal Giudice remittente, ritiene di dover intervenire nel presente giudizio perché l'emananda decisione può avere riflessi sulle disposizioni interne in materia e su eventuali contenziosi che dovessero sorgere fra le Autorità Doganali Nazionali e gli operatori commerciali.

Si osserva, in proposito, che nel Reg. CEE n. 2913/92 non si rinviene alcun termine nella materia oggetto della questione pregiudiziale in esame e l'art. 6 stabilisce che la decisione dell'Autorità doganale sulle richieste formulate "sull'applicazione della normativa" deve essere assunta e comunicata "al più presto"; d'altro canto, l'art. 245 prevede che "le norme di attuazione della procedura di ricorso sono adottate dagli Stati membri".

A livello nazionale, la materia è disciplinata dal D.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43, testo unico delle leggi doganali, e dal decreto legislativo 8 novembre 1990, n. 374; l'articolo 65 del citato Testo unico, indica le modalità con le quali i contribuenti possono difendersi dalle decisioni assunte dall'autorità doganale in sede di accertamento prevedendo che sulla eventuale contestazione decide, con provvedimento motivato, il capo della dogana, che la decisione deve essere subito notificata all'interessato e che: "Se il proprietario della merce non intende accettare la decisione, nel termine perentorio di dieci giorni dalla notifica deve chiedere che si proceda alla redazione di apposito verbale"; altro termine (non inferiore a quindici giorni) è previsto dall'articolo 11 del decreto legislativo n. 374/1990, perché l'operatore, nel caso di revisione dell'accertamento, compaia o fornisca notizie se a tal fine "invitato" dall'ufficio doganale; il diritto di difesa è inoltre assicurato dall'articolo 22 del decreto legislativo n. 374/1990 che permette, comunque, al contribuente di presentare, entro il termine di sessanta giorni, i rimedi giurisdizionali previsti dalle norme.

Tanto premesso, si rileva, in primo luogo, che la domanda di pronunzia pregiudiziale appare irricevibile, perché la Corte portoghese nel sollevare le questioni pregiudiziali non ha indicato con puntualità le norme comunitarie

che si presumono violate, invocando genericamente la violazione del “*principio del rispetto dei diritti di difesa*”; vero è che l’articolo 234 CE stabilisce che la Corte di Giustizia è competente a pronunciarsi sull’interpretazione del Trattato ma la Corte di Giustizia ha più volte deciso che: “*l’esigenza di giungere a un’interpretazione del diritto comunitario che sia utile per il giudice nazionale impone che quest’ultimo definisca l’ambito di fatto e di diritto in cui si inseriscono le questioni sollevate o che esso spieghi almeno le ipotesi di fatto su cui tali questioni sono fondate (causa C-458/93. Saddik, punto 12). È inoltre indispensabile che il giudice nazionale fornisca delle spiegazioni minime in ordine ai motivi che lo hanno indotto a chiedere l’interpretazione di quelle determinate disposizioni comunitarie e sul nesso intercorrente tra le disposizioni medesime e la normativa nazionale applicabile alla controversia. Va sottolineato al riguardo che le informazioni fornite a tal fine dalle decisioni di rinvio non servono solo a consentire alla Corte di risolvere in modo utile le questioni ma anche a dare ai governi degli Stati membri e alle altre parti interessate la possibilità di presentare osservazioni ai sensi dell’art 20 dello Statuto della Corte*” (cfr. ordinanza 7 aprile 1995 causa C-167/94, e da ultimo sentenza 6 marzo 2007, cause riunite C-338/04, C-359/04, C-360/04).

Nel caso in esame, la Corte portoghese non ha indicato la norma comunitaria che si presume violata; anzi, come sopra segnalato, l’articolo 245 del Codice doganale europeo (Reg. n. 2913/92) rimette agli Stati membri l’adozione delle norme per l’attuazione della procedura di ricorso; con la questione pregiudiziale in esame (nelle formulazione proposta) si chiede alla Corte di Giustizia di valutare la congruità di termini previsti da norme nazionali, rispetto al generico parametro di tutela del diritto di difesa, senza indicare alcuna disposizione comunitaria che dovrebbe costituire il parametro di riferimento.

Una pronuncia della Corte di Giustizia che, entrando nel merito, giungesse ad affermare che siano illegittimi i termini indicati nella legge portoghese, finirebbe per costituire una grave ingerenza in un ambito che lo stesso legislatore comunitario ha riservato (con l’art. 245 citato) agli Stati membri, creando in tal modo un pericoloso precedente.

Peraltro, la giurisprudenza elaborata in materia di diritto di difesa da parte della Corte di Giustizia riguarda controversie nelle quali o è stata analizzata una precisa disposizione comunitaria che si affermava essere lesiva di tale diritto (cfr. sentenza 12 dicembre 2002, causa C-395/00, con la quale è stata dichiarata la parziale invalidità di un articolo della direttiva 92/12/CE) oppure si è contestato il mancato rispetto del diritto di difesa da parte di organismi comunitari in procedure inerenti l’erogazione di fondi europei (cfr. sentenza 24 ottobre 1996, causa C-32/95 P; e sentenza 21 settembre 2000, causa C-462/98 P); non appare compatibile con l’articolo 234 del Trattato ammettere che la Corte di Giustizia possa verificare la compatibilità di norme nazionali con riferimento a principi generali (salvo che nei limiti di astratte affermazioni di principio), quando manchi un preciso parametro di valutazione (da individuare in termini fissati nella legislazione europea che

possano fungere da indice di riferimento); oltretutto, una pronunzia svincolata da precisi riferimenti normativi comunitari, creerebbe incertezza quanto alla individuazione dei termini da considerare “*legittimi*” a livello comunitario, con possibili ripercussioni anche in ambiti diversi da quello oggetto della presente pregiudiziale.

Inoltre, l’ordinanza di remissione appare del tutto laconica in ordine all’indicazione del quadro nazionale di riferimento, poiché non viene specificato se i termini oggetto di contestazione siano stati concessi nell’ambito della fase amministrativa del procedimento tributario o in quella giudiziaria; non viene neppure specificato se il contribuente (come accade nel nostro ordinamento sopra descritto) abbia o meno la possibilità di presentare ricorso giurisdizionale avverso i provvedimenti amministrativi e se in questa fase siano concessi ulteriori termini per esercitare il diritto di difesa; specificazione necessaria, poiché la concessione di termini “*brevi*” al contribuente nella fase amministrativa non può comportare violazione del diritto di difesa allorché sia sempre ammessa la possibilità di proporre ricorso giudiziale ed i termini previsti in tale fase garantiscano pienamente tale diritto.

Ad ogni buon conto, ad avviso del Governo italiano, qualora la Corte ritenesse di poter decidere nel merito, dovrebbe limitarsi alla affermazione della necessità di assicurare agli operatori l’esercizio del proprio diritto di difesa sia nella fase amministrativa che in quella giudiziale (v. sentenza 8 marzo 2007, in causa C-44/06), senza ulteriori indicazioni specifiche (riservate ai legislatori nazionali, come ribadito dalla sentenza 11 gennaio 2001, in causa C-1/99).

*In conclusione*

*il Governo italiano suggerisce alla Corte di dichiarare irricevibile la domanda di pronunzia pregiudiziale e, in via subordinata, di rispondere ai quesiti sottoposti al suo esame affermando che il principio del diritto di difesa dell’operatore che voglia contestare una decisione delle autorità doganali deve essere rispettato sia nei procedimenti amministrativi che in quelli giudiziali, secondo la disciplina che il legislatore nazionale è competente ad emanare.*

Roma, 20 novembre 2007

Avv. Giuseppe Albenzio».

**Causa C-375/07 - Materia trattata: unione doganale. Domanda di pronunzia pregiudiziale proposta dallo Hoge Raad der Nederlanden (Paesi Bassi) il 3 agosto 2007** – Staatssecretaris van Financien/Heuschen & Schrouff Oriental Foods Trading BV. (Avvocato dello Stato G. Albenzio - AL 38356/07).

LE QUESTIONI PREGIUDIZIALI

*1) Se fogli, quali descritti nell’ allegato al regolamento (CE) della Commissione 27 giugno 1997, n. 1196 (GU L 170, pag. 13), rientrano nella voce 1905 della nomenclatura combinata, allorché si tratta di fogli composti di farina di riso, sale e acqua, che sono essiccati, ma non sottoposti ad alcun trattamento termico.*

2) *Se, alla luce della soluzione per la questione precedente il regolamento appena citato sia valido.*

3) *Se l'art. 871 del regolamento (CEE) della Commissione 2 luglio 1993, n. 2454, che fissa talune disposizioni d'applicazione del regolamento (CEE) n. 2913/92 del Consiglio che istituisce il codice doganale comunitario (GU L 253, pag. 1), come modificato dal regolamento (CE) della Commissione 29 luglio 1998, n. 1677 (GU L 212, pag. 18) debba essere interpretato nel senso che, laddove, ai sensi del detto art. 871, n. 1, gravi sull'autorità doganale l'obbligo di sottoporre una fattispecie alla Commissione prima di poter decidere di rinunciare ad una contabilizzazione a posteriori nella detta fattispecie, il giudice nazionale, chiamato a decidere su un ricorso promosso dal debitore d'imposta avverso la decisione dell'autorità doganale di procedere alla contabilizzazione a posteriori, non ha il potere di annullare la contabilizzazione a posteriori in base alla propria conclusione che siano sussistenti le condizioni, di cui all'art. 220, n. 2, lett. b), per (dover) rinunciare alla contabilizzazione a posteriori, conclusione che non è suffragata dalla Commissione.*

4) *Qualora la soluzione alla questione sub 3 sia nel senso che la circostanza che sia riconosciuta alla Commissione una certa competenza decisionale in materia di recupero dei dazi doganali non comporta una limitazione della competenza del giudice nazionale chiamato a pronunciarsi su un ricorso relativo al recupero dei dazi doganali, se il diritto comunitario contenga un'altra disposizione atta a garantire l'uniforme applicazione del diritto comunitario allorché, in un dato caso concreto, le valutazioni della Commissione e del giudice nazionale siano divergenti riguardo ai criteri che sono utilizzati nell'ambito dell'art. 220, n. 2, del CDC per determinare se un errore dell'autorità doganale sia rilevabile dal debitore d'imposta.*

#### IL FATTO

Con ordinanza pronunciata in data 13 luglio 2007 e depositata in data 3 agosto 2007, l'Autorità Giudiziaria in epigrafe indicata ha sollevato davanti alla Corte una questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 CE nell'ambito di un procedimento per il pagamento di dazi doganali relativi ad operazioni di importazione, con immissione in libera pratica, di merce definita "rice-paper" (pasta di riso in sfoglie) proveniente da Paesi extracomunitari, alla quale la dogana competente aveva attribuito la voce doganale 1901 90 99 della Tariffa doganale comune-TDC, con conseguente assoggettamento al pagamento di dazio, come in effetti poi richiesto a mezzo di avviso di accertamento del 22/11/2000 per NLG 13.650,30.

Dal contenuto dell'ordinanza risulta che la parte ricorrente contesta la attribuzione della voce doganale suddetta, ritenendo invece corretta la voce 1905 90 20 della TDC, con più favorevole tassazione, ritenendo il Regolamento di classificazione CE n. 1196/1997 non adottato in conformità ai suoi poteri; la parte privata invoca, comunque, il disposto dell'art. 220, n. 2, lett. b), CDC e la conseguente *non contabilizzazione a posteriori* del dazio maggiore preteso.

A tale ultimo fine la parte privata aveva presentato domanda di sgravio ai sensi dell'art. 239, n. 1, CDC che la Commissione aveva respinto con decisione 17 giugno 2004; tale decisione era stata impugnata dinanzi al Tribunale di primo grado che aveva deciso rigettare il ricorso con sentenza 30/11/2006, causa T-382/04, gravata di impugnazione dinanzi alla Corte di Giustizia; contestualmente, i Giudizi nazionali aditi dalla parte hanno annullato l'intimazione di pagamento, ritenendo che nel caso di specie non si sarebbe dovuto procedere alla *contabilizzazione a posteriori* ai sensi dell'art. 220, n. 2, lett. b), CDC.

#### LA POSIZIONE DEL GOVERNO ITALIANO

«Il Governo italiano, quanto ai quesiti posti ed ai principi generali richiamati dal Giudice remittente, ritiene di dover intervenire nel presente giudizio perché l'emananda decisione può avere riflessi sulle disposizioni interne in materia e su eventuali contenziosi che dovessero sorgere fra le Autorità Doganali Nazionali e gli operatori commerciali.

...(omissis)

#### *In conclusione*

il Governo italiano suggerisce alla Corte di rispondere ai quesiti sottoposti al suo esame affermando, con riferimento al caso in esame: 1) un prodotto costituito da fogli di farina di riso, sale e acqua essiccati, senza essere sottoposto ad alcun trattamento termico va classificato alla voce nc. 1905 2090; 2) il Regolamento CEE della Commissione 27 giugno 1997 n. 1196 è valido; 3) ai sensi dell'art. 871 (e dell'art. 905) Reg. CEE della Commissione 2 luglio 1993 n. 2454, la Commissione non può prendere in considerazione una domanda di sgravio/rimborso qualora sia pendente dinanzi al giudice nazionale una controversia promossa dal debitore d'imposta che abbia il medesimo oggetto, salvo che la domanda stessa non sia trasmessa dall'Autorità doganale nazionale (in quest'ultimo caso detta Autorità doganale dovrà conformarsi alla decisione della Commissione); 4) il Giudice nazionale non può sindacare le decisioni definitive della Commissione e vi si deve conformare, salvo rimessione della questione alla Corte di Giustizia.

Roma, 18 novembre 2007

Avv. Giuseppe Albenzio».

**Causa C-388/07 - Materia trattata: politica sociale - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court) (Regno Unito) il 9 agosto 2007** – The Queen su domanda proposta dagli Incorporated Trustees of the National Council on Aging (“Age Concern England”)/Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform. (Avvocato dello Stato W. Ferrante - AL 39466/07).

#### LE QUESTIONI PREGIUDIZIALI

*Con riguardo alla direttiva del Consiglio 27 novembre 2000, 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (“la direttiva”):*

1)

*Età pensionabile nazionale e ambito di applicazione della direttiva*

*i) Se nell'ambito della direttiva rientrino le norme del diritto nazionale che consentono ai datori di lavoro di licenziare lavoratori di 65 anni di età o di età superiore a causa di pensionamento.*

*ii) Se nell'ambito della direttiva rientrino le norme del diritto nazionale che consentono ai datori di lavoro di licenziare lavoratori di 65 anni di età o di età superiore a causa di pensionamento, quando tali norme siano state introdotte dopo l'adozione della direttiva;*

*iii) alla luce delle risposte che saranno fornite ai quesiti sub i) e ii) di cui sopra*

*1) se gli articoli 109 e/o 156 della legge 1996 (n.d.r. normativa nazionale inglese) e/o*

*2) se gli articoli 30 e 7, in combinato disposto con gli allegati 8 e 6 del regolamento (n.d.r. normativa nazionale inglese) fossero o rispettivamente siano da considerarsi disposizioni nazionali che stabiliscono età pensionabile ai sensi del quattordicesimo "considerando".*

2)

*Definizione di discriminazione diretta fondata sull'età: difesa della giustificata disparità di trattamento*

*iv) Se l'articolo 6, n. 1, della direttiva consenta agli Stati membri di emanare una legislazione ai sensi della quale una disparità di trattamento in ragione dell'età non costituisce discriminazione se è intesa come mezzo proporzionato per il conseguimento di finalità legittima, o se l'articolo 6, n. 1, imponga agli Stati membri di definire tipologie di disparità di trattamento che potrebbero essere in tal modo giustificate, per mezzo di un elenco o altro strumento analogo per forma e contenuto all'art. 6, n. 1.*

3)

*Criteri di giustificazione della discriminazione diretta ed indiretta*

*v) Quali siano, se esistono, le differenze concrete rilevanti tra i criteri di giustificazione definiti all'art. 2, n. 2, della direttiva relativi alla discriminazione indiretta, ed i criteri di giustificazione relativi alla discriminazione diretta fondata sull'età, previsti all'art. 6, n. 1, della direttiva.*

## IL FATTO

La questione pregiudiziale è stata sollevata nel corso di una controversia nella quale, un ente inglese per la promozione del benessere degli anziani, ha impugnato un regolamento del 2006 teso a recepire nell'ordinamento inglese la direttiva 2000/78/CE, recante norme sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, lamentando che alcune disposizioni sarebbero contrarie al diritto comunitario in quanto realizzerebbero una discriminazione fondata sull'età.

In particolare, è stata contestata la legittimità di una norma che esclude dall'ambito di applicazione del regolamento il licenziamento di dipendenti motivato dal raggiungimento dell'età pensionabile, se effettuato nel rispetto di taluni requisiti procedurali.

I giudici remittenti hanno chiarito che, nel diritto nazionale inglese, prima del 1 ottobre 2006, data di entrata in vigore della legge nazionale in contestazione, i datori di lavoro potevano legittimamente procedere al licenziamento dei lavoratori subordinati che avessero raggiunto 65 anni di età o la diversa età pensionabile, ed in questo caso il lavoratore non poteva chiedere la tutela prevista per il licenziamento illegittimo.

Il regolamento impugnato nel giudizio *a quo*, introducendo nell'ordinamento inglese norme sul divieto di discriminazione, prima assenti, ha comunque precisato, all'art. 30, paragrafo 2, che queste disposizioni non possono far ritenere *“illegittimo il licenziamento di una persona dell'età di 65 anni od oltre, ... ove causa del licenziamento sia il pensionamento”*.

#### LA POSIZIONE DEL GOVERNO ITALIANO

«Con riferimento al primo quesito, con il quale il Giudice remittente chiede alla Corte se rientrino nell'ambito di applicazione della direttiva 2000/78/CE le norme del diritto nazionale inglese che consentono ai datori di lavoro di licenziare i lavoratori in età pensionabile, il Governo italiano ritiene debba darsi risposta positiva, come già ritenuto dalla giurisprudenza comunitaria.

La direttiva 2000/78/CE ha voluto creare un quadro generale per garantire la parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro per fornire protezione contro eventuali discriminazioni dirette ed indirette fondate su uno dei motivi di cui all'articolo 1 (religione, convinzioni personali, handicap, età o tendenze sessuali).

L'articolo 3, definendo il campo di applicazione della direttiva, stabilisce che la stessa si applica *“a tutte le persone ... per quanto attiene ... c) all'occupazione e alle condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e la retribuzione”*.

Il quattordicesimo 'considerando' della direttiva 2000/78/CE lascia impregiudicate le disposizioni nazionali che stabiliscono l'età pensionabile.

Ciò premesso, nella sentenza del 16 ottobre 2007, causa C-411/05, la Corte di Giustizia, al punto 44, ha chiarito che *“Tale 'considerando', tuttavia, si limita a precisare che la direttiva in parola non incide sulla competenza degli Stati membri a stabilire l'età per poter accedere al pensionamento e non osta minimamente all'applicazione della direttiva di cui trattasi alle misure nazionali che disciplinano le condizioni per il termine di un contratto di lavoro al raggiungimento dell'età pensionabile così fissata”*.

Al punto 45 della predetta sentenza, che si è occupata di un caso analogo a quello oggetto del presente giudizio, riguardante la legislazione spagnola, la Corte ha precisato che *“la normativa in esame nella causa principale, che ritiene valida la cessazione ex lege del rapporto di lavoro fra un datore di lavoro ed un lavoratore allorché quest'ultimo raggiunge l'età di 65 anni, incide sulla durata del rapporto di lavoro che vincola le parti, nonché, in maniera più generale, sull'esercizio da parte del lavoratore interessato della propria attività professionale, impedendone la partecipazione futura alla vita attiva”*.

La Corte ha pertanto concluso, al punto 46 della predetta sentenza, che *“si deve ritenere che una disciplina di tale genere stabilisca norme attinenti all’occupazione e alle condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e la retribuzione” ai sensi dell’art. 3, n. 1, lett. c), della direttiva 2000/78”*.

In proposito, si osserva che, nell’ordinamento italiano, l’articolo 4 comma 2 della legge 11 maggio 1990 n. 108, recante disciplina dei licenziamenti individuali, prevede che *“Le disposizioni di cui all’articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300”, concernenti la tutela reale nei confronti dei licenziamenti illegittimi “non si applicano nei confronti dei prestatori di lavoro ultrasessantenni, in possesso dei requisiti pensionistici, sempre che non abbiano optato per la prosecuzione del rapporto”*.

La norma è stata oggetto di numerose pronunce della Corte Costituzionale, ma non in merito alla presunta discriminazione che si realizzerebbe con riferimento ai lavoratori “anziani”, ma in relazione alla disparità di trattamento tra uomini e donne in ragione della diversa età pensionabile e alle diverse modalità per esercitare l’opzione per proseguire il rapporto di lavoro (cfr. per tutte sentenze n. 498/1988 e n. 256/2002).

Infatti, la giurisprudenza, sia costituzionale sia della Suprema Corte, non ha posto in dubbio l’esistenza di una legittima ragione giustificatrice della norma che prevede un diverso trattamento in ragione dell’età, ritenendo che sia una *“scelta ragionevole ed equilibrata tutelare in modo forte i lavoratori che trovano nel lavoro l’unica fonte del loro sostentamento ed escludere, invece da tale tutela quei lavoratori che, dopo una vita lavorativa protetta da norme limitative del recesso, hanno acquisito quel trattamento istituzionalmente sostitutivo del reddito da lavoro”* (Cass. sez. Lavoro, sentenza n. 2472 del 6 febbraio 2006; nonché Cass. Sez. Lavoro, sentenza n. 3907 del 20 aprile 1999).

Alla luce della citata sentenza della Corte di Giustizia C-411/05, deve dunque ritenersi che sia la normativa italiana, sia quella inglese oggetto del presente giudizio rientrino nel campo di applicazione della direttiva, apparendo del tutto irrilevante se tali norme siano state adottate prima o dopo l’entrata in vigore della direttiva, non potendosi trarre elementi in tal senso dalla formulazione del “considerando” n. 14.

Quanto alla questione proposta sub iii), con la quale si chiede se le norme di diritto inglese siano da considerare disposizioni che stabiliscono l’età pensionabile, si ritiene che la questione, riguardando l’interpretazione di una disposizione nazionale, debba essere dichiarata irricevibile, dovendo la Corte di Giustizia, ai sensi dell’art. 234 del Trattato, interpretare le disposizioni comunitarie e non anche le norme interne degli Stati membri.

Con il secondo quesito, il Giudice remittente chiede alla Corte di precisare se l’articolo 6, n. 1, della direttiva permetta agli Stati membri di emanare (o mantenere) una legislazione che, pur prevedendo astrattamente delle disparità di trattamento, non costituisca discriminazione in ragione dell’età perché mezzo proporzionato al conseguimento di finalità legittime, ovvero se la formulazione dell’articolo 6, n. 1, imponga agli Stati membri di “defi-

*nire tipologie di disparità di trattamento che potrebbero essere in tal modo giustificate, per mezzo di un elenco o altro strumento analogo per forma e contenuto all'art. 6, n. 1".*

Per costante giurisprudenza della Corte di Giustizia *"La trasposizione nel diritto interno di una direttiva non richiede necessariamente che le sue disposizioni vengano riprese in modo formale e testuale in una norma di legge o di regolamento espressa e specifica e può essere sufficiente un contesto giuridico generale; ciò vale a condizione che esso garantisca effettivamente la piena applicazione della direttiva in modo sufficientemente chiaro e preciso"* (cfr. sentenza del 10 aprile 2003, causa C-392/99 nonché sentenza 4 dicembre 2003, Causa C-63/01).

Per quanto esposto, deve ritenersi che non sia necessario precisare in un "elenco" le disposizioni di diritto interno che si ritengono compatibili con la direttiva comunitaria perché, qualora fosse affermato tale principio, ciò imporrebbe, nella trasposizione della maggioranza delle direttive comunitarie, di inserire un simile elenco nei testi di recepimento, con un notevole appesantimento dei testi normativi.

L'art. 6 n. 1 della direttiva afferma che possano ritenersi disparità di trattamento giustificate da una finalità legittima: a) la definizione di condizioni speciali di accesso all'occupazione per i giovani, i lavoratori anziani e i lavoratori con persone a carico; b) la fissazione di condizioni minime di età e di esperienza professionale per l'accesso all'occupazione e c) la fissazione di un'età massima per l'assunzione.

In proposito, l'art. 3, comma 4 del decreto legislativo del 9 luglio 2003, n. 216, di attuazione nell'ordinamento italiano della direttiva 2000/78/CE, fa salve le disposizioni che prevedono la possibilità di trattamenti differenziati in merito agli adolescenti, ai giovani, ai lavoratori anziani e ai lavoratori con persone a carico, dettati dalla particolare natura del rapporto e dalle legittime finalità di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale.

Il riferimento alle finalità di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale, a giustificazione della disparità di trattamento in ragione dell'età, è rinvenibile non solo nell'art. 6 n. 1 della direttiva ma anche nel "considerando" 25, che riconosce espressamente che, in talune circostanze, delle disparità di trattamento in funzione dell'età possano essere giustificate.

Peraltro, l'elenco esemplificativo contenuto nelle richiamate lettere a), b), e c) dell'art. 6 n. 1 individua fattispecie derogatorie abbastanza generiche (età minima, età massima, condizioni particolari di accesso per i giovani), il che fa ritenere che la "specificità" delle disposizioni nazionali che prevedano giustificate disparità di trattamento fondate sull'età, richiesta dal "considerando" 25, sia da interpretarsi in modo comunque elastico e tale da non imporre agli Stati membri una dettagliata elencazione delle norme che, nell'ordinamento nazionale, giustifichino un diverso trattamento in funzione dell'età.

Con riferimento al terzo quesito, con il quale il Giudice inglese chiede alla Corte di Giustizia di chiarire se esistono differenze tra i casi in cui siano

giustificate le disparità di trattamento in generale (ipotesi descritte nell'articolo 2, n. 1 della direttiva) e i casi di giustificate disparità di trattamento collegate all'età, previsti dall'articolo 6, n. 1 della direttiva, si osserva che le due norme presentano formulazioni differenti che fanno ritenere che diverso sia il loro ambito applicativo.

In particolare, l'articolo 2, per la parte di interesse, dispone che sussiste discriminazione a meno che *“tale disposizione, tale criterio o tale prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari”*, invece l'articolo 6, n. 1, dispone che *“gli Stati membri possono prevedere che le disparità di trattamento in ragione dell'età non costituiscono discriminazione laddove esse siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate, nell'ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale, e i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari”* (evidenza nostra).

A prescindere da differenze che potremmo anche considerare marginali (quali la presenza del termine “ragionevolmente” o il riferimento all’ “ambito del diritto nazionale” contenuti nell'articolo 6 e non presenti nell'articolo 2), quella che appare essere una differenza sostanziale è il riferimento agli obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale.

Infatti, mentre tali obiettivi non sarebbero sufficienti a giustificare norme che prevedano disparità di trattamento con riferimento alle convinzioni personali, alle tendenze sessuali o alla presenza di handicap, nel caso di disparità di trattamento fondate sull'età sono ritenute legittime norme nazionali che trovino la loro giustificazione nella necessità di raggiungere obiettivi di politica e mercato del lavoro, quali ad esempio favorire l'inserimento dei giovani lavoratori o consentire ai lavoratori che abbiano raggiunto una determinata età di avere trattamenti preferenziali al fine di raggiungere il limite minimo di contribuzione e conseguire, quindi, il diritto alla pensione.

Pertanto le deroghe previste dall'articolo 6 appaiono più ampie di quelle disciplinate dall'articolo 2. Elementi a sostegno di tale conclusione possono trovarsi sia nel “considerando” 25, sia nella *ratio* delle deroghe enunciate.

Se, infatti, potrebbe essere giustificato prevedere condizioni contrattuali più favorevoli per i giovani al fine di incentivarne l'ingresso nel mondo del lavoro e dunque per perseguire determinati obiettivi occupazionali, le stesse condizioni apparirebbero contrarie al più elementare principio di eguaglianza qualora fossero previste in considerazione di differenze religiose o sessuali.

\*\*\*\*\*

Il Governo italiano propone quindi alla Corte di risolvere il primo quesito affermando che le norme del diritto nazionale inglese che consentono ai datori di lavoro di licenziare i lavoratori di 65 anni o in età pensionabile rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva 2000/78/CE a prescindere dal fatto che tali norme siano state adottate prima o dopo l'entrata in vigore della direttiva medesima mentre deve dichiararsi irricevibile la questione se le norme di diritto inglese siano da considerare disposizioni che stabiliscono

l'età pensionabile, trattandosi di questione attinente all'interpretazione di una disposizione nazionale e non già di una norma comunitaria.

Il Governo italiano propone inoltre alla Corte di risolvere il secondo quesito nel senso che l'articolo 6, n. 1, della direttiva consente agli Stati membri di emanare una legislazione ai sensi della quale una disparità di trattamento in ragione dell'età non costituisce discriminazione se è intesa come mezzo proporzionato per il conseguimento di finalità legittime, senza necessariamente imporre agli Stati membri di definire tipologie di disparità di trattamento, che potrebbero essere in tal modo giustificate, per mezzo di uno specifico elenco.

Il Governo italiano propone infine alla Corte di risolvere il terzo quesito affermando che esistono differenze concrete tra i criteri di giustificazione previsti in generale dall'articolo 2, n. 1 della direttiva e quelli collegati all'età, previsti dall'articolo 6, n. 1 della direttiva stessa, nel senso che questi ultimi consentono possibilità di deroghe più ampie.

Roma, 5.12.2007

Avv. Stato Wally Ferrante».

**Causa C-394/07 - Materia trattata: convenzione competenza giurisdizionale/esecuzione delle decisioni - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Corte di appello di Milano (Italia) il 22 agosto 2007 – Marco Gambazzi/DaimlerChrysler Canada Inc., CIBC Mellon Trust Company. (Avvocato dello Stato W. Ferrante - AL 41319/07).**

#### LE QUESTIONI PREGIUDIZIALI

1) *Se, sulla base della clausola dell'ordine pubblico di cui all'art. 27, punto 1 della Convenzione di Bruxelles, il Giudice dello Stato richiesto del provvedimento di esecutività possa tenere conto del fatto che il Giudice dello Stato che ha emesso il provvedimento ha negato alla parte soccombente, costituitasi in giudizio, di svolgere qualsiasi difesa successivamente all'adozione di un provvedimento di esclusione (debarment) nei termini sopra riferiti;*

2) *ovvero se l'interpretazione di detta disposizione, unitamente ai principi ricavabili dagli artt. 26 e segg. della Convenzione, circa il reciproco riconoscimento ed esecuzione delle decisioni giudiziarie in ambito comunitario, osti a che il Giudice nazionale possa considerare lesivo dell'ordine pubblico, nell'accezione di cui all'art.27, punto 1, lo svolgimento di un processo civile in cui una parte sia impedita nell'esercizio del diritto di difesa, in virtù di provvedimento di esclusione del Giudice, a ragione del mancato adempimento di un suo ordine”.*

#### IL FATTO

La Corte d'appello di Milano, chiamata a valutare l'esecutività in Italia di una sentenza inglese con la quale un cittadino svizzero è stato condannato al pagamento di ingenti somme di denaro a favore di due società canade-

si, ha rilevato che il giudice inglese, a causa del mancato adempimento da parte del soccombente all'ordine del giudice di produrre una determinata documentazione (*Mareva injunction*), aveva emesso un provvedimento di "debarment", con il quale la parte, pur costituita, era stata esclusa dal processo, che "era proseguito, sino all'emanazione dei provvedimenti emessi dal giudice inglese, in forzata contumacia, senza permettere la produzione od illustrazione di una qualche difesa".

Premesso che ai sensi degli articoli 29 e 34, comma 3 della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968, applicabile *ratione temporis* al caso di specie, è vietata la revisione nel merito della decisione straniera da parte del giudice richiesto del riconoscimento, la Corte di appello chiede alla Corte di giustizia se il principio di ordine pubblico interno, di cui all'articolo 27, n.1 della Convenzione di Bruxelles, debba essere interpretato nel senso di permettere, al giudice richiesto del riconoscimento, di negarlo quando la decisione da eseguire sia stata emessa all'esito di un giudizio nel quale alla parte sia stata negata la possibilità di produrre difese per mancata ottemperanza ad un ordine del giudice.

Secondo i giudici remittenti il diritto di difesa occupa una posizione essenziale nello svolgimento dell'equo processo e deve essere considerato un diritto fondamentale, riconosciuto sia a livello internazionale, sia dalla Costituzione italiana.

Tale diritto potrebbe ritenersi leso ove, come nel caso del provvedimento inglese di "debarment", l'esclusione della difesa non rappresenti una sanzione ragionevole e proporzionata rispetto al comportamento processuale della parte di mancata ottemperanza all'ordine di esibizione del giudice.

#### LA POSIZIONE DEL GOVERNO ITALIANO

«Ai sensi dell'art. 27 n. 1 della Convenzione di Bruxelles, le decisioni di un altro Stato contraente non sono riconosciute "se il riconoscimento è contrario all'ordine pubblico dello Stato richiesto"».

In proposito, occorre innanzi tutto stabilire se il diritto di difesa possa ritenersi un principio fondamentale generalmente riconosciuto di tal che la sua violazione integri in ogni caso una contrarietà all'ordine pubblico.

Un argomento in tal senso può essere tratto dallo stesso articolo 27 che, al n. 2, prevede quale altra causa ostativa al riconoscimento delle sentenze straniere, il fatto che la domanda giudiziale od un atto equivalente non sia stato notificato o comunicato al convenuto contumace regolarmente ed in tempo utile perché questi possa presentare le proprie difese.

Nel caso di specie, l'atto introduttivo era stato certamente notificato al convenuto, sebbene successivamente lo stesso sia stato relegato d'ufficio alla condizione di contumace – benchè per effetto di un suo comportamento processuale di inadempienza, sulla cui giustificabilità non pare possa in questa sede effettuarsi un sindacato – con la conseguente impossibilità di continuare ad esplicare la propria attività difensiva nel corso del processo.

La limitazione anche parziale del diritto di difesa, diritto la cui salvaguardia è espressamente contemplata dal citato art. 27 n. 2 quale requisito essenzia-

le perché una sentenza possa essere riconosciuta, può quindi certamente assumere rilievo nell'ambito dell'accertamento circa la contrarietà o meno all'ordine pubblico interno, proprio in ragione della centralità che lo connota.

Del resto, già l'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo del 4 novembre 1950, nell'enunciare il diritto ad un processo equo, contempla espressamente il diritto a disporre del tempo necessario per predisporre la difesa nonché il diritto a difendersi personalmente o con l'ausilio di un difensore.

Da ultimo, la stessa Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea adottata il 7 dicembre 2000 prevede, all'art. 47 recante diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, che "ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare".

Per quanto concerne l'ordinamento italiano, va ricordato che, con l'adozione della legge 31 maggio 1995 n. 218, recante riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, sono stati abrogati gli articoli dal 796 all'805 del codice di procedura civile che prevedevano il c.d. procedimento di delibazione, sempre necessario affinché una sentenza straniera potesse essere riconosciuta e fatta valere nel nostro ordinamento.

In ossequio ai principi della Convenzione di Bruxelles, informata all'esigenza di garantire la semplificazione delle formalità cui sono sottoposti il reciproco riconoscimento e la reciproca esecuzione delle decisioni giudiziarie in applicazione dell'art. 293 del Trattato CE (ex art. 220 del Trattato CEE), la richiamata legge n. 218/1995 ha introdotto un sistema di riconoscimento automatico delle sentenze straniere in presenza di determinati requisiti, rendendo eccezionale ed eventuale l'ipotesi di verifica giurisdizionale della sussistenza dei requisiti stessi.

L'art. 67 dispone infatti che, in caso di mancata ottemperanza o di contestazione del riconoscimento della sentenza straniera ovvero quando sia necessario procedere ad esecuzione forzata, chiunque vi abbia interesse può chiedere alla Corte d'appello del luogo di attuazione l'accertamento dei requisiti del riconoscimento.

Per tutti gli altri casi, l'art. 64 prevede che la sentenza straniera è riconosciuta in Italia senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento quando: .... b) l'atto introduttivo del giudizio è stato portato a conoscenza del convenuto in conformità a quanto previsto dalla legge del luogo dove si è svolto il processo e non sono stati violati i diritti essenziali della difesa; ... g) le sue disposizioni non producono effetti contrari all'ordine pubblico.

Va sottolineato che, rispetto all'abrogato articolo 797 del codice di procedura civile, che prevedeva le condizioni per ottenere la delibazione della sentenza straniera in Italia, i requisiti elencati all'art. 64 della legge 218/1995 sono sostanzialmente identici salvo l'aggiunta, alla lettera b), dell'inciso "e non sono stati violati i diritti essenziali della difesa", a dimostrazione del fatto che appare sempre più imprescindibile, alla luce dell'evoluzione del complesso delle norme comunitarie, ancorare il reciproco riconoscimento dei provvedimenti giurisdizionali al rispetto di un principio considerato essenziale ed inviolabile come quello del diritto di difesa.

Per quanto riguarda la giurisprudenza comunitaria, va ricordato che la Corte di Giustizia si è più volte pronunciata sulla necessità del rispetto del diritto di difesa, affermando che la compressione di tale diritto deve essere considerata lesione di un principio fondamentale del diritto comunitario (Sentenza Corte di Giustizia del 28 marzo 2000, Causa C-7/98, Krombach).

In tale sentenza, la Corte ha premesso che l'art. 27 della Convenzione di Bruxelles deve essere interpretato restrittivamente in quanto costituisce un ostacolo alla realizzazione di uno degli obiettivi fondamentali della Convenzione (cfr. sentenze 2 giugno 1994, causa C-414/92, Solo Kleinmotoren, Racc. pag. I-2237, punto 20, e C-7/98 Krombach, citata, punto 21) e che per quanto attiene più in particolare al ricorso alla clausola dell'ordine pubblico, di cui all'art. 27, punto 1), della Convenzione, la stessa deve applicarsi soltanto in casi eccezionali (sentenze 4 febbraio 1988, causa 145/86, Hoffmann, Racc. pag. 645, punto 21, e 10 ottobre 1996, causa C-78/95, Hendrikman e Feyen, Racc. pag. I-4943, punto 23).

Ciò detto, la Corte ha innanzitutto chiarito che sebbene gli Stati membri restino in linea di principio liberi di determinare, conformemente alle loro concezioni nazionali, le esigenze del loro ordine pubblico, i limiti di tale nozione rientrano nell'interpretazione della Convenzione di Bruxelles che, in virtù del principio della certezza del diritto nell'ordinamento comunitario, deve essere applicata uniformemente in tutti gli Stati sulla base della giurisprudenza della Corte di giustizia ad essa riferita.

Nella citata sentenza, la Corte ha quindi precisato che il ricorso alla clausola dell'ordine pubblico contenuta all'art. 27, punto 1 della Convenzione è immaginabile solo nel caso in cui il riconoscimento o l'esecuzione della decisione pronunciata in un altro Stato contraente contrasti in modo inaccettabile con l'ordinamento giuridico dello Stato richiesto, in quanto leda un principio fondamentale.

In proposito, occorre rilevare che, vietando la revisione nel merito della decisione straniera, gli artt. 29 e 34, terzo comma della Convenzione non consentono che il giudice dello Stato richiesto neghi il riconoscimento o l'esecuzione della detta decisione per il solo motivo che esiste una divergenza tra la norma giuridica applicata dal giudice dello Stato di origine e quella che avrebbe applicato il giudice dello Stato richiesto se gli fosse stata sottoposta la controversia.

Nell'ordinamento italiano non esiste infatti una disposizione simile al "debarment" inglese, potendo il contegno omissivo delle parti o il loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni ordinate dal giudice costituire al più argomenti di prova a carico della parte che non ha ottemperato a detto ordine (articolo 116 del codice di procedura civile) senza tuttavia comportare una conseguenza così grave come quella di essere praticamente escluso dal processo senza poter più esplicitare alcuna attività difensiva.

In base alla sentenza Krombach, quindi, per rispettare il divieto della revisione nel merito della decisione straniera, il riconoscimento potrebbe essere negato solo laddove sia riscontrabile una violazione manifesta di una regola di diritto considerata essenziale nell'ordinamento giuridico dello Stato richiesto o di un diritto universalmente riconosciuto come fondamentale.

Nel caso affrontato, la Corte ha ritenuto che, alla luce della clausola dell'ordine pubblico di cui all'art. 27, punto 1) della Convenzione di Bruxelles, il giudice dello Stato richiesto può tener conto, nei confronti di un imputato perseguito per un reato doloso, del fatto che il giudice dello Stato d'origine gli ha negato il diritto di farsi difendere non essendo comparso personalmente.

A norma dell'articolo II del Protocollo relativo alla Convenzione di Bruxelles, infatti, la possibilità di farsi difendere senza comparire personalmente è accordata solo a coloro cui venga contestata "un'infrazione non volontaria".

La Corte invece ha ritenuto, nella citata decisione, che il rispetto dei diritti della difesa "in qualsiasi procedimento" promosso nei confronti di una persona che possa sfociare in un atto per essa lesivo costituisce un principio fondamentale del diritto comunitario e dev'essere garantito anche in mancanza di qualsiasi norma riguardante il procedimento di cui trattasi (conformi sono anche le sentenze 29 giugno 1994, causa C-135/92, Fissano, punto 39 e 24 ottobre 1996, causa C-32/95, Lisrestal, punto 21).

Infatti, se è vero che lo scopo della Convenzione è quello di garantire la semplificazione delle formalità cui sono sottoposti il reciproco riconoscimento e la reciproca esecuzione delle decisioni giudiziarie, questo obiettivo non può tuttavia essere raggiunto indebolendo i diritti della difesa (in questi esatti termini la sentenza Krombach, punto 43).

Pertanto, il ricorso alla clausola dell'ordine pubblico deve essere considerato possibile nei casi eccezionali in cui le garanzie previste dall'ordinamento dello Stato d'origine e dalla Convenzione non sono bastate a proteggere il convenuto da una violazione manifesta del suo diritto a difendersi.

Nel caso di specie, inoltre, non va trascurato che il riconoscimento delle medesime sentenze inglesi è stato negato da parte del giudice svizzero perché in contrasto con la Convenzione di Lugano, che ha esteso ad alcuni Paesi europei non comunitari quali la Svizzera l'applicabilità dei principi della Convenzione di Bruxelles.

Alla luce di quanto sopra, il Giudice nazionale richiesto dell'*exequatur* potrà valutare se l'istituto del "debarment", valutate tutte le circostanze, abbia comportato nella fattispecie una tale compressione del diritto di difesa da costituire una sanzione eccessiva e sproporzionata rispetto alla mancata ottemperanza all'ordine del giudice e da ritenersi quindi contraria all'ordine pubblico.

Il Governo italiano propone quindi alla Corte di risolvere il quesito nel senso che, sulla base della clausola dell'ordine pubblico di cui all'art. 27, punto 1 della Convenzione di Bruxelles, il Giudice dello Stato richiesto del provvedimento di esecutività può tenere conto del fatto che il Giudice dello Stato che ha emesso il provvedimento ha negato alla parte soccombente, costituitasi in giudizio, di svolgere qualsiasi difesa successivamente all'adozione di un provvedimento di esclusione quale il "debarment".

Roma, 14.12.2007

Avv. Wally Ferrante».

**Causa C-400/07 - Materia trattata: politica sociale – Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio (Italia) il 29 agosto 2007 – SALF SpA/Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA), Ministero della Salute. (Avvocato dello Stato G. De Bellis - AL 43424/07).**

#### LE QUESTIONI PREGIUDIZIALI

*1) Dopo le previsioni contenute negli articoli 2 e 3 (1) che modulano il rapporto tra le pubbliche autorità di uno Stato membro e le imprese farmaceutiche – nel senso di affidare la determinazione del prezzo di una specialità medicinale o il suo aumento alle indicazioni fornite dalle prime ma nella misura riconosciuta dall'autorità preposta, quindi sulla base di una interlocuzione tra le imprese stesse e le autorità preposte al controllo della spesa farmaceutica – l'articolo 4, paragrafo 1, disciplina “il blocco dei prezzi di tutte le specialità medicinali o di certe loro categorie” configurandolo come un mezzo di carattere generale da sottoporre a verifica, al fine di stabilirne il mantenimento, almeno una volta all'anno con riferimento alle condizioni macroeconomiche esistenti nello Stato membro.*

*La disposizione attribuisce alle autorità competenti un termine di 90 giorni per provvedere, prevedendo che queste, allo spirare di esso, debbano annunciare quali sono le eventuali maggiorazioni o diminuzioni di prezzo apportate.*

*Si chiede di conoscere se l'interpretazione di tale disposizione nella parte che si riferisce alle “eventuali diminuzioni previste” è da ritenere nel senso che, oltre al rimedio generale costituito dal blocco dei prezzi di tutte o di certe categorie di specialità medicinali sia previsto, o meno, anche un altro rimedio generale, costituito dalla possibilità di una riduzione dei prezzi di tutte e di certe categorie di specialità medicinali ovvero se l'inciso “eventuali diminuzioni” deve essere riferito esclusivamente alle specialità medicinali già sottoposte al blocco dei prezzi;*

*2) Si chiede di conoscere se l'articolo 4, paragrafo 1 – nella parte in cui impone alle Autorità competenti di uno Stato membro di verificare, almeno una volta all'anno, nel caso di blocco dei prezzi, se le condizioni macroeconomiche giustificano la prosecuzione del blocco medesimo – può essere interpretato nel senso che, ammessa la riduzione dei prezzi come risposta al quesito numero 1, è possibile il ricorso a tale misura anche più volte nel corso di un unico anno e nel ripetersi di molti anni (a partire dal 2002 e fino al 2010);*

*3) Se, ai sensi del predetto articolo 4 – da leggere alla luce delle premesse che si soffermano sullo scopo principale delle misure di controllo dei*

---

(1) Direttiva 89/105/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1988, riguardante la trasparenza delle misure che regolano la fissazione dei prezzi delle specialità per uso umano e la loro inclusione nei regimi nazionali di assicurazione malattia.

*prezzi delle specialità medicinali individuate nella “promozione della salute pubblica attraverso un’adeguata disponibilità di specialità medicinali e prezzi ragionevoli e dall’esigenza di evitare disparità di misure che possano ostacolare o falsare il commercio intracomunitario di dette specialità” – possa ritenersi compatibile con la disciplina comunitaria l’adozione di misure che facciano riferimento ai valori economici della spesa solo “stimati” anziché “accertati” (il quesito riguarda entrambe le fattispecie);*

*4) se le esigenze connesse al rispetto dei tetti di spesa farmaceutica che ogni Stato membro è competente a determinarsi debbano essere collegati puntualmente, alla sola spesa farmaceutica oppure se possa ritenersi rientrante nella sfera di potestà degli stati nazionali la facoltà discrezionale di tener comunque conto anche dei dati relativi alle altre spese sanitarie;*

*5) se i principi di trasparenza e partecipazione delle imprese interessate ai provvedimenti di blocco o riduzione generalizzata dei prezzi dei farmaci, desumibili dalla direttiva, debbano essere interpretati nel senso che sia necessario prevedere sempre e comunque una possibilità di deroga al prezzo imposto (art. 4 comma 2 direttiva) ed una partecipazione concreta dell’impresa richiedente, con conseguente necessità per l’amministrazione di motivare l’eventuale diniego.*

#### LA POSIZIONE DEL GOVERNO ITALIANO

«Alla causa è stato attribuito il numero C-400/07. Analoghi quesiti sono stati formulati dallo stesso Giudice con altre otto ordinanze che hanno dato origine alle cause da 352/07 a 356/07 e da 365/07 e 367/07.

Con ordinanza del 23 ottobre 2007 il Presidente della Corte, ai sensi dell’articolo 43 del Regolamento di procedura, ha riunito le nove cause, in quanto tra loro oggettivamente connesse.

Le controversie in cui sono sorte le questioni vedono contrapposte diverse società farmaceutiche e l’Agenzia Italiana del Farmaco (in seguito: AIFA) e hanno ad oggetto vari provvedimenti (“*determine*”), dell’AIFA con le quali è stata disposta la temporanea riduzione del prezzo di farmaci comunque dispensati o impiegati dal Servizio Sanitario Nazionale (di seguito: SSN).

#### *La classificazione dei farmaci.*

L’articolo 8 comma 10 della legge n. 537/93 (2), prevede che tutti i farmaci vengano classificati nelle classi “A”, “C” e “C-bis”.

Nella classe “A” sono ricompresi i “*farmaci essenziali e farmaci per malattie croniche*”.

Nella classe “C” sono invece ricompresi “*altri farmaci privi delle caratteristiche indicate alle lettere a) e b) ad eccezione dei farmaci non soggetti a ricetta con accesso alla pubblicità al pubblico*”.

---

(2) Legge 24 dicembre 1993 n. 537, recante “*Interventi correttivi di finanza pubblica*”, più volte modificata.

Nella classe “C-bis” sono infine ricompresi “*farmaci non soggetti a ricetta medica con accesso alla pubblicità al pubblico (OTC)*”.

Il comma 14 del medesimo articolo 8 prevede che “*I farmaci collocati nella classe di cui al comma 10, lettera a), sono a totale carico del Servizio sanitario nazionale*”, mentre i farmaci collocati nelle classi C) e C-bis “*sono a totale carico dell’assistito*”.

Con l’articolo 85 della legge n. 388/2000 (3) è stata invece soppressa (a decorrere dal 1° luglio 2001) la classe “B” in cui erano inseriti i farmaci “*diversi da quelli di cui alla lettera a), di rilevante interesse terapeutico*”, per i quali era dovuta una partecipazione alla spesa da parte degli assistiti nella misura del 50 per cento.

### *Il prezzo dei farmaci.*

Il prezzo dei farmaci è stato nel tempo determinato con metodi diversi.

Fino al 1993 il prezzo era “*amministrato*”, cioè determinato da un’apposita autorità (il CIP – Comitato Interministeriale Prezzi).

Dal 1994 al 2002 (per i farmaci a carico del SSN) è stato in vigore un prezzo “*sorvegliato*” dal CIPE (Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica) il cui livello non poteva superare il Prezzo Medio Europeo di farmaci analoghi.

Per alcune categorie di farmaci invece il prezzo era “*contrattato*”. Con la Deliberazione C.I.P.E. 1° febbraio 2001, n. 3 (4) recante “*Individuazione dei criteri per la contrattazione del prezzo dei farmaci*”, si prevedeva infatti un meccanismo per la determinazione del prezzo dei farmaci di cui al Regolamento CEE n. 2309/1993 (5) nonché di quelli autorizzati secondo la procedura di mutuo riconoscimento.

Tale meccanismo è stato esteso a tutti i farmaci dall’articolo 48 comma 33 del Decreto Legge n. 269/2003 (6) il quale ha così disposto: “*Dal 1° gennaio 2004 i prezzi dei prodotti rimborsati dal Servizio Sanitario Nazionale sono determinati mediante contrattazione tra Agenzia e Produttori secondo le modalità e i criteri indicati nella Delibera Cipe 1° febbraio 2001, n. 3, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 73 del 28 marzo 2001*”.

### *Il controllo della spesa farmaceutica.*

Tenuto conto delle limitate risorse pubbliche, si è sempre posto il problema di trovare il giusto equilibrio tra l’esigenza di assicurare la più ampia disponi-

---

(3) Legge 23 dicembre 2000 n. 388, recante “*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2001)*”.

(4) Pubblicata nella G.U.R.I. 28 marzo 2001, n. 73.

(5) Reg. (CEE) 22 luglio 1993 n. 2309/93, recante “*Regolamento del Consiglio che stabilisce le procedure comunitarie per l’autorizzazione e la vigilanza dei medicinali per uso umano e veterinario e che istituisce un’Agenzia europea di valutazione dei medicinali*”.

(6) Decreto Legge 30 settembre 2003 n. 269, recante “*Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell’andamento dei conti pubblici*”, convertito in legge, con modificazioni, dall’art. 1, Legge 24 novembre 2003, n. 326.

bilità di farmaci essenziali per la tutela della salute collettiva con onere a carico del SSN e quella di evitare il superamento dei tetti di spesa programmata.

In particolare l'articolo 5 comma 1 del decreto legge n. 347/2001 (7) ha stabilito che *“A decorrere dall'anno 2002 l'onere a carico del Servizio sanitario nazionale per l'assistenza farmaceutica territoriale non può superare, a livello nazionale ed in ogni singola regione, il 13 per cento della spesa sanitaria complessiva”*.

A sua volta l'articolo 48 comma 1 del D.L. n. 269/2003 ha stabilito che *“A decorrere dall'anno 2004, fermo restando quanto già previsto dall'articolo 5, comma 1, del decreto-legge 18 settembre 2001, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla legge 16 novembre 2001, n. 405, in materia di assistenza farmaceutica territoriale, l'onere a carico del SSN per l'assistenza farmaceutica complessiva, compresa quella relativa al trattamento dei pazienti in regime di ricovero ospedaliero, è fissata, in sede di prima applicazione, al 16 per cento come valore di riferimento, a livello nazionale ed in ogni singola regione”*.

Per garantire il rispetto dei tetti di spesa fissati nelle disposizioni ora richiamate, l'articolo 48 del D.L. n. 267/2003 ha previsto al comma 5 lettera f-bis) che all'AIFA è affidato (tra l'altro) il compito di *“procedere, in caso di superamento del tetto di spesa di cui al comma 1, ad integrazione o in alternativa alle misure di cui alla lettera f), ad una temporanea riduzione del prezzo dei farmaci comunque dispensati o impiegati dal Servizio sanitario nazionale, nella misura del 60 per cento del superamento”*.

In attuazione delle disposizioni citate sono stati emessi vari provvedimenti dall'AIFA con i quali sono stati ridotti i prezzi della maggior parte dei farmaci *“comunque impiegati o dispensati dal Servizio Sanitario Nazionale”* (i farmaci *“impiegati”* sono quelli utilizzati nelle strutture sanitarie pubbliche, quali gli ospedali; i farmaci *“dispensati”* sono quelli acquistati dai cittadini presso le farmacie con onere a carico del SSN e previa prescrizione medica).

Da parte di molte aziende farmaceutiche vi sono stati numerosi tentativi diretti a far dichiarare illegittimi i provvedimenti dell'AIFA.

Tra i vari ricorsi proposti davanti ai Giudici amministrativi, si inseriscono le cause che hanno dato origine alle questioni rimesse alla Corte.

Da ultimo è intervenuta la legge n. 296/2006 (8) che all'articolo 1, comma 796, lettera f) ha disposto *“per gli anni 2007 e seguenti sono confermate le misure di contenimento della spesa farmaceutica assunte dall'Agenzia italiana del farmaco (AIFA) ai fini del rispetto dei tetti stabiliti dall'articolo 48, comma 1, del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326, con le*

---

(7) Decreto Legge 18 settembre 2001 n. 347, recante *“Interventi urgenti in materia di spesa sanitaria”*, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, Legge 16 novembre 2001, n. 405.

(8) Legge 27 dicembre 2006 n. 296, recante *“Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2007)”*.

*deliberazioni del consiglio di amministrazione n. 34 del 22 dicembre 2005, n. 18 dell'8 giugno 2006, n. 21 del 21 giugno 2006, n. 25 del 20 settembre 2006 e n. 26 del 27 settembre 2006, salvo rideterminazioni delle medesime da parte dell'AIFA stessa sulla base del monitoraggio degli andamenti effettivi della spesa”.*

Ciò premesso in relazione ai singoli quesiti il Governo italiano osserva quanto segue.

#### *Il primo quesito*

L'articolo 4 della direttiva 89/05/CEE, così dispone

*Nel caso di un blocco dei prezzi di tutte le specialità medicinali o di certe loro categorie imposto dalle autorità competenti di uno Stato membro, detto Stato membro verifica, almeno una volta all'anno, se le condizioni macroeconomiche giustificano la continuazione senza modifiche del blocco. Entro novanta giorni dall'inizio di questo esame, le autorità competenti annunciano quali eventuali maggiorazioni o diminuzioni di prezzo sono apportate.*

*2. In casi eccezionali il detentore di un'autorizzazione di commercializzazione di specialità medicinali può richiedere una deroga dal blocco dei prezzi se ciò è giustificato da motivi particolari. La richiesta contiene un esposto sufficiente di tali motivi. Gli Stati membri assicurano che sia adottata una decisione motivata in merito ad ogni richiesta e che detta decisione sia comunicata al richiedente entro un termine di novanta giorni. Se le informazioni a sostegno della richiesta sono insufficienti, le autorità competenti notificano immediatamente al richiedente quali siano le informazioni particolareggiate supplementari richieste e prendono una decisione definitiva entro novanta giorni dal ricevimento di queste informazioni supplementari. Se la deroga è accordata, le autorità competenti pubblicano immediatamente un annuncio concernente l'aumento di prezzo accordato.*

*Nel caso di un numero eccezionale di richieste il termine può essere prorogato una sola volta di ulteriori sessanta giorni. Tale proroga è notificata al richiedente prima della scadenza del termine iniziale.*

Preliminarmente si pone un problema di applicabilità o meno della disposizione ad una legislazione, come quella italiana, in cui il blocco del prezzo dei farmaci (*rectius*: la loro riduzione) può essere in ogni momento evitata dall'azienda trasferendo il suo farmaco nella classe “C” di cui all'articolo 8 comma 10 della legge n. 537/93, con la conseguente libertà di fissare il prezzo che ritiene più congruo, ma con l'esclusione dall'elenco dei farmaci con onere a carico del SSN.

Il blocco dei prezzi previsto dall'articolo 4, sembra riferirsi ad un sistema di prezzi “*amministrati*”, in cui non è possibile sottrarsi alla disciplina del “blocco”.

Non è questo però il caso dell'Italia la cui legislazione, come si è detto nel precedente punto 16, prevede che il prezzo sia “*contrattato*” solo per i farmaci a carico del SSN (in classe “A”), mentre i prezzi dei farmaci in classe “C” sono liberi e ciascuna azienda vi può trasferire i suoi prodotti.

Tenuto conto però della finalità della direttiva, che è quella “*di ottenere una visione d'insieme delle intese nazionali in materia di prezzi, compreso il*

*modo in cui esse operano nei singoli casi e tutti i criteri su cui sono basate, e di renderle note a tutte le persone interessate dal mercato delle specialità medicinali negli Stati membri*" (5° "considerando") e del fatto che la stessa direttiva si occupa anche delle "misure di carattere economico" che gli Stati membri adottano "per controllare le spese a carico dei servizi sanitari", tra cui "controlli diretti e indiretti dei prezzi delle specialità medicinali" (2° "considerando"), non sembra possa negarsi che in linea di principio, il citato articolo 4 si riferisca anche alle fattispecie oggetto dei giudizi *a quibus*.

Orbene, dalla lettura del paragrafo 1 dell'articolo 4 si evince che la disposizione:

a) consente alle "autorità competenti" di disporre il blocco dei prezzi di tutte le specialità medicinali "o di certe loro categorie";

b) qualora il blocco sia disposto, impone un controllo periodico (almeno annuale) per verificare la permanenza o meno delle "condizioni macroeconomiche" che giustificano il mantenimento del blocco;

c) all'esito di tale esame, da concludersi entro il termine di 90 giorni, devono essere enunciate "quali eventuali maggiorazioni o diminuzioni di prezzo sono apportate". In sostanza si pongono tre alternative:

c1) che nessuna modifica al blocco venga introdotta;

c2) che vengano apportate maggiorazioni dei prezzi dei farmaci (con ciò superando il blocco);

c3) che vengano disposte diminuzioni dei prezzi dei farmaci.

La formulazione della norma consente quindi di ritenere sussistente un ampio potere degli Stati non solo di bloccare, ma anche di diminuire il prezzo dei farmaci (di tutti o di alcune categorie) in funzione delle "condizioni macroeconomiche".

Il Giudice remittente si chiede se

*l'interpretazione di tale disposizione nella parte che si riferisce alle "eventuali diminuzioni previste" è da ritenere nel senso che, oltre al rimedio generale costituito dal blocco dei prezzi di tutte o di certe categorie di specialità medicinali sia previsto, o meno, anche un altro rimedio generale, costituito dalla possibilità di una riduzione dei prezzi di tutte e di certe categorie di specialità medicinali ovvero se l'inciso "eventuali diminuzioni" deve essere riferito esclusivamente alle specialità medicinali già sottoposte al blocco dei prezzi;*

Ritiene il Governo italiano che la soluzione più corretta sia la prima.

Non si vede infatti per quale motivo il legislatore nei casi in cui esigenze di carattere economico generale rendessero necessaria una riduzione generalizzata del prezzo di tutti i farmaci o di alcune categorie, abbia voluto subordinare l'adozione di tale misura al previo blocco dei medesimi prezzi.

Una interpretazione sistematica della disposizione non può che condurre a tale soluzione, dal momento che le politiche nazionali sui prezzi dei farmaci e la loro inclusione nei regimi di previdenza sociale rientrano nella competenza esclusiva degli Stati, come risulta dal 6° "considerando" della direttiva che dopo avere evidenziato l'esigenza "di assicurare che tutti gli interessati possano verificare che le misure nazionali non costituiscano

*restrizioni quantitative alle importazioni o esportazioni né misure di effetto equivalente”, precisa che “dette esigenze non influenzano nemmeno le politiche nazionali per la fissazione dei prezzi e la determinazione dei regimi di previdenza sociale salvo nella misura in cui sia necessario raggiungere la trasparenza prevista dalla presente direttiva”.*

D’altro canto anche la direttiva 2001/83/CE (9) del Parlamento europeo e del Consiglio prevede all’articolo 4 par. 3 che *“La presente direttiva si applica ferme restando le competenze delle autorità degli Stati membri sia in materia di fissazione dei prezzi dei medicinali sia per quanto concerne la loro inclusione nel campo d’applicazione dei sistemi nazionali di assicurazione malattia, sulla base di condizioni sanitarie, economiche e sociali”.*

Per restare nella normativa italiana, occorre considerare in ogni caso quanto già evidenziato al precedente punto 27. Nel momento in cui la legge (articolo 48 del D.L. n. 269/2003) consente di operare una riduzione generalizzata del prezzo dei farmaci, è comunque consentito alle aziende che ritengano non sufficientemente remunerativo il nuovo prezzo, di trasferire il farmaco nella classe “C” (tra i prodotti che non gravano nel SSN) e praticare in tale sede il (più elevato) prezzo ritenuto più conveniente.

Si ritiene pertanto, in via subordinata, che qualora la Corte dovesse accogliere la tesi secondo cui *“«l’inciso “eventuali diminuzioni” debba essere riferito esclusivamente alle specialità medicinali già sottoposte al blocco dei prezzi”*», dichiarare che tale limite non opera nei casi, come quello italiano, in cui sia comunque consentito alle aziende evitare la riduzione autoritativa del prezzo escludendo i propri farmaci dall’elenco di quelli rimborsabili dal SSN.

### *Il secondo quesito*

Con il secondo quesito si chiede

*di conoscere se l’articolo 4, paragrafo 1 – nella parte in cui impone alle Autorità competenti di uno Stato membro di verificare, almeno una volta all’anno, nel caso di blocco dei prezzi, se le condizioni macroeconomiche giustificano la prosecuzione del blocco medesimo – può essere interpretato nel senso che, ammessa la riduzione dei prezzi come risposta al quesito numero 1, è possibile il ricorso a tale misura anche più volte nel corso di un unico anno e nel ripetersi di molti anni (a partire dal 2002 e fino al 2010).*

La risposta non può che essere affermativa. La possibilità anche di più interventi infra annuali si evince chiaramente dal fatto sia che l’articolo 4 non pone alcun tipo di limitazioni temporali, sia dalla previsione di una verifica da eseguirsi *“almeno una volta l’anno”.*

Sempre la mancanza di espresse limitazioni circa la durata delle misure consente la reiterazione delle stesse in presenza delle condizioni macroeconomiche che le giustificano.

---

(9) Direttiva 6 novembre 2001 n. 2001/83/CE, recante *“Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano”.*

### *Il terzo quesito*

Con il terzo quesito si chiede se *possa ritenersi compatibile con la disciplina comunitaria l'adozione di misure che facciano riferimento ai valori economici della spesa solo "stimati" anziché "accertati"*.

In sostanza si vuole conoscere se le disposizioni contenute nel citato articolo 4 ostino ad una normativa nazionale che faccia riferimento non solo ad un superamento già avvenuto dei tetti di spesa, ma anche ad un superamento prevedibile.

Come si è detto al precedente punto 31, l'articolo 4 impone agli Stati di considerare *"le condizioni macroeconomiche"* al momento di adottare i provvedimenti generali in materia di prezzi.

Tra queste condizioni ben può essere ricompreso l'andamento della spesa farmaceutica.

Se poi debba farsi riferimento solo ai dati *"accertati"* ovvero alle previsioni di spesa (dati *"stimati"*), la situazione non cambia, purchè si tratti di criteri trasparenti ed attendibili.

La questione non appare comunque rilevante nei giudizi *a quo*, in quanto la normativa nazionale (articolo 48 comma 5 lettera *f-bis*) del D.L. n. 269/2003) nel prevedere la possibilità di *"procedere, in caso di superamento del tetto di spesa di cui al comma 1, ad integrazione o in alternativa alle misure di cui alla lettera f), ad una temporanea riduzione del prezzo dei farmaci comunque dispensati o impiegati dal Servizio sanitario nazionale, nella misura del 60 per cento del superamento"*, consente di disporre anche la soppressione della riduzione già operata nel caso di *"andamento della spesa migliore di quello stimato"* (così si esprime lo stesso Giudice remittente a pagina 13 dell'ordinanza n. 974/2007).

### *Il quarto quesito*

Quanto appena detto vale anche in relazione al quarto quesito con il quale si chiede alla Corte se

*le esigenze connesse al rispetto dei tetti di spesa farmaceutica che ogni Stato membro è competente a determinarsi debbano essere collegate puntualmente, alla sola spesa farmaceutica oppure se possa ritenersi rientrante nella sfera di potestà degli stati nazionali la facoltà discrezionale di tener comunque conto anche dei dati relativi alle altre spese sanitarie.*

Il generico riferimento alle *"condizioni macroeconomiche"* contenuto nell'articolo 4 della direttiva, unito al riconoscimento della spettanza agli Stati membri delle *"politiche nazionali per la fissazione dei prezzi e la determinazione dei regimi di previdenza sociale"* (6° *"considerando"*) portano a ritenere che la citata disposizione non osti ad una normativa nazionale che faccia dipendere interventi sui prezzi dei farmaci dall'andamento non solo della spesa farmaceutica in senso stretto, ma anche della spesa sanitaria in senso più ampio.

D'altro canto non si vede come possa sostenersi il contrario.

Infatti, anche qualora si volesse ritenere che l'articolo 4 impone di ancorare gli interventi sui prezzi alla sola spesa farmaceutica, poiché il livello di quest'ultima è determinato da ciascuno Stato nelle sue leggi di bilancio

(come si è detto al punto 19, per l'Italia l'articolo 48 comma 1 del D.L. n. 369/2003 stabilisce il tetto in termini percentuali sull'intera spesa sanitaria) una simile previsione non potrebbe trovare pratica applicazione, in quanto lo stesso Stato resterebbe sempre libero di modificare il parametro (di riferimento tetto di spesa farmaceutica) di cui per ipotesi dovrebbe tenere conto nel disciplinare i prezzi dei farmaci.

#### *Il quinto quesito*

Con il quinto quesito si chiede

*se i principi di trasparenza e partecipazione delle imprese interessate ai provvedimenti di blocco o riduzione generalizzata dei prezzi dei farmaci, desumibili dalla direttiva, debbano essere interpretati nel senso che sia necessario prevedere sempre e comunque una possibilità di deroga al prezzo imposto (art. 4 comma 2 direttiva) ed una partecipazione concreta dell'impresa richiedente, con conseguente necessità per l'amministrazione di motivare l'eventuale diniego*

A tale riguardo è opportuno precisare che l'articolo 7 della delibera CIPE 1° febbraio 2001, n. 3 (come si è detto, ormai applicabile a tutti i farmaci) dispone:

#### *7. Durata del contratto e rinnovazione*

*Il prezzo definito al termine della procedura negoziale come prezzo ex fabrica, è valido per un periodo di ventiquattro mesi fatte salve le diverse clausole contrattuali.*

*Qualora sopravvengano modifiche delle indicazioni terapeutiche e/o della posologia, tali da far prevedere un incremento del livello di utilizzazione del farmaco, ciascuna delle parti può riaprire la procedura negoziale anche prima della scadenza del periodo previsto.*

*Il contratto si rinnova per ulteriori ventiquattro mesi alle medesime condizioni qualora una delle parti non faccia pervenire all'altra almeno novanta giorni prima della scadenza naturale del contratto, una proposta di modifica delle condizioni.*

*L'Amministrazione apre il processo negoziale secondo le modalità già previste al punto 5. della presente delibera e fino alla conclusione del procedimento resta operativo l'accordo precedente.*

È quindi possibile ottenere una modifica del prezzo contrattato alla scadenza del biennio ovvero (in casi particolari) anche prima della scadenza.

Tale circostanza, unita alla possibilità (già evidenziata al punto 27) per le aziende di evitare la riduzione o il blocco del prezzo trasferendo il farmaco nella classe "C" di cui all'articolo 8 comma 10 della legge n. 537/93 (con la conseguente libertà di prezzo, ma con l'esclusione dall'elenco dei farmaci con onere a carico del SSN), consentono di ritenere sostanzialmente rispettata la previsione di cui al paragrafo 2 dell'articolo 4.

\*\*\*\*\*

In conclusione il Governo italiano suggerisce alla Corte rispondere ai quesiti sottoposti nel seguente modo

*l'articolo 4 paragrafo 1 della direttiva 89/105/CEE nella parte in cui si riferisce alle "eventuali diminuzioni previste" va interpretato nel senso che,*

*oltre al rimedio generale costituito dal blocco dei prezzi di tutte o di certe categorie di specialità medicinali, sia previsto anche un altro rimedio generale, costituito dalla possibilità di una riduzione dei prezzi di tutte o di talune categorie di specialità medicinali. In subordine una tale possibilità di riduzione dei prezzi deve ritenersi consentita nei casi, come quello di cui al giudizio a quo, nei quali esista la possibilità per le aziende di evitare la riduzione o il blocco del prezzo trasferendo il farmaco nella classe "C" di cui all'articolo 8 comma 10 della legge n. 537/93 con la conseguente libertà di prezzo, ma con l'esclusione dall'elenco dei farmaci con onere a carico del SSN;*

*l'articolo 4 paragrafo 1 della direttiva 89/105/CEE nella parte in cui impone alle Autorità competenti di uno Stato membro di verificare, almeno una volta all'anno, nel caso di blocco dei prezzi, se le condizioni macroeconomiche giustificano la prosecuzione del blocco medesimo – deve essere interpretato nel senso che, ammessa la riduzione dei prezzi come risposta al quesito numero 1, è possibile il ricorso a tale misura anche più volte nel corso di un unico anno e nel ripetersi di più anni;*

*l'articolo 4 paragrafo 1 della direttiva 89/105/CEE non osta ad una normativa nazionale che consenta riduzioni di prezzo che facciano riferimento ai valori economici della spesa solo "stimati" anziché "accertati";*

*l'articolo 4 paragrafo 1 della direttiva 89/105/CEE non osta ad una normativa nazionale che consenta riduzioni di prezzo nel caso di superamento di tetti di spesa che tengano conto anche dell'andamento delle voci di spesa sanitaria diverse da quella farmaceutica in senso stretto;*

*la corretta interpretazione dell'articolo 4 paragrafo 2 della direttiva 89/105/CEE consente di ritenere soddisfatta l'esigenza per le aziende di partecipazione e della possibilità di chiedere la deroga al blocco o alla riduzione del prezzo dei farmaci nel caso di una normativa, come quella di cui al giudizio a quo: a) in cui esista la possibilità per le aziende di evitare la riduzione o il blocco del prezzo trasferendo il farmaco in una classe a prezzo libero, ma con l'esclusione dall'elenco dei farmaci con onere a carico del SSN; b) in cui la normativa sulle modalità di contrattazione del prezzo (articolo 7 della delibera CIPE 1° febbraio 2001, n. 3) consenta la possibilità di ottenere una modifica del prezzo contrattato alla scadenza del biennio ovvero (in casi particolari) anche prima della scadenza.*

Roma, 9 gennaio 2008

Avv. Gianni De Bellis».

**Causa C-402/07 - Materia trattata: trasporti - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Bundesgerichtshof (Germania) il 30 agosto 2007 - Christopher Sturgeon, Gabriel Sturgeon, Alana Sturgeon/Condor Flugdienst GmbH. (Avvocato dello Stato W. Ferrante - AL 47062/07).**

#### LE QUESTIONI PREGIUDIZIALI

*1) Se per l'interpretazione della nozione di "cancellazione del volo" [sull'interpretazione degli artt. 2, lett.1), 5, n.1, lett. c), del regolamento (CE) del Parlamento europeo e del Consiglio 11 febbraio 2004, n. 261, che*

*istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato e che abroga il regolamento (CEE) n. 295/91] sia decisivo il fatto che l'originaria pianificazione di volo venga abbandonata, per cui un rinvio, indipendentemente dalla durata, non costituisce cancellazione del volo se la compagnia aerea non abbandona la pianificazione del volo originario.*

*2) Nel caso in cui la questione sub 1) sia risolta negativamente, in quali casi un rinvio del volo originariamente previsto non debba essere più considerato come ritardo, bensì come cancellazione. Se la soluzione della suddetta questione dipenda dalla durata del ritardo.”*

**Causa C-432/07 - Materia trattata: trasporti – Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dallo Handelsgerichts (Austria) il 18 settembre 2007 – Stefan Bock e Cornelia Lepuschitz/Air France SA.(Avvocato dello Stato W. Ferrante - AL 47062/07).**

#### LE QUESTIONI PREGIUDIZIALI

*1) Se l'art. 5, in combinato disposto con gli artt. 2, lett. 1), e 6 del regolamento CE del Parlamento europeo e del Consiglio 11 febbraio 2004, n. 261, che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato e che abroga il regolamento CEE n. 295/91, debba essere interpretato nel senso che un differimento di 22 ore, rispetto all'orario di partenza, costituisce un 'ritardo' ai sensi dell'art. 6.*

*2) Se l'art. 2, lett. 1), del regolamento CE n. 261/2004 debba essere interpretato nel senso che nei casi in cui i passeggeri vengono imbarcati in un momento notevolmente differito (22 ore) su un volo con un numero modificato (numero di volo originario con aggiunta del codice "A"), su cui è imbarcata soltanto una parte – seppur rilevante – dei passeggeri inizialmente prenotati, oltre, però, ad altri viaggiatori originariamente non prenotati, si configura come una "cancellazione del volo" anziché un "ritardo".*

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

*3) Se l'art. 5, n. 3, del regolamento CE n. 261/2004 debba essere interpretato nel senso che un problema tecnico dell'aeromobile e le derivanti modifiche dell'orario dei voli costituiscono circostanze eccezionali (che non si sarebbero comunque potute evitare anche se fossero state adottate tutte le misure del caso).*

#### LA POSIZIONE DEL GOVERNO ITALIANO

«Le questioni pregiudiziali poste dalle due ordinanze, per l'analogia degli argomenti trattati, possono essere esaminate congiuntamente.

L'obiettivo del regolamento n. 261/04 è quello di "garantire un elevato livello di protezione per i passeggeri" e di tenere "in debita considerazione le esigenze in materia di protezione dei consumatori in generale", come evidenziato nel 1° considerando.

La centralità del passeggero e un rafforzamento dei suoi diritti rappresentano, quindi, il filo conduttore della disciplina comunitaria ed in tale ottica va interpretato il regolamento in questione.

L'abrogato regolamento n. 295/91 si limitava infatti a prevedere, per i soli voli di linea, il rimborso o l'offerta di voli alternativi, servizi gratuiti e livelli minimi di indennizzo in caso di negato imbarco dei passeggeri (c.d. *overbooking*).

Il nuovo regolamento si applica invece a tutti i voli commerciali e riguarda, oltre al negato imbarco, le cancellazioni e i ritardi dei voli, prevedendo un indennizzo non solo in caso di negato imbarco ma anche in caso di cancellazione del volo.

La mancata previsione di un indennizzo per il ritardo del volo rende quindi determinante la linea di demarcazione tra la nozione di "ritardo", di cui il regolamento non determina un limite massimo, e quella di "cancellazione".

La stessa Commissione nella Comunicazione 4 aprile 2007 testualmente afferma "Il regolamento (CE) n. 261/2004 non definisce il concetto di ritardo. Vi è una certa confusione riguardo agli obblighi delle compagnie aeree nei confronti dei passeggeri in caso di ritardo prolungato oltre 24 ore, il che può diventare una notevole fonte di conflitti".

Nell'ordinamento italiano, la tutela del passeggero in caso di ritardo del volo è contenuta nella L. 10.1.2004 n. 12 di ratifica ed esecuzione della Convenzione di Montreal del 28 maggio 1999 per l'unificazione di alcune norme relative al trasporto aereo internazionale.

L'art. 19 di detta legge prevede il diritto del passeggero al risarcimento del danno derivante da ritardo.

Da un esame della normativa comunitaria, si osserva come la "compensazione pecuniaria" assuma contorni ben diversi dal risarcimento del danno sia perché è predeterminata nell'ammontare, sia perché l'una non esclude l'altro, tanto è vero che il risarcimento viene previsto separatamente, e come voce suppletiva, nel regolamento n. 261/04, in un apposito articolo (art. 12).

Delineato il quadro normativo, appare indispensabile sottolineare come la definizione di volo cancellato, descritta all'art. 2 paragrafo 1) del regolamento in esame, difetti dell'elemento temporale.

Se per cancellazione del volo si intende la mancata effettuazione di un volo originariamente previsto e sul quale sia stato prenotato almeno un posto, la partenza dello stesso volo anche dopo alcuni giorni configurerebbe la fattispecie del ritardo e non della cancellazione, con tutte le conseguenze negative per il passeggero.

La giurisprudenza ha individuato alcuni indici rivelatori dell'avvenuta cancellazione del volo quali l'abbandono della pianificazione dello stesso, l'emissione di una nuova carta di imbarco, l'effettuazione di un nuovo *check-in*, la sostituzione dell'aeromobile o dell'equipaggio, l'imbarco soltanto di una parte dei passeggeri inizialmente prenotati.

In realtà, ai fini di una effettiva tutela del passeggero, appaiono determinanti, oltre a tali indici, gli effetti che derivano da un determinato evento.

Infatti, la cancellazione del volo, ove accompagnata dall'offerta di altro volo con la stessa o altra compagnia, dallo stesso luogo e con un orario non significativamente diverso, può arrecare minori disagi al passeggero rispetto al ritardo del volo a tempo indeterminato.

Ad esempio, il passeggero che, a seguito della cancellazione del volo, giunga a destinazione grazie ad un volo alternativo con un ritardo di due ore, ha diritto alla compensazione pecuniaria – che va dai 250 euro ai 600 euro a seconda della lunghezza della tratta – mentre analogo diritto non spetta a chi arriva con un ritardo di 25 ore del volo originario, che può fruire esclusivamente del rimborso per i pasti, le bevande e l'eventuale pernottamento in albergo, oltre al trasporto dall'aeroporto all'albergo e ritorno (art. 9, par. 1, lett. a, b e c) nonché, in caso di ritardo di almeno 5 ore, al rimborso del prezzo del biglietto (art. 8, par. 1, lett. a).

Il diritto alla compensazione pecuniaria dovrebbe, pertanto, essere commisurato alla rilevanza dei disagi subiti dal passeggero che sono direttamente proporzionali all'entità del ritardo subito nel raggiungimento della destinazione, a prescindere dalla configurazione dello stesso come "cancellazione" o come "ritardo" in senso tecnico.

Si veda in proposito la sentenza della Corte di Giustizia del 10 gennaio 2006, causa C-344/04, che ha affermato – in relazione a diverse questioni pregiudiziali vertenti sulla validità degli articoli 5, 6 e 7 del regolamento n. 261/2004 dei quali si era censurata l'incompatibilità rispetto alla Convenzione di Montreal – che l'ampiezza delle diverse misure adottate dal legislatore comunitario varia in funzione dell'importanza dei danni subiti dai passeggeri, che è valutata sia in funzione della durata del ritardo e dell'attesa del volo successivo, sia del lasso di tempo trascorso prima che gli interessati fossero informati della cancellazione del volo o del ritardo.

Soggiunge la Corte che, trattandosi di misure di risarcimento uniformi, esse sono dirette a soddisfare bisogni immediati dei passeggeri a prescindere dalla causa della cancellazione o del ritardo del volo.

La sostanziale equiparazione della cancellazione al "lungo ritardo" e "al ritardo che comporti un pernottamento" è peraltro evincibile dal quindicesimo considerando del regolamento 261/2004, che riserva eguale considerazione a tali eventi ai fini dell'individuazione della "circostanza eccezionale" idonea a limitare gli obblighi che incombono sui vettori aerei ai sensi del quattordicesimo considerando.

In base all'art. 5, n. 3, il vettore aereo operativo non è tenuto a pagare una compensazione pecuniaria a norma dell'art. 7, se può dimostrare che la cancellazione del volo è dovuta a circostanze eccezionali che non si sarebbero comunque potute evitare anche se fossero state adottate tutte le misure del caso.

In proposito, il terzo quesito posto dal Giudice austriaco può essere risolto alla luce delle conclusioni dell'Avvocato Generale, presentate il 27 settembre 2007 nella causa C-396/06, in base alle quali affinché un vettore aereo possa far valere l'art. 5, n. 3 del regolamento n. 261/2004 allo scopo di non pagare compensazioni pecuniarie in seguito all'indisponibilità di un aeromobile per problemi tecnici, vanno considerate circostanze eccezionali

quelle che non avrebbero potuto essere evitate anche se si fossero adottate tutte le misure del caso.

Tali misure comprendono la precisa e puntuale attuazione del programma di manutenzione e di verifica dell'aeromobile e, dopo la comparsa del problema tecnico, l'adozione di provvedimenti adeguati per effettuare le sostituzioni alla luce della passata esperienza.

Circostanze eccezionali possono consistere in problemi tecnici che non siano né di un tipo che si verifica normalmente e periodicamente su tutti gli aeromobili o su un determinato tipo di aeromobile, né di un tipo che sia stato già rilevato in precedenza sull'aeromobile in questione.

In ogni caso, spetta al giudice nazionale valutare l'ammissibilità e il valore probatorio dei documenti e di ogni altro elemento fornito dal vettore aereo al fine di stabilire se sussistono le condizioni di cui all'art. 5, n. 3 del regolamento n. 261/2004.

\*\*\*\*\*

Il Governo italiano propone quindi alla Corte di risolvere il primo quesito posto dal Giudice tedesco nel senso che, per l'interpretazione della nozione di 'cancellazione del volo' non sia decisivo il fatto che l'originaria pianificazione di volo venga abbandonata.

Il Governo italiano propone inoltre alla Corte di risolvere il secondo quesito posto dal Giudice tedesco nel senso che l'individuazione dei casi in cui un rinvio del volo originariamente previsto non debba essere più considerato come ritardo bensì come cancellazione dipende dalla durata del ritardo.

Il Governo italiano propone alla Corte di risolvere il primo quesito posto dal Giudice austriaco nel senso che l'art. 5, in combinato disposto con gli artt. 2, lett. 1), e 6 del regolamento CE n. 261/2004 debbano essere interpretati nel senso che un differimento di 22 ore, rispetto all'orario di partenza, costituisce un 'ritardo' ai sensi dell'art. 6.

Il Governo italiano propone inoltre alla Corte di risolvere il secondo quesito posto dal Giudice austriaco nel senso che l'art. 2, lett. 1), del regolamento CE n. 261/2004 debba essere interpretato nel senso che il caso in cui i passeggeri vengono imbarcati in un momento notevolmente differito (22 ore) su un volo con un numero modificato (numero di volo originario con aggiunta del codice 'A'), su cui è imbarcata soltanto una parte – seppur rilevante – dei passeggeri inizialmente prenotati, oltre, però, ad altri viaggiatori originariamente non prenotati, si configura come una 'cancellazione del volo' anziché come un 'ritardo'.

Il Governo italiano propone infine alla Corte di risolvere il terzo quesito posto dal Giudice austriaco nel senso che l'art. 5, n. 3, del regolamento CE n. 261/2004 debba essere interpretato nel senso che un problema tecnico dell'aeromobile e le derivanti modifiche dell'orario dei voli costituiscono circostanze eccezionali, che non si sarebbero comunque potute evitare anche se fossero state adottate tutte le misure del caso, ove vi sia stata la precisa e puntuale attuazione del programma di manutenzione e di verifica dell'aeromobile e, dopo la comparsa del problema tecnico, l'adozione di provvedimenti adeguati per effettuare le sostituzioni alla luce della passata esperienza.

Circostanze eccezionali possono consistere in problemi tecnici che non siano né di un tipo che si verifica normalmente e periodicamente su tutti gli aeromobili o su un determinato tipo di aeromobile, né di un tipo che sia stato già rilevato in precedenza sull'aeromobile in questione. In ogni caso, spetta al giudice nazionale valutare l'ammissibilità e il valore probatorio dei documenti e di ogni altro elemento fornito dal vettore aereo al fine di stabilire se sussistono le condizioni di cui all'art. 5, n. 3 del regolamento n. 261/2004.

Roma, 25.1.2008

Avv. Wally Ferrante».

**Causa C-446/07 - Materia trattata: agricoltura - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale civile di Modena (Italia) il 1° ottobre 2007** - Alberto Severi, Cavazzuti e figli/Regione Emilia-Romagna. (Avvocato dello Stato S. Fiorentino - AL 47067/07).

#### LE QUESTIONI PREGIUDIZIALI

1) se l'art. 3 par. 1 e art. 13 par. 3 Reg. CEE 2081/92 (ora art. 3 par. 1 e 13 par. 2 Reg. Ce 510/06) in riferimento all'articolo 2 D.Lgs. 109/92 (art. 2 dir. 2000/13/CE) debbano essere interpretati nel senso che la denominazione di un prodotto alimentare contenente riferimenti geografici, per la quale vi sia stato in sede nazionale un «rigetto» o comunque un blocco della richiesta alla Commissione europea di registrazione come DOP o IGP ai sensi dei citati regolamenti, debba essere considerata generica quantomeno per tutto il periodo in cui pendono gli effetti del suddetto «rigetto» o blocco;

2) se l'art. 3 par. 1 e art. 13 par. 3 Reg. CEE 2081/92 (ora art. 3 par. 1 e 13 par. 2 Reg. Ce 510/06) in riferimento all'articolo 2 D.Lgs. . 109/92 (art. 2 dir. 2000/13/CE) debbano essere interpretati nel senso che la denominazione di un prodotto alimentare evocativo di un luogo non registrata come DOP o IGP ai sensi dei citati regolamenti, possa essere legittimamente utilizzata nel mercato europeo dai produttori che ne abbiano fatto uso in buona fede ed in modo costante per molto tempo prima dell'entrata in vigore del Regolamento CEE n. 2081/92 (ora Reg. CE 510/06) e nel periodo successivo a tale entrata in vigore;

3) se l'art. 15 par. 2 della dir. CEE 89/104, relativa all'armonizzazione delle legislazioni nazionali sui marchi, debba essere interpretato nel senso che al soggetto titolare di un marchio collettivo di prodotto alimentare, contenente un riferimento geografico, non è consentito impedire ai produttori di un prodotto, avente le stesse caratteristiche, di designarlo con una denominazione simile a quella contenuta nel marchio collettivo, qualora detti produttori abbiano usato tale denominazione in buona fede, in modo costante per un tempo molto anteriore alla data di registrazione del suddetto marchio collettivo.

#### IL FATTO

Secondo quanto si ricava dall'ordinanza di rinvio, il giudizio ha ad oggetto l'impugnazione, da parte dei ricorrenti, di un provvedimento (c.d.

ordinanza ingiunzione) emesso dalla Regione Emilia Romagna, con il quale è stata irrogata la sanzione prevista per la violazione dell'art. 2 del D.Lgs. 109/92 a causa della commercializzazione, con il marchio del Salumifico Cavazzuti, di un insaccato denominato "Salame tipo Felino" prodotto in uno stabilimento di Modena.

Nell'ordinanza ingiunzione si mette in evidenza che l'indicazione "Salame felino" costituisce marchio registrato e gode di una fama di genuinità e tipicità caratteristiche, legate al territorio del comune di Felino e che l'etichettatura utilizzata è suscettibile di trarre in errore il consumatore, non essendo sufficiente, per eliminare il rischio di confusione, l'indicazione "tipo".

Le ricorrenti sostengono che poiché l'ordinanza ingiunzione ravvisa la sussistenza della violazione in relazione al collegamento tra la denominazione e il territorio, è indispensabile verificare se effettivamente tale collegamento esiste.

A tal fine, occorrerebbe innanzitutto verificare se la denominazione "Salame Felino" non sia da considerare generica. Occorrerebbe, poi, interrogarsi sugli effetti dell'eventuale uso in buona fede della denominazione, nel corso degli anni, da parte degli operatori che non sono stabiliti nella zona del Comune di Felino. L'eventualità di questo uso in buona fede andrebbe esaminata anche alla luce delle normative sui marchi collettivi, tenuto conto dell'esistenza di un marchio collettivo detenuto dalla Associazione salame felino.

A tali osservazioni, la Regione Emilia Romagna ha replicato facendo valere l'autonomia dell'interesse tutelato dall'art. 2 del D.Lgs. 109/92. A giudizio della resistente, l'espressione "salame felino" rappresenta un'indicazione di provenienza che – a differenza di altre, quali "salame Milano" o "salame ungherese" – è idonea ad evocare una connessione territoriale rispetto ad un alimento che, come il salame felino, richiede fasi di lavorazione e di stagionatura condizionate da caratteristiche ambientali. Il fatto di avere utilizzato questa indicazione per un alimento prodotto altrove è sufficiente ad integrare la violazione della norma sull'etichettatura.

Ciò anche perché la denominazione "salame felino" evoca una tradizione produttiva che si caratterizza per l'utilizzo di maiali provenienti da allevamenti selezionati, per l'impiego di tagli di carne pregiati, per un ridotto impiego di sale ed aromi e per una metodologia di produzione e stagionatura strettamente legata al territorio.

Nell'illustrare le questioni pregiudiziali, il Tribunale di Modena ha premesso che all'epoca dei fatti la denominazione in esame non era riconosciuta né come DOP né come IGP ed ha ricordato che, nel corso dell'anno 2003, era stata portata avanti una proposta di riconoscimento della indicazione geografica protetta "Salame felino", la quale individuava una zona di produzione estremamente più ampia rispetto al Comune di Felino o alla Provincia di Parma (nella quale ricade il Comune di Felino), essendo estesa ad ampi settori delle Regioni Emilia Romagna, Piemonte e Lombardia.

Questa proposta era, però, stata impugnata dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio da parte della Associazione salame feli-

no, il che, secondo il Giudice *a quo*, aveva portato alla sospensione del procedimento di registrazione (tuttavia si vedrà, allorquando si risponderà al primo quesito, che non vi è luogo per parlare di “blocco” o di “rigetto” della richiesta di registrazione).

Il Giudice *a quo* ha, poi, rilevato che, in base alla documentazione esibita dalla parte ricorrente, come ad esempio alcuni studi degli anni '90, potrebbe ritenersi che la denominazione “Salame Felino” sia riferita ad una zona di produzione più ampia dei confini del Comune di Felino, tale da comprendere anche la zona ove è situato lo stabilimento della ricorrente. Quest'ultima risulta avere utilizzato da decenni la denominazione in questione, senza che fossero mai sorte contestazioni. Esiste, poi, una attestazione del 2003 del Ministero delle attività produttive – che, invero, non ha la competenza primaria in materia, in Italia – secondo la quale l'indicazione “Salame felino” sarebbe ormai associata ad una ricetta tradizionale ed avrebbe perso ogni riferimento con caratteristiche legate all'ambiente geografico.

Il Tribunale ha, poi, evidenziato che la denominazione “Salame Felino” è inserita nell'elenco dei “prodotti tradizionali” di cui all'articolo 8, comma 1 del decreto legislativo 30 aprile 1998, n. 173 (1), ma che questo inserimento non costituisce riconoscimento di origine o di provenienza del prodotto dal territorio al quale è riconducibile l'eventuale indicazione geografica contenuta nella denominazione.

Il Giudice remittente ha, infine, rilevato che esiste un marchio collettivo riferito al “Salame Felino”.

#### LA POSIZIONE DEL GOVERNO ITALIANO

*«La normativa comunitaria rilevante.*

I quesiti posti nell'ordinanza di rinvio portano, innanzi tutto, sull'interpretazione di alcune disposizioni del *Regolamento (CEE) 14 luglio 1992, n. 2081/92*, regolamento del Consiglio relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli ed alimentari (in prosieguo “il Regolamento sulle indicazioni geografiche” o anche semplicemente “il Regolamento”).

L'articolo 3, par. 1, del Regolamento stabilisce quanto segue:

*«1. Le denominazioni divenute generiche non possono essere registrate.*

---

(1) L'articolo 8 del D.Lgs. 173/98, rubricato «*Valorizzazione del patrimonio gastronomico*», al comma 1 dispone: «*Per l'individuazione dei “prodotti tradizionali”, le procedure delle metodiche di lavorazione, conservazione e stagionatura il cui uso risulta consolidato dal tempo, sono pubblicate con decreto del Ministro per le politiche agricole, d'intesa con il Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, e con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano. (...)*». In attuazione di tale norma è stato emanato il decreto ministeriale 18 luglio 2000 (pubblicato nella G.U. 21 agosto 2000, n. 194), successivamente aggiornato, che, nell'elenco relativo alla Regione Emilia Romagna, prevede il “Salame Felino”.

*Ai fini del presente regolamento, si intende per “denominazione divenuta generica” il nome di un prodotto agricolo o alimentare che, pur collegato col nome del luogo o della regione in cui il prodotto agricolo o alimentare è stato inizialmente ottenuto o commercializzato, è divenuto, nel linguaggio corrente, il nome comune di un prodotto agricolo o alimentare. Per determinare se una denominazione sia divenuta generica o meno, si tiene conto di tutti i fattori, in particolare:*

*– della situazione esistente nello Stato membro in cui il nome ha la sua origine e nelle zone di consumo,*

*– della situazione esistente in altri Stati membri,*

*– delle pertinenti legislazioni nazionali o comunitarie.*

*Nei casi in cui, secondo la procedura prevista agli articoli 6 e 7, venga respinta una domanda di registrazione in quanto una denominazione è divenuta generica, la Commissione pubblica la relativa decisione nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee».*

L'articolo 13, par. 3, del Regolamento dispone:

*«Le denominazioni protette non possono diventare generiche ».*

Queste disposizioni sono state riprodotte nell'art. 3, par. 1 (con alcune variazioni (2)) e nell'art. 13, par. 2 del *Regolamento (CE) 20 marzo 2006, n. 510/2006*, che ha abrogato e sostituito il Reg. (CEE) n. 2081/92. Il nuovo Regolamento è entrato in vigore il 31 marzo 2006, sicché è dubbia la sua applicabilità ai fatti di causa, non essendo possibile evincere dall'ordinanza di rinvio a quale epoca essi risalgano: dall'esame del provvedimento emerge esclusivamente che il procedimento di contestazione della violazione ai ricorrenti si è perfezionato il 18 maggio 2006 (il che, tenuto conto dei tempi del procedimento, lascia però presumere che i fatti siano anteriori al 31 marzo 2006).

Viene, inoltre, in considerazione la *Direttiva 20 marzo 2000, n. 2000/13/CE*, Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri concernenti l'etichettatura e la presentazione dei prodotti alimentari (in prosieguo “la Direttiva sull'etichettatura”), che all'articolo 2 stabilisce:

*«1. L'etichettatura e le relative modalità di realizzazione non devono:*

*a) essere tali da indurre in errore l'acquirente, specialmente:*

---

(2) Il testo dell'art. 3, par. 1, del Reg. (CE) n. 510/2006 è il seguente:

*« 1. Le denominazioni divenute generiche non possono essere registrate.*

*Ai fini del presente regolamento, si intende per «denominazione divenuta generica» il nome di un prodotto agricolo o alimentare che, pur collegato col nome del luogo o della regione in cui il prodotto agricolo o alimentare è stato inizialmente prodotto o commercializzato, è divenuto il nome comune di un prodotto agricolo o alimentare nella Comunità.*

*Per determinare se una denominazione sia divenuta generica o meno, si tiene conto di tutti i fattori, in particolare:*

*a) della situazione esistente negli Stati membri e nelle zone di consumo;*

*b) delle pertinenti legislazioni nazionali o comunitarie».*

*i) per quanto riguarda le caratteristiche del prodotto alimentare e in particolare la natura, l'identità, le qualità, la composizione, la quantità, la conservazione, l'origine o la provenienza, il modo di fabbricazione o i ottenimento,*  
*ii) attribuendo al prodotto alimentare effetti o proprietà che non possiede,*  
*iii) suggerendogli che il prodotto alimentare possiede caratteristiche particolari, quando tutti i prodotti alimentari analoghi possiedono caratteristiche identiche;*

*b) fatte salve le disposizioni comunitarie applicabili alle acque minerali naturali e ai prodotti alimentari destinati ad un'alimentazione particolare, attribuire al prodotto alimentare proprietà atte a prevenire, curare o guarire una malattia umana né accennare a tali proprietà.*

2. Secondo la procedura prevista dall'articolo 95 del trattato, il Consiglio stabilisce un elenco non esaustivo delle dichiarazioni di cui al paragrafo 1, il cui uso deve essere in ogni caso vietato o limitato.

3. I divieti o le limitazioni di cui ai paragrafi 1 e 2 valgono anche per:

*a) la presentazione dei prodotti alimentari, in particolare la forma o l'aspetto conferito agli stessi o al rispettivo imballaggio, il materiale utilizzato per l'imballaggio, il modo in cui sono disposti e l'ambiente nel quale sono esposti;*  
*b) la pubblicità».*

La giurisdizione di rinvio ha, poi, fatto riferimento all'articolo 15 (rubricato «Disposizioni particolari concernenti i marchi collettivi, i marchi di garanzia e i marchi di certificazione») della Direttiva 21 dicembre 1988, n. 89/104/CEE, Prima direttiva del Consiglio sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa, il quale dispone:

«1. Fatto salvo l'articolo 4, gli Stati membri la cui legislazione autorizza la registrazione di marchi collettivi o di marchi di garanzia o di certificazione possono prevedere che detti marchi siano esclusi dalla registrazione, che si dichiarino la loro decadenza o che si dichiarino la loro nullità per motivi diversi da quelli di cui agli articoli 3 e 12, nella misura in cui la funzione di detti marchi lo richieda.

2. In deroga all'articolo 3, paragrafo 1, lettera c) gli Stati membri possono stabilire che i segni o indicazioni che, in commercio, possono servire per designare la provenienza geografica dei prodotti o dei servizi possano costituire marchi collettivi, oppure marchi di garanzia o di certificazione. Un marchio siffatto non autorizza il titolare a vietare ai terzi l'uso, in commercio, di detti segni o indicazioni, purché li usi conformemente agli usi consueti di lealtà in campo industriale o commerciale; in particolare un siffatto marchio non può essere fatto valere nei confronti di un terzo abilitato ad usare una denominazione geografica».

*La normativa nazionale rilevante.*

Il decreto legislativo 27 gennaio 1992, n. 109, di attuazione della direttiva 89/395/CEE e della direttiva 89/396/CEE, all'articolo 2, intitolato «Finalità dell'etichettatura dei prodotti alimentari», nel testo modificato dal D.Lgs. 23 giugno 2003 n. 181, di attuazione della direttiva 2000/13/CE concernente l'etichettatura e la presentazione dei prodotti alimentari, nonché la relativa pubblicità dispone:

*«1. L'etichettatura e le relative modalità di realizzazione sono destinate ad assicurare la corretta e trasparente informazione del consumatore. Esse devono essere effettuate in modo da:*

*a) non indurre in errore l'acquirente sulle caratteristiche del prodotto alimentare e precisamente sulla natura, sulla identità, sulla qualità, sulla composizione, sulla quantità, sulla conservazione, sull'origine o la provenienza, sul modo di fabbricazione o di ottenimento del prodotto stesso;*

*b) non attribuire al prodotto alimentare effetti o proprietà che non possiede;*

*c) non suggerire che il prodotto alimentare possiede caratteristiche particolari, quando tutti i prodotti alimentari analoghi possiedono caratteristiche identiche;*

*d) non attribuire al prodotto alimentare proprietà atte a prevenire, curare o guarire una malattia umana né accennare a tali proprietà, fatte salve le disposizioni comunitarie relative alle acque minerali ed ai prodotti alimentari destinati ad un'alimentazione particolare.*

*2. I divieti e le limitazioni di cui al comma 1 valgono anche per la presentazione e la pubblicità dei prodotti alimentari».*

L'articolo 4 del medesimo decreto legislativo, rubricato «*Denominazione di vendita*», nel testo modificato dal D.Lgs. 25 febbraio 2000 n. 68, di attuazione della direttiva 97/4/CE, che modifica la direttiva 79/112/CEE, in materia di etichettatura, presentazione e pubblicità dei prodotti alimentari destinati al consumatore finale, prevede:

*«1. La denominazione di vendita di un prodotto alimentare è la denominazione prevista per tale prodotto dalle disposizioni della Comunità europea ad esso applicabili. In mancanza di dette disposizioni la denominazione di vendita è la denominazione prevista dalle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative dell'ordinamento italiano, che disciplinano il prodotto stesso.*

*1-bis. In assenza delle disposizioni di cui al comma 1, la denominazione di vendita è costituita dal nome consacrato da usi e consuetudini o da una descrizione del prodotto alimentare e, se necessario da informazioni sulla sua utilizzazione, in modo da consentire all'acquirente di conoscere l'effettiva natura e di distinguerlo dai prodotti con i quali potrebbe essere confuso.*

*1-ter. È ugualmente consentito l'uso della denominazione di vendita sotto la quale il prodotto è legalmente fabbricato e commercializzato nello Stato membro di origine. Tuttavia, qualora questa non sia tale da consentire al consumatore di conoscere l'effettiva natura del prodotto e di distinguerlo dai prodotti con i quali esso potrebbe essere confuso, la denominazione di vendita deve essere accompagnata da specifiche informazioni descrittive sulla sua natura e utilizzazione.*

*1-quater. La denominazione di vendita dello Stato membro di produzione non può essere usata, quando il prodotto che essa designa, dal punto di vista della composizione o della fabbricazione, si discosta in maniera sostanziale dal prodotto conosciuto sul mercato nazionale con tale denominazione.*

*1-quinquies. ... Omissis ...*

*2. La denominazione di vendita non può essere sostituita da marchi di fabbrica o di commercio ovvero da denominazioni di fantasia.*

*3 – 5-bis ... Omissis ...»*

Il decreto legislativo 10 febbraio 2005, n. 30 («codice della proprietà industriale»), all'articolo 29 stabilisce:

*«1. Sono protette le indicazioni geografiche e le denominazioni di origine che identificano un paese, una regione o una località, quando siano adottate per designare un prodotto che ne è originario e le cui qualità, reputazione o caratteristiche sono dovute esclusivamente o essenzialmente all'ambiente geografico d'origine, comprensivo dei fattori naturali, umani e di tradizione».*

Il successivo articolo 30 dispone:

*«1. Salva la disciplina della concorrenza sleale, salve le convenzioni internazionali in materia e salvi i diritti di marchio anteriormente acquisiti in buona fede, è vietato, quando sia idoneo ad ingannare il pubblico, l'uso di indicazioni geografiche e di denominazioni di origine, nonché l'uso di qualsiasi mezzo nella designazione o presentazione di un prodotto che indichino o suggeriscano che il prodotto stesso proviene da una località diversa dal vero luogo di origine, oppure che il prodotto presenta le qualità che sono proprie dei prodotti che provengono da una località designata da un'indicazione geografica.*

*2. La tutela di cui al comma 1 non permette di vietare ai terzi l'uso nell'attività economica del proprio nome o del nome del proprio dante causa nell'attività medesima, salvo che tale nome sia usato in modo da ingannare il pubblico».*

*La giurisprudenza nazionale sulla denominazione “salame felino”.*

I giudici italiani si sono in più di un'occasione occupati della denominazione “Salame felino”.

Nell'anno 1995 diversi produttori stabiliti nel Comune di Felino o in zone limitrofe, tutti facenti parte della “Associazione dei produttori per la tutela del salame felino” (in prosieguo la “Associazione salame felino”), hanno convenuto avanti al Tribunale di Milano l'UNI – Ente nazionale italiano di unificazione (3) che, nell'ambito delle proprie competenze, aveva emanato una norma tecnica sulla composizione e gli ingredienti per la produzione di un salume denominato “salame felino”.

---

(3) L'UNI – Ente Nazionale Italiano di Unificazione è un'associazione di diritto privato, senza scopo di lucro, che riunisce oltre 7000 soggetti (imprese, liberi professionisti, associazioni, istituti scientifici e scolastici, pubbliche amministrazioni) e svolge attività normativa in tutti i settori industriali, commerciali e del terziario ad esclusione di quello elettrico ed elettrotecnico. Il ruolo dell'UNI, quale Organismo nazionale italiano di normazione, è stato riconosciuto dalla Direttiva Europea 83/189/CEE del marzo 1983, recepita dal Governo Italiano con la Legge n. 317 del 21 giugno 1986.

Con sentenza del 15 gennaio 2001, il Tribunale di Milano ha «*accertato il diritto all'uso esclusivo della denominazione Salame Felino o Salame di Felino da parte delle società attrici*» ed ha ordinato all'UNI di cessare la divulgazione della norma tecnica in questione (la norma UNI-10267). Il Tribunale ha rilevato che «*gli attori sono produttori di un insaccato di carni di maiale, manifatturato nel Comune di Felino e in alcuni altri Comuni, tutti situati nella Provincia di Parma, per tradizione ultracentenaria denominato e conosciuto, anche oltre i confini dell'Italia, come "Salame Felino" o "Salame di Felino"*» ed ha evidenziato che, qualora si fosse consentito a chiunque di utilizzare la dicitura in esame, ne sarebbe derivato un «*involgarimento di detto segno distintivo, utilizzato a scapito dei produttori della originaria zona geografica di produzione, con pregiudizio degli interessi economici degli stessi, fatti oggetto di attività concorrenziali da parte di imprenditori che, non avendo contribuito all'affermazione dei pregi del salame e inducendo i consumatori a credere l'origine geografica di produzione nella zona di "Felino", si avvantaggerebbero dell'opera e dell'impegno economico profusi dalle attrici per la conservazione della bontà e tipicità del prodotto, legate al territorio*».

Riguardata la questione in relazione all'articolo 2598 del codice civile, che reprime gli atti di concorrenza sleale, il Tribunale ha infine affermato che «*quanto all'utilizzo del segno distintivo "salame felino" da parte di produttori fuori dalla zona del "felino", la suddetta normativa varrebbe certamente a configurare l'utilizzo di tale segno di origine quale atto di concorrenza sleale perché rivolto ad ingannare il consumatore circa la provenienza geografica del prodotto, a sviarne le tendenze all'acquisto a danno degli originali produttori e, perlomeno, ad agganciarsi parassitariamente ai pregi del salame Felino manifatturato nella provincia di Parma, notoriamente, anche fuori d'Italia, conosciuta per la gradevolezza, la qualità, il sapore e, insomma, per la particolare bontà e gustosità degli alimenti ivi prodotti*».

Con sentenza n. 839/2002, la Corte di Appello di Milano ha rigettato l'impugnazione proposta dall'UNI avverso la descritta sentenza. La Corte d'Appello ha chiarito che «*(l)a circostanza che gli impianti [di produzione del salame felino, n.d.r.] siano collocati e la produzione avvenga in una determinata zona non è indifferente, proprio ai fini delle caratteristiche del prodotto. Infatti, le relazioni tecniche prodotte da parte appellata ( ...) che l'appellante non è stata in grado di efficacemente contrastare (non sono stati forniti in alcun modo elementi tecnici che consentano di disattendere le indicazioni degli esperti che si sono pronunciati con le relazioni prodotte dagli attori-appellati e che risultano invece concordi e motivate in modo convincente) sottolineano l'importanza dei fattori geografici naturali ed umani (...). In particolare la stagionatura del Salame Felino, oltre ad essere codificata da una lunga esperienza, si giova di un particolare "microsismo", strettamente collegato all'ambiente, che si è detto (vedi sul punto la relazione Ballerini pag. 53-54) essere dovuto ai microrganismi della fermentazione, formatisi durante periodi di tempo indefinibili, non riproducibili in altri luoghi e non sostituibili da altri "stipiti microbici"*». La sentenza è stata poi confermata dalla Corte di Cassazione (sentenza n. 21332/05).

Parallelamente si è svolto un altro giudizio avente ad oggetto l'uso dell'indicazione geografica "Salame Felino".

Nel 1998, l'Associazione salame felino ha contestato alla Kraft Jacobs Suchard S.p.A. (in prosieguito "Kraft") la vendita di un insaccato denominato "Salame Felino" prodotto nella provincia di Cremona. Nel giudizio è intervenuta, a sostegno della Kraft, l'ASS.I.CA., vale a dire l'Associazione degli industriali delle carni (che vede tra i suoi soci anche Grandi Salumifici Italiani, attuale ricorrente).

Con sentenza n. 236/01, l'adito Tribunale di Parma ha accolto la domanda, dichiarando che *«il comportamento posto in essere da Kraft Jacobs Suchard Spa, con la commercializzazione di un salume denominato "Salame Felino", ma prodotto nello stabilimento di Cremona via Filzi, n. 69, viola i diritti sulla indicazione geografica "Salame Felino" o "Salame di Felino», e «(..) costituisce concorrenza sleale ai danni dell'Associazione fra produttori per la tutela del "Salame Felino"».*

Il Tribunale ha, in particolare, affermato che *«l'assenza, fino ad ora, di una registrazione a livello comunitario (...) non può comportare un uso indiscriminato della denominazione, la cui rilevanza, anche a livello internazionale, e legislativo, appare comunque riconosciuta»* ed ha evidenziato che *«il collegamento con il territorio parmense si rinviene ampiamente illustrato nella relazione sulle origini preistoriche e storiche del salame felino»* e che, pertanto, *«il consumatore, trovandosi di fronte un salume di formato analogo a quello tipico, denominato Felino, senza specificazioni offerte da una nota ditta, ben potrà essere vittima d'inganno, pensando di acquistare quello tipico, mentre la sua produzione è avvenuta in ambito geografico diverso dalla zona tipica, richiamata dalla denominazione rinvenuta sull'etichetta».*

La decisione è stata successivamente confermata dalla lunga articolata sentenza n. 34/2006 della Corte di Appello di Bologna.

Nella sentenza, la Corte d'Appello afferma, tra l'altro, che *«(p)er quanto detto la denominazione Salame Felino" o Salame di felino" gode sicuramente di "reputazione" dovuta alla "tradizione", formatasi nell'ambito del territorio della provincia di Parma ed unicamente in esso, che ha determinato l'affermazione del buon nome acquisito in ambito nazionale ed internazionale»* anche se *«occorre verificare se ciò sia sufficiente per ritenere operante la tutela fissata dall'art. 31 del D.lgs. 198/96 (4)».* Ebbene, questa

---

(4) L'articolo 31 del decreto legislativo 19 marzo 1996, n. 198 – introdotto nell'ordinamento italiano per dare attuazione all'Accordo TRIPs, disponeva:

*«1. Per indicazione geografica si intende quella che identifica un paese, una regione o una località, quando sia adottata per designare un prodotto che ne è originario e le cui qualità, reputazione o caratteristiche sono dovute esclusivamente o essenzialmente all'ambiente geografico d'origine, comprensivo dei fattori naturali, umani e di tradizione.*

*2. Fermo il disposto dell'art. 2598, n. 2, del codice civile e le disposizioni speciali in materia, e salvi i diritti di marchio anteriormente acquisiti in buona fede, costituisce atto di concorrenza sleale, quando sia idoneo ad ingannare il pubblico, l'uso di indicazioni geo-*

verifica conduce, secondo i Giudici bolognesi, a risultati positivi in quanto «*solamente un uso appropriato della denominazione “Salame felino”, che tale tradizione evoca, può conseguire il risultato voluto dalla tutela approntata dall’art. 31 D.Lgs. n. 198/96 non solo nei confronti dei produttori – il cui interesse alla tutela della denominazione è superfluo sottolineare – ma anche con specifico riferimento al consumatore medio*».

*Analisi sul primo quesito.*

Con il primo quesito, il Giudice *a quo* chiede in sostanza di conoscere se debba considerarsi necessariamente generica, ai sensi dell’art. 3, paragrafo 1, del Reg. (CEE) 2081/92, la denominazione di un prodotto alimentare per il quale non esista una registrazione comunitaria quale DOP o IGP e se eventualmente in questo contesto rilevi – nel senso di dover quanto meno considerare generica la denominazione per tutto il periodo di durata del “blocco” – che fosse stata avviata dalle autorità nazionale una richiesta di registrazione come DOP o IGP e che le medesime autorità abbiano successivamente sospeso l’inoltro della richiesta alla Commissione europea.

Sul punto si rende innanzi tutto necessario fornire alcune delucidazioni in fatto.

Con decreto n. 6875 del 4 giugno 2007, il Ministero delle politiche agricole e forestali (vale a dire il Dicastero che ha la competenza esclusiva in materia, in Italia), su domanda della Associazione salame felino, ha accordato la protezione a titolo transitorio a livello nazionale, ai sensi dell’art. 5, paragrafo 6, del Reg. (CE) n. 510/06, alla denominazione “Salame Felino”, stabilendo all’articolo 2 del decreto che tale denominazione è riservata «*al prodotto ottenuto in conformità al disciplinare di produzione trasmesso con nota n. 2714 del 4 aprile 2007 all’organismo comunitario competente*», prevedendo, ai sensi del medesimo Regolamento, un “periodo di adattamento” di due anni – durante il quale potrà essere utilizzata una denominazione “Salame tipo Felino” – per le imprese che hanno legalmente commercializzato il prodotto denominato “Salame Felino” in modo continuativo per i cinque anni antecedenti alla data di pubblicazione del decreto.

Si vede, quindi, che non vi è luogo per parlare, come fa il Giudice del rinvio, di “rigetto” o di “blocco” della procedura di registrazione. Il procedimento è andato avanti, sia pure apportando al progetto le variazioni che si

---

*grafiche, nonché l’uso di qualsiasi mezzo nella designazione o presentazione di un prodotto che indichino o suggeriscano che il prodotto stesso proviene da una località diversa dal vero luogo d’origine, oppure che il prodotto presenta le qualità che sono proprie dei prodotti che provengono da una località designata da una indicazione geografica.*

3. *La tutela di cui al comma 2 non permette ai terzi l’uso nell’attività economica del proprio nome, o del nome del proprio dante causa nell’attività medesima, salvo che tale nome sia usato in modo da ingannare il pubblico*».

La norma è stata abrogata e trasfusa nelle disposizioni del codice della proprietà industriale riportate, nel testo, ai punti 10 e 11.

sono rivelate necessarie per tenere conto delle ragioni addotte dai produttori che si erano opposti alla formulazione originaria della richiesta, le quali, come si è visto alla Sezione IV del presente scritto, sono sin qui state condivise dalla giurisprudenza interna.

Ciò premesso, ad avviso del Governo italiano occorre in via preliminare interrogarsi sulla ricevibilità del quesito.

Non ignora questa difesa che, secondo una consolidata giurisprudenza della Corte, spetta unicamente al giudice nazionale valutare, alla luce delle particolari circostanze di ciascuna causa, la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di pronunciare la propria sentenza nonché la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte. È stato, però, affermato che non è escluso il rigetto di una domanda presentata da un giudice nazionale quando appaia in modo manifesto che l'interpretazione del diritto comunitario chiesta da tale giudice non ha alcuna relazione con l'effettività o con l'oggetto della causa principale, oppure quando il problema sia di natura ipotetica (sentenze 19 aprile 2007, causa C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales*, punto 31, 23 novembre 2006, causa C-238/05, *Asnef-Equifax e Administración del Estado*).

Ora, nel motivare sulla rilevanza del quesito, il quale porta sull'interpretazione del Regolamento sulle indicazioni geografiche, il Giudice *a quo*, chiamato invece ad applicare l'articolo 2 del decreto legislativo n. 109/92 (il quale costituisce trasposizione dell'art. 2 della Direttiva sull'etichettatura), ha ipotizzato una reciproca interferenza tra le due fonti di diritto comunitario derivato che deve, viceversa, essere manifestamente esclusa sulla base dell'interpretazione letterale, sistematica e teleologica delle stesse.

Infatti, l'articolo 1, paragrafo 2, del Regolamento sulle indicazioni geografiche (oggi riproposto nell'articolo 1, par. 2, del Reg. n. 510/2006), stabilisce che il regolamento medesimo si applichi «*senza pregiudizio di altre disposizioni comunitarie particolari*». Ciò implica che le disposizioni del regolamento non possono essere utilizzate per definire la portata degli obblighi di corretta informazione del consumatore contenuti nella Direttiva sull'etichettatura. Per meglio dire, tali disposizioni possono contribuire solo a definire il contenuto minimo degli obblighi di informazione, nel senso che un'etichettatura in contrasto con una denominazione registrata deve sempre considerarsi ingannevole (lo si evince chiaramente dall'articolo 13, par. 1, lettera c, del Regolamento sulle indicazioni geografiche), ma il fatto che la condotta di un operatore non violi il Regolamento sulle indicazioni geografiche non può comportare che sia stato necessariamente garantito l'interesse dei consumatori tutelato dalla Direttiva sull'etichettatura.

Risulta, infatti, dalla giurisprudenza della Corte che, ai fini della valutazione della capacità di induzione in errore di un'indicazione contenuta nell'etichettatura, il giudice nazionale deve essenzialmente riferirsi all'aspettativa presunta connessa a tale indicazione di un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto. Non rileva, pertanto, se l'operatore sia, o meno, legittimato ad utilizzare quell'indicazione alla stregua delle norme particolari di un altro settore dell'ordinamento.

Sembra, quindi, al Governo italiano che la questione posta dal Giudice del rinvio non abbia alcuna significativa attinenza con l'effettiva questione controversa: la natura generica, o meno di una denominazione ha rilievo ai fini dell'applicazione del Regolamento sulle indicazioni geografiche, mentre nel giudizio *a quo* si tratta di una sanzione per etichettatura ingannevole, la cui applicazione non dipende dall'interpretazione di quel Regolamento. Appare evidente, pertanto, l'intento di suscitare, senza che vi sia un reale collegamento con l'oggetto della causa, una pronuncia della Corte che finirebbe per interferire con il procedimento di registrazione in corso, di cui si è detto al punto 36 del presente scritto.

In subordine, qualora la Corte ritenesse di dover esaminare il quesito, ritiene il Governo italiano che ad esso occorra dare risposta negativa.

La condizione di genericità di una denominazione non è l'effetto della mancata registrazione di essa quale DOP o IGP, ma è il risultato di un processo in forza del quale il prodotto agricolo o alimentare, pur originario di un luogo o di una regione, abbia perso, nel linguaggio comune, ogni riferimento al luogo d'origine. Neanche l'espressa decisione di rigetto della registrazione di una denominazione reca quale corollario necessario che la denominazione sia generica: si evince, infatti, dall'articolo 3, paragrafo 1, terzo comma del Regolamento che la genericità della denominazione è solo uno dei possibili motivi di rigetto della domanda di registrazione.

Il fatto che la denominazione non sia registrata, pertanto, è una condizione necessaria ma certamente non sufficiente ai fini dell'affermazione della sua genericità: la relativa verifica, come indica chiaramente l'articolo 3 del Regolamento, deve scaturire da una valutazione di fatto, nel condurre la quale l'Interprete dovrà anche considerare le pertinenti legislazioni nazionali o comunitarie.

Sicuramente da escludere, poi, è quanto ipotizza il Giudice del rinvio allorché esso prospetta che la genericità della denominazione possa essere affermata in via transitoria, sino a quando non si perfezioni il procedimento di registrazione. Infatti, come si desume chiaramente dall'articolo 3, paragrafo 1, primo comma del Regolamento è escluso che una denominazione generica possa successivamente evolvere in una denominazione registrata.

Ciò detto, è opportuno, ad avviso del Governo italiano, che la Corte ribadisca che il Regolamento n. 2081/92 non esaurisce l'ambito di tutela accordata alle denominazioni e che, pertanto, esso non osti ad una normativa nazionale che proibisca, nel proprio territorio, l'uso ingannevole di una indicazione geografica non protetta dal Regolamento.

La Corte ha, infatti, già avuto modo di affermare che *«lo scopo perseguito dal regolamento n. 2081/92 non può essere messo in causa a motivo dell'applicazione, a fianco dello stesso, di disposizioni nazionali di protezione delle indicazioni di origine geografica che non rientrano nel suo ambito di applicazione»* (v. sentenza 7 novembre 2000, causa C-312/98 *Warsteiner*, punto 49) e che il medesimo regolamento non osta all'applicazione di una normativa nazionale che tuteli denominazioni le quali implicino riferimenti geografici specifici i quali, se esistessero nesi tra le caratteristiche dei prodotti richiamate da tali denominazioni e la zona geografica alla quale rinvia-

no, potrebbero formare oggetto di una registrazione ai sensi del detto Regolamento (sentenza 7 maggio 1997, causa riunite C-321/94, C-322/94, C-323/94 e C-324/94, *Pistre*, punti 39 e 40).

### *Secondo quesito*

Il Governo italiano non suggerirà risposte rispetto al secondo ed al terzo quesito, ritenendoli manifestamente irricevibili.

Con il secondo quesito, si chiede se la denominazione di un prodotto alimentare evocativo di un luogo, non registrata come DOP o IGP ai sensi del Regolamento sulle indicazioni geografiche, possa continuare ad essere legittimamente utilizzata dai produttori che ne abbiano fatto uso in buona fede ed in modo costante sin da epoca antecedente all'adozione del Regolamento.

Si tratta, anche in questo caso, di una questione che non sembra avere alcuna attinenza con l'oggetto del giudizio *a quo*. Infatti, nessuna disposizione comunitaria o nazionale relativa all'etichettatura dei prodotti prende in considerazione la buona fede, o meno, dell'operatore che abbia messo in commercio un prodotto etichettato in modo ingannevole.

L'articolo 14, paragrafo 2, del Regolamento sulle indicazioni geografiche si occupa della buona fede quale possibile fonte di acquisito, in epoca anteriore alla registrazione della DOP o della IGP, di un marchio corrispondente ad una delle situazioni oggetto di protezione ai sensi del Regolamento medesimo. Tuttavia, poiché, per quanto detto, nel giudizio principale non è stata contestata la violazione di una denominazione registrata ai sensi del Regolamento e poiché non consta che le ricorrenti abbiano rivendicato la titolarità di un marchio corrispondente alla denominazione "Salame Felino", il quesito posto dal Tribunale di Modena si dimostra del tutto ipotetico.

Naturalmente la buona fede, intesa come assenza di colpa, può essere presa in considerazione dal giudice nazionale nel verificare la sussistenza dell'elemento soggettivo della violazione, ai fini dell'applicazione della sanzione. Ma questa verifica non potrebbe avere come effetto quello di consentire, anche per il futuro, l'utilizzo dell'etichettatura controversa.

### *Terzo quesito*

Con l'ultimo quesito il Tribunale di Modena chiede di conoscere se i titolari di un marchio collettivo possano impedire la commercializzazione di un prodotto con una denominazione simile a quella contenuta nel marchio, da parte di produttori che abbiano usato tale denominazione in buona fede sin da epoca precedente, anche molto anteriore, alla registrazione del detto marchio collettivo.

Si tratta, nuovamente, di un quesito irricevibile, perché appare manifesto che l'interpretazione del diritto comunitario chiesta dal Giudice *a quo* non ha alcuna relazione con l'effettività o con l'oggetto della causa principale, risolvendosi in una questione di natura puramente ipotetica.

Infatti la denominazione "Salame tipo Felino" non è stata contestata alle ricorrenti dai titolari del marchio collettivo, che non sono parte in causa, ma da un'autorità pubblica (la Regione Emilia Romagna) e per motivi che non risiedono nella contraffazione del marchio collettivo.

Risulta, infatti, dalla lettura dell'ordinanza di rinvio che l'esistenza di un marchio collettivo è semplicemente una delle circostanze citate nel provvedimento impugnato nel giudizio principale, quale elemento che, unitamente a vari altri, consentirebbe di desumere che la denominazione di vendita utilizzata dalle ricorrenti fosse ingannevole per i consumatori (se tale ingannevolezza sussistesse effettivamente è, poi, questione di fatto rimessa all'apprezzamento del giudice nazionale).

### *Conclusioni*

Alla stregua delle considerazioni che precedono, il Governo italiano suggerisce alla Corte di rispondere ai quesiti sottoposti al suo esame affermando che:

*Il fatto che una denominazione di prodotto alimentare contenente riferimenti geografici non sia stata ancora registrata come DOP o come IGP non comporta che tale denominazione debba essere necessariamente considerata generica ai sensi dell'articolo 3, par 1, del Regolamento (CE) 2081/92, né osta, di per sé, all'applicazione delle disposizioni di tutela dei consumatori rispetto alla ingannevolezza della etichettatura dei prodotti nel caso di uso di detta denominazione quale denominazione di vendita.*

Roma, 25 gennaio 2008

Avv. Sergio Fiorentino».

**Causa C-561/07 - Materia trattata: ravvicinamento delle legislazioni - Ricorso presentato il 18 dicembre 2007** - Commissione delle Comunità europee/Repubblica italiana. (Avvocato dello Stato W. Ferrante - AL 3316/08).

### LE CONCLUSIONI DELLA COMMISSIONE

*– Mantenendo in vigore le disposizioni dell'art. 47, comma 5 e 6 della legge n. 428 del 29 dicembre 1990 in caso di crisi aziendale a norma dell'art. 2, quinto comma, lettera c) della legge 12 agosto 1977 n. 675 in modo tale che i diritti dei lavoratori elencati agli articoli 3 e 4 della direttiva 2001/23/CE non sono garantiti in caso di trasferimento di imprese di cui è stata accertata la "situazione di crisi", la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che le incombono in virtù di questa direttiva.*

### IL CONTRORICORSO DEL GOVERNO ITALIANO

“L'art. 3 della citata direttiva, che ha sostituito la direttiva 77/187/CEE, dispone, per quanto qui interessa:

*“1. I diritti e gli obblighi che risultano per il cedente da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro esistente alla data del trasferimento sono, in conseguenza di tale trasferimento, trasferiti al cessionario.*

*Gli Stati membri possono prevedere che il cedente, anche dopo la data del trasferimento, sia responsabile, accanto al cessionario, degli obblighi risultanti prima della data del trasferimento da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro esistente alla data del trasferimento.*

2. ...

3. *Dopo il trasferimento, il cessionario mantiene le condizioni di lavoro convenute mediante contratto collettivo nei termini previsti da quest'ultimo per il cedente fino alla data della risoluzione o della scadenza del contratto collettivo o dell'entrata in vigore o dell'applicazione di un altro contratto collettivo.*

*Gli Stati membri possono limitare il periodo del mantenimento delle condizioni di lavoro purchè esso non sia inferiore ad un anno.*

4 ...”

L'art. 4, comma 1 della predetta direttiva prevede che:

*“1. Il trasferimento di un'impresa, di uno stabilimento o di una parte di impresa o di stabilimento non è di per sé motivo di licenziamento da parte del cedente o del cessionario. Tale dispositivo non pregiudica i licenziamenti che possono aver luogo per motivi economici, tecnici o d'organizzazione che comportano variazioni sul piano dell'occupazione ...”.*

L'art. 5 della citata direttiva dispone inoltre che:

*“ 1. A meno che gli Stati membri dispongano diversamente, gli articoli 3 e 4 non si applicano ad alcun trasferimento di imprese, stabilimenti o parti di imprese o di stabilimenti nel caso in cui il cedente sia oggetto di una procedura fallimentare o di una procedura di insolvenza analoga aperta in vista della liquidazione dei beni del cedente stesso e che si svolgono sotto il controllo di un'autorità pubblica competente (che può essere il curatore fallimentare autorizzato da un'autorità pubblica competente).*

*2. Quando gli articoli 3 e 4 si applicano ad un trasferimento nel corso di una procedura di insolvenza aperta nei confronti del cedente (indipendentemente dal fatto che la procedura sia stata aperta in vista della liquidazione dei beni del cedente stesso) e a condizione che tali procedure siano sotto il controllo di un'autorità pubblica competente (che può essere un curatore fallimentare determinato dal diritto nazionale), uno Stato membro può disporre che:*

*a) nonostante l'articolo 3, paragrafo 1, gli obblighi del cedente risultanti da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro e pagabili prima del trasferimento o prima dell'apertura della procedura di insolvenza non siano trasferiti al cessionario, a condizione che tali procedure diano adito, in virtù della legislazione dello Stato membro, ad una protezione almeno equivalente a quella prevista nelle situazioni contemplate dalla direttiva 80/987/CEE del Consiglio del 20 ottobre 1980, concernente il riavvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro;*

*e/o*

*b) il cessionario, il cedente o la persona o le persone che esercitano le funzioni del cedente, da un lato, e i rappresentanti dei lavoratori, dall'altro, possano convenire, nella misura in cui la legislazione o le prassi in vigore lo consentano, modifiche delle condizioni di lavoro dei lavoratori intese a salvaguardare le opportunità occupazionali garantendo la sopravvivenza dell'impresa, dello stabilimento o di parti di imprese o di stabilimenti.*

*3. Uno Stato membro ha facoltà di applicare il paragrafo 2, lettera b) a trasferimenti in cui il cedente sia in una situazione di grave crisi economica quale quella definita dal diritto nazionale, purchè tale situazione sia dichiarata da un'autorità pubblica competente e sia aperta al controllo giudiziario, a condizione che tali disposizioni fossero già vigenti nel diritto nazionale il 17 luglio 1998 ...”.*

Per quanto concerne la legislazione italiana, occorre sottolineare che il ricorso della Commissione, nel riportare il contenuto dell'art. 47, commi da 3 a 6 della legge 29 dicembre 1990 n. 428 (legge comunitaria per il 1990), non tiene conto della normativa sopravvenuta che ha modificato sia la predetta norma, sia l'art. 2112 del codice civile sul mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di azienda.

Il comma 3 del citato articolo 47, che sostituiva i primi tre commi dell'art. 2112 c.c., è stato così modificato dall'art. 2 del decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 18:

*“3. Il mancato rispetto, da parte del cedente o del cessionario, degli obblighi previsti dai commi 1 e 2 costituisce condotta antisindacale ai sensi dell'art. 28 della legge 20 maggio 1970, n. 300.”*

Il comma 4 dello stesso articolo, come codificato dall'art. 2 del D.Lgs. n. 18/2001 prevede che:

*“4. Gli obblighi di informazione e di esame congiunto previsti dal presente articolo devono essere assolti anche nel caso in cui la decisione relativa al trasferimento sia stata assunta da altra impresa controllante. La mancata trasmissione da parte di quest'ultima delle informazioni necessarie non giustifica l'inadempimento dei predetti obblighi”.*

I commi 5 e 6 del citato articolo 47, come riportati nel ricorso della Commissione, sono rimasti invariati mentre i commi 1 e 2 (richiamati dal comma 3), come modificati dall'art. 2 D.Lgs. n. 18/2001, dispongono:

*“1. Quando si intenda effettuare, ai sensi dell'articolo 2112 del codice civile, un trasferimento d'azienda in cui sono complessivamente occupati più di quindici lavoratori, anche nel caso in cui il trasferimento riguardi una parte d'azienda, ai sensi del medesimo articolo 2112, il cedente e il cessionario devono darne comunicazione per iscritto almeno venticinque giorni prima che sia perfezionato l'atto da cui deriva il trasferimento o che sia raggiunta un'intesa vincolante tra le parti, se precedente, alle rispettive rappresentanze sindacali unitarie, ovvero alle rappresentanze sindacali aziendali costituite, a norma dell'articolo 19 della legge 20 maggio 1970, n. 300, nelle unità produttive interessate, nonché ai sindacati di categoria che hanno stipulato il contratto collettivo applicato nelle imprese interessate al trasferimento. In mancanza delle predette rappresentanze aziendali, resta fermo l'obbligo di comunicazione nei confronti dei sindacati di categoria comparativamente più rappresentativi e può essere assolto dal cedente e dal cessionario per il tramite dell'associazione sindacale alla quale aderiscono o conferiscono mandato. L'informazione deve riguardare: a) la data o la data proposta del trasferimento; b) i motivi del programmato trasferimento d'azienda; c) le sue conseguenze giuridiche, economiche e*

sociali per i lavoratori; d) le eventuali misure previste nei confronti di questi ultimi.

2. *Su richiesta scritta delle rappresentanze sindacali o dei sindacati di categoria, comunicata entro sette giorni dal ricevimento della comunicazione di cui al comma 1, il cedente e il cessionario sono tenuti ad avviare, entro sette giorni dal ricevimento della predetta richiesta, un esame congiunto con i soggetti sindacali richiedenti. La consultazione si intende esaurita qualora, decorsi dieci giorni dal suo inizio, non sia stato raggiunto un accordo.*"

Anche i primi tre commi dell'art. 2112 c.c. sono stati così modificati dall'art. 1 del D.Lgs. n. 18/2001:

*"1. In caso di trasferimento di azienda, il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano.*

*2. Il cedente ed il cessionario sono obbligati, in solido, per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento. Con le procedure di cui agli articoli 410 e 411 del codice di procedura civile il lavoratore può consentire la liberazione del cedente dalle obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro.*

*3. Il cessionario è tenuto ad applicare i trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi nazionali, territoriali ed aziendali vigenti alla data del trasferimento, fino alla loro scadenza, salvo che siano sostituiti da altri contratti collettivi applicabili all'impresa del cessionario. L'effetto di sostituzione si produce esclusivamente fra contratti collettivi del medesimo livello.*

Il comma 4 del citato art. 2112 c.c. è stato così modificato dall'art. 1 D.Lgs. n. 18/2001, riproducendo con qualche novità il "vecchio" comma 4 dell'art. 47 l. 428/1990 :

*"4. Ferma restando la facoltà di esercitare il recesso ai sensi della normativa in materia di licenziamenti, il trasferimento di azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamento. Il lavoratore, le cui condizioni di lavoro subiscono una sostanziale modifica nei tre mesi successivi al trasferimento d'azienda, può rassegnare le proprie dimissioni con gli effetti di cui all'art. 2119, primo comma" che prevede in favore del lavoratore che recede per giusta causa un'indennità equivalente all'importo della retribuzione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso.*

Il comma 5 dell'art. 2112 c.c. è stato inoltre sostituito dall'art. 32 del D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276:

*"5. Ai fini e per gli effetti di cui al presente articolo si intende per trasferimento di azienda qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, [al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi], preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base del quale il trasferimento è attuato ivi compreso l'usufrutto o l'affitto di azienda. Le disposizioni del presente articolo si applicano altresì al trasferimento di parte dell'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica orga-*

*nizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento”.*

Dopo aver esattamente ricostruito il quadro vigente della legislazione italiana, si può passare a confutare gli addebiti mossi dalla Commissione, secondo la quale l'art. 47, commi 5 e 6 della legge n. 428/1990, nell'escludere l'applicazione dell'art. 2112 c.c. ai lavoratori trasferiti all'acquirente in caso di crisi aziendale priverebbe i lavoratori stessi delle garanzie previste dagli articoli 3 e 4 della direttiva 2001/23/CE, trasfusi appunto nell'art. 2112 c.c.

Come riconosciuto dalla stessa Commissione, le guarentigie apprestate dall'art. 2112 c.c. sono le seguenti:

- il rapporto di lavoro continua con l'acquirente e il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano;
- l'alienante e l'acquirente sono obbligati in solido per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento;
- i contratti collettivi sono mantenuti;
- il trasferimento non costituisce un motivo di licenziamento.

Orbene, quanto alla tutela di cui al primo trattino, e salvo quanto si dirà in relazione alla tutela di cui al terzo trattino, si osserva che non tutti i diritti dei lavoratori trasferiti sono garantiti dalla direttiva; si pensi ad esempio ai diritti a prestazioni di vecchiaia, di invalidità o per i superstiti dei regimi complementari di previdenza professionali o interprofessionali, il cui mantenimento è escluso dall'art. 3, paragrafo 4, lettera a) della direttiva, a meno che gli Stati membri dispongano diversamente.

Una mancata previsione in tal senso non può quindi considerarsi in contrasto con la direttiva.

Quanto alla tutela di cui al secondo trattino, va ricordato che l'art. 3, paragrafo 1, secondo comma della direttiva 2001/23/CE prevede una mera facoltà degli Stati membri di prevedere una solidarietà passiva tra cedente e cessionario in ordine agli obblighi nei confronti dei lavoratori derivanti dai rapporti di lavoro in essere prima del trasferimento.

Non si può quindi ritenere che la non applicazione dell'art. 2112 c.c., prevista dall'art. 47, commi 5 e 6 della legge n. 428/1990 sia sotto tale profilo incompatibile con la direttiva.

Quanto alla garanzia di cui al terzo trattino, va ricordato che ai sensi dell'art. 3, paragrafo 3, comma 2 della citata direttiva, gli Stati membri possono limitare il periodo di mantenimento delle condizioni di lavoro convenute mediante contratto collettivo purchè esso non sia inferiore ad un anno.

La direttiva impone quindi in modo perentorio la conservazione delle medesime condizioni contrattuali solo per il primo anno successivo al trasferimento dell'azienda, lasciando agli Stati membri la facoltà, decorso tale periodo, di mutare dette condizioni.

Quanto alla garanzia di cui al quarto trattino, occorre ricordare che l'art. 4, paragrafo 1 della direttiva, nel prevedere che il trasferimento di un'impresa non è di per sé motivo di licenziamento, aggiunge, subito dopo che “tale dispositivo non pregiudica i licenziamenti che possono aver luogo per motivi economici, tecnici o d'organizzazione che comportano variazioni sul

piano dell'occupazione" che è proprio la circostanza che ricorre nel caso di accertamento di specifici casi di crisi aziendale, ai sensi dell'art. 2, comma 5, lettera c) della legge 12 agosto 1977 n. 675, "che presentino particolare rilevanza sociale in relazione alla situazione occupazionale locale ed alla situazione produttiva del settore".

Alla luce di quanto sopra, può ritenersi che dall'esclusione dell'applicazione dell'art. 2112 c.c. può derivare una limitazione – peraltro ampiamente giustificata, come si vedrà più oltre – solo marginale dei diritti dei lavoratori trasferiti in caso di crisi aziendale, in quanto la maggior parte delle tutele previste dagli articoli 3 e 4 della direttiva sono facoltative o contemplano espressamente possibilità di deroga in ragione di particolari circostanze.

Ciò detto, anche per il ristretto ambito in cui l'esclusione dell'applicazione dell'art. 2112 c.c. può assumere un qualche rilievo, l'art. 47, commi 5 e 6 della legge n. 428/1990 appare pienamente conforme alla direttiva 2001/23/CE.

L'art. 5, paragrafo 1 della direttiva 2001/23/CE preveda espressamente la non applicazione degli articoli 3 e 4 ai trasferimenti di imprese oggetto di procedura fallimentare o di altra procedura di insolvenza analoga aperta in vista della liquidazione dei beni del cedente.

La giurisprudenza della Corte di giustizia ha più volte escluso che possano rientrare in tali tipi di procedure concorsuali quelle volte ad un risanamento dell'impresa più che a una liquidazione della stessa.

Si veda in proposito la sentenza del 7 dicembre 1995, causa C-472/93, Spano, che si è occupata proprio di un trasferimento di azienda di cui era stato dichiarato lo stato di crisi ai sensi dell'art. 2, comma 5, lett. c) della legge 12 agosto 1977, n. 675.

La Corte ha affermato che le imprese di cui il CIPI – Comitato Interministeriale per il Coordinamento della Politica Industriale – accerta lo stato di crisi (a seguito della soppressione del CIPI, tale ruolo è svolto dal Ministero del lavoro e della previdenza sociale), sono caratterizzate da una situazione patrimoniale che consente il proseguimento dell'attività produttiva senza significative interruzioni e hanno concrete prospettive di recupero. Di conseguenza, un'impresa di cui sia stato dichiarato lo stato di crisi è oggetto di un procedimento che, lungi dal tendere alla liquidazione dell'impresa, mira al contrario a favorire la prosecuzione della sua attività nella prospettiva di una futura ripresa.

Con la sentenza del 25 luglio 1991, causa C-362/89, D'Urso, la Corte ha affermato il medesimo principio in caso di trasferimento di azienda conseguente ad un provvedimento di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi di cui alla legge 3 aprile 1979, n. 95, la cui finalità sta, anche qui, nel restituire all'impresa un equilibrio che consenta di garantire la ripresa della sua attività futura.

È stata altresì esclusa l'applicabilità della deroga di cui all'art. 5, paragrafo 1 della direttiva (che consente la non applicabilità degli articoli 3 e 4) anche al trasferimento di un'impresa avvenuto nell'ambito di un procedi-

mento proprio del diritto danese noto come “*surseance van betaling*” (sospensione dei pagamenti) che non è finalizzato alla liquidazione dei beni del cedente (Corte di giustizia, sentenza del 7 febbraio 1985, causa C-135/83, Abels).

Alla luce di tre precedenti conformi della Corte di giustizia, non può ragionevolmente sostenersi che il trasferimento di impresa in caso di crisi aziendale possa rientrare nell’ambito di applicazione dell’art. 5, paragrafo 1 della direttiva in quanto non finalizzato alla liquidazione dei beni del cedente.

È però possibile far rientrare la fattispecie in esame nell’ambito delle deroghe previste dall’art. 5, paragrafi 2 e 3 della direttiva 2001/23/CE che consentono, a determinate condizioni, la non applicabilità degli articoli 3 e 4 della direttiva medesima, rendendo così pienamente conforme la previsione di non applicazione dell’art. 2112 c.c.

In proposito, non appare convincente l’affermazione della Commissione secondo la quale l’art. 5, paragrafo 2 presupporrebbe l’applicabilità degli articoli 3 e 4 in quanto l’*incipit* di tale paragrafo è: “quando gli articoli 3 e 4 si applicano”.

È evidente infatti che ciò sta a significare che si è fuori dall’ambito di applicazione dell’art. 5, paragrafo 1 che esclude l’applicazione degli articoli 3 e 4 per i trasferimenti di imprese soggette a procedure fallimentari o ad altre procedure d’insolvenza finalizzate alla liquidazione dei beni del cedente.

L’art. 5, paragrafo 2 si riferisce invece ai trasferimenti nel corso di una procedura di insolvenza aperta nei confronti del cedente “indipendentemente dal fatto che la procedura sia stata aperta in vista della liquidazione dei beni del cedente stesso”, ipotesi che si attaglia quindi al caso della dichiarazione di crisi aziendale oggetto del presente procedimento.

Per tali casi, pur essendo applicabili gli articoli 3 e 4 della direttiva, l’art. 5, paragrafo 2 prevede una sostanziale deroga che consente “nonostante l’articolo 3, paragrafo 1” di non trasferire al cessionario gli obblighi del cedente nei confronti dei lavoratori in base ai rapporti di lavoro in essere prima del trasferimento a condizione che tale procedura di insolvenza dia adito ad una protezione almeno equivalente a quella prevista dalla direttiva 80/987/CEE concernente il riavvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro.

Orbene, in base all’art. 4 della citata direttiva 80/987/CEE, come modificata dalla direttiva 2002/74/CE, in caso di insolvenza del datore di lavoro, gli organismi di garanzia assicurano ai lavoratori i diritti non pagati relativi alla retribuzione degli ultimi tre mesi del rapporto di lavoro.

È evidente che il meccanismo della Cassa Integrazione Guadagni Straordinaria (CIGS), previsto in funzione di ammortizzatore sociale per il personale in esubero rimasto alle dipendenze del cedente, ha una durata ben più estesa, essendo peraltro finalizzato alla graduale assunzione di tale personale da parte del cessionario, con priorità rispetto alle eventuali altre assunzioni che quest’ultimo si determini ad effettuare entro un anno dal trasferimento, come previsto dall’art. 47, comma 6 della legge n. 428/90.

Quanto alla deroga prevista dall'art. 5, paragrafo 3 della direttiva 2001/23/CE, questa è contemplata proprio per i trasferimenti in cui il cedente sia in una situazione di grave crisi economica quale definita dal diritto nazionale, purchè tale situazione sia dichiarata da un'autorità pubblica competente e sia aperta al controllo giudiziario.

Tale deroga consente di convenire modifiche alle condizioni di lavoro dei lavoratori intese a salvaguardare le opportunità occupazionali garantendo la sopravvivenza dell'impresa.

In proposito, come già osservato nella fase precontenziosa, l'art. 47, comma 5, individua una procedura compatibile sotto tutti i punti di vista con quella richiesta per l'attivazione della deroga di cui all'art. 5, paragrafo 3 della direttiva.

In particolare, è necessaria una situazione di grave crisi economica, dichiarata da un'autorità pubblica (il CIPI, ora il Ministero del Lavoro); è prevista l'esigenza di salvaguardia delle opportunità occupazionali; è necessario un accordo tra cessionario, cedente e rappresentanti dei lavoratori; vi è un'apertura al controllo giudiziario in quanto il mancato rispetto della procedura prevista dalla norma considerata, per quanto concerne in particolare la conclusione dell'accordo, legittima le parti pretermesse a ricorrere all'autorità giudiziaria competente.

Va inoltre ribadita l'argomentazione già avanzata sia in fase precontenziosa, sia nei tre precedenti giurisprudenziali citati (sentenza Abels, punto 21; sentenza D'Urso, punto 18 e sentenza Spano, punto 23) secondo la quale la rigida applicazione dell'articolo 2112 c.c. e degli articoli 3 e 4 della direttiva, anche laddove la stessa ne consenta una parziale deroga, costituirebbe un disincentivo per gli imprenditori eventualmente disposti ad acquisire l'impresa in stato di crisi, vista l'onerosità del passaggio di tutti i lavoratori, non supportata da alcun incentivo connesso alla loro assunzione, con un effetto finale complessivamente deteriore per i lavoratori.

Un'interpretazione della direttiva che si risolva nell'impedire che i lavoratori in soprannumero dell'impresa restino alle dipendenze del cedente potrebbe infatti risultare meno favorevole ai lavoratori medesimi sia perché il potenziale cessionario potrebbe essere dissuaso dall'acquistare l'impresa dalla prospettiva di dover mantenere in servizio il personale eccedente dell'impresa trasferita, sia perché il personale verrebbe licenziato e perderebbe quindi i vantaggi che avrebbe eventualmente potuto trarre dalla continuazione del rapporto di lavoro con il cedente, godendo comunque del diritto di precedenza nelle assunzioni effettuate dal cessionario entro un anno dal trasferimento dell'impresa.

Invero la Corte ha ribattuto a tale deduzione con un'argomentazione che non appare convincente e che anzi appare confermare la bontà della tesi interpretativa sopra propugnata.

Sostiene la Corte (sentenza D'Urso, punto 19) che, "se in forza dell'art. 4, n. 1, la direttiva vieta che il trasferimento costituisca di per sé un motivo di licenziamento per il cedente o per il cessionario, essa non pregiudica i licenziamenti che possono aver luogo per motivi economici, tecnici e di

organizzazione che comportano variazioni sul piano dell'occupazione. Va aggiunto che la direttiva non si oppone nemmeno a che, qualora una disciplina nazionale implichi a favore del cedente disposizioni che gli consentono di alleviare o di sopprimere gli oneri connessi all'occupazione dei lavoratori in soprannumero, per evitare nella misura del possibile licenziamenti, dette disposizioni si applichino, dopo il trasferimento, a vantaggio del cessionario».

Non può sfuggire che detta argomentazione, anziché scalfire la tesi della piena compatibilità della legislazione italiana con i principi e la *ratio* della direttiva, non fa che confermarne la correttezza.

Si veda in proposito, per quanto riguarda la giurisprudenza italiana, la sentenza della Corte di Cassazione, sezione lavoro, del 16.5.2002, n. 7120 in base alla quale, “in tema di trasferimento di azienda, l'art. 47, comma quinto, della legge n. 428 del 1990 deve essere interpretato nel senso che l'accordo sindacale di deroga all'art. 2112 c.c., per un verso, e la dichiarazione dello stato di crisi aziendale, l'omologazione del concordato preventivo o gli altri eventi menzionati dalla norma, per altro verso, concretano due condizioni che devono congiuntamente sussistere nel momento in cui diviene operativo il trasferimento di azienda dal cedente al cessionario, ferma restando l'insussistenza di una rigida sequenza temporale tra l'accordo sindacale e la richiesta di dichiarazione di stato di crisi e gli altri eventi previsti, nel senso della non necessaria posteriorità dell'accordo. La suddetta interpretazione risulta conforme alla lettera e alla *ratio* della disposizione in oggetto ma altresì rispettosa del principio più volte affermato dalla Corte di giustizia secondo cui il giudice nazionale ha l'obbligo di adottare, tra diverse possibili letture di una norma interna, quella maggiormente aderente al diritto comunitario”.

Il Governo italiano conclude quindi nel senso che l'art. 47, commi 5 e 6 della legge n. 428/1990 è conforme alla direttiva 2001/23/CE in quanto la deroga all'applicazione dell'art. 2112 c.c., che ha recepito le tutele a favore dei lavoratori previste in caso di trasferimento di azienda dagli articoli 3 e 4 della predetta direttiva, è consentita dall'art. 5, paragrafi 2 e 3 della direttiva medesima.

Roma, 27 febbraio 2008

Avv. Wally Ferrante».



# I PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO

## Avvocatura distrettuale dello Stato di Palermo – Parere del 26 ottobre 2007 n. 46144<sup>(\*)</sup>.

*Gara per l'espletamento dei servizi di pulizia nelle scuole statali. Esclusione di partecipante* (contenzioso 2022/07, avvocato M. Mango).

«(...) La questione sottoposta all'esame della Scrivente è relativa alla prospettata impossibilità di legittima partecipazione alla gara di [un'associazione temporanea di imprese di cui fa parte una società] (aggiudicataria provvisoria) a capitale pubblico facente capo al Ministero dell'Economia ed al Comune [...].

La materia è disciplinata dall'art. 13 del D.L. 4 luglio 2006 n. 223, convertito in legge 4 agosto 2006 n. 248, a norma del quale "...le società a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti... *con esclusione dei servizi pubblici locali*... non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara...".

L'esclusione dal divieto dei "servizi pubblici locali", secondo il parere dello studio [...] allegato alla nota in riferimento, sarebbe tale da legittimare

---

<sup>(\*)</sup> **Sulla legittimazione delle società a partecipazione pubblica** – La questione affrontata nel parere – reso in via ordinaria – riguarda l'ambito soggettivo ed oggettivo dell'art. 13 del noto d.l. Bersani (d.l. 4 luglio 2006 n. 233, conv. in legge 4 agosto 2006 n. 248).

L'interpretazione fornita – del tutto diversa rispetto a quella propugnata da uno studio legale privato in sede consultiva *pro veritate* – tende ad attribuire alla norma la massima estensione possibile, anche in virtù del fatto che una delle ragioni della sua emanazione (resa manifesta nella rubrica) è costituita dall'esigenza di contenere i costi dell'"apparato pubblico" ampiamente inteso.

Il parere si discosta consapevolmente dalla tesi di Caja (ovviamente non citato in termini espressi), in un articolo pubblicato su [giustamm.it](http://giustamm.it) (GIUSEPPE CAIA, *Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*) e da alcune difese assunte dall'Avvocatura in sede di giustizia comunitaria.

la partecipazione alla gara dell'[Associazione temporanea] di cui fa parte la Società [a partecipazione pubblica], atteso che essa è stata costituita, “nel quadro della salvaguardia e della creazione di nuovi posti di lavoro”, proprio per lo svolgimento “di pubblici servizi di interesse municipale” (così il parere di che trattasi, che riporta testualmente le relative previsioni dell'atto costitutivo e dello statuto), che il Comune ha ritenuto di “assumere” in proprio mediante la creazione di un apposito organismo. Il parere elenca poi i possibili servizi pubblici (“pulizia, manutenzione e gestione degli immobili comunali; gestione e manutenzione delle aree a verde pubblico; gestione dei gabinetti pubblici”), con esemplificazione che non risulta però avere corrispondenza dell'atto costitutivo della società.

Ad avviso della Scrivente, le conclusioni raggiunte nel predetto parere non possono essere condivise. Né, ovviamente, potrebbero assumere in contrario rilievo decisivo le determinazioni adottate da altra amministrazione [...], che ha ammesso la [stessa] società ad una gara da essa espletata.

Una corretta soluzione della questione prospettata non può prescindere dallo scopo perseguito dal citato art. 13, diretto (come già risulta dalla stessa rubrica: “norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza”), non solo ad eliminare ogni possibile fonte di alterazione della concorrenza derivante dalla peculiare struttura di tali società (nelle quali la presenza, diretta o mediata, della mano pubblica finirebbe in sostanza con l'eludere il rischio di impresa), ma anche ad assicurare efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni, evitando “un fenomeno – la proliferazione di società pubbliche o miste – che è considerato una delle cause dell'incremento della spesa pubblica da parte degli enti locali” (Cons. Stato, II sez., 25 settembre 2007 n. 322).

La evidenziata *ratio legis* costituisce la chiave di volta per la corretta interpretazione delle disposizioni della cui applicazione si tratta e, segnatamente, dell'espressione “con esclusione dei servizi pubblici locali”, alla stregua della quale dovrebbe ritenersi consentita la partecipazione alla gara di cui all'oggetto. E il (pur non perspicuo) dato normativo, letto in tale ottica, non consente, ad avviso della Scrivente, interpretazioni che possano comportare l'ammissione alla gara dell'[Associazione temporanea] di cui fa parte la società [a partecipazione pubblica].

Non è superfluo osservare in primo luogo, che l'ampiezza della previsione di cui al primo comma del citato art. 13 (che testualmente esclude dal “mercato libero”, senza alcuna distinzione, tutte le società a capitale interamente pubblico o misto costituite per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività delle Amministrazioni regionali e locali) è tale da impedire, ad avviso della Scrivente, un'interpretazione alla stregua della quale il divieto possa intendersi riferito solamente alle società destinatarie di affidamenti c.d. *in house* (come pure ritenuto da alcuni commentatori delle disposizioni qui in esame). Tale conclusione, peraltro, appare coerente alla tendenziale evoluzione della legislazione, diretta, in considerazione dei principi comunitari, a ridurre la presenza pubblica nell'economia e nel mercato: in un quadro di tal fatta sembrerebbe incongrua un'interpretazione che consentisse alle Amministra-

zioni di operare liberamente sul mercato tramite società che potrebbero in definitiva fruire di un “ombrello” costituito dalla partecipazione pubblica, potenzialmente in grado, attraverso i possibili interventi finanziari dell’Amministrazione partecipante, di alterare le regole della concorrenza. L’interpretazione qui propugnata appare peraltro coerente con quella sostenuta dall’Autorità di Vigilanza nella delibera 9 maggio 2007 (allegata alla nota in riferimento); ed inoltre con quella della giurisprudenza (comunitaria e nazionale) che ha individuato limiti assai ristretti per gli affidamenti diretti (che costituiscono eccezione all’applicazione della normativa sugli appalti pubblici), ritenuti consentiti solo quando manchi un vero e proprio rapporto contrattuale tra Amministrazione aggiudicatrice e società affidataria, che venga in pratica a configurarsi come una *longa manus* dell’Amministrazione (nei ristrettissimi limiti in cui possa considerarsi che essa eserciti nei confronti dell’affidatario il c.d. “controllo analogo”). In questo quadro intendere il divieto di cui all’art. 13 come riferito ai soli affidamenti *in house* svuoterebbe di pratico significato la novella normativa, attesa la già esistente tendenziale esclusività del rapporto affidatario/Amministrazione controllante.

Tanto chiarito, occorre verificare se la partecipazione alla gara di che trattasi possa ritenersi consentita con riferimento all’esclusione del divieto di operare sul mercato per le società a capitale interamente o parzialmente pubblico per i servizi pubblici locali, nonché per lo svolgimento esternalizzato delle funzioni amministrative.

Nel parere dello studio [legale] sembra postularsi che l’esclusione dal divieto sia da intendere riferita (“soggettivamente”) anche alle società costituite al generico fine dello svolgimento “di pubblici servizi di interesse municipale”, “nel quadro della salvaguardia e della creazione di nuovi posti di lavoro” (obiettivi, questi, che non costituiscono peraltro alcun “pubblico servizio”).

Siffatta prospettazione non appare, ad avviso di questa Avvocatura, condivisibile e non consentirebbe comunque la partecipazione alla gara di che trattasi dell’[Associazione temporanea] di cui fa parte la società [partecipata pubblica].

Da un lato, infatti, non può ritenersi accettabile che quella che appare in definitiva una semplice ed astratta dichiarazione di intenti possa essere una sorta di “grimaldello” atto a consentire la libera partecipazione al mercato (in qualunque settore) di imprese i cui ambiti di operatività il legislatore vuole ridurre, limitare e comunque ricondurre ad un rapporto di esclusività con l’Amministrazione partecipante. In altri termini, l’esclusione del divieto si potrebbe profilare solo per quelle società costituite in vista della gestione di uno specifico, concreto ed individuato servizio pubblico, come appare peraltro confermato, ad avviso della Scrivente, dalla disposizione di cui al secondo comma dell’art. 13, a mente del quale “le società di cui al comma 1 sono ad *oggetto sociale esclusivo* e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1”.

D’altronde, a parere di questa Avvocatura, l’esclusione del divieto per i servizi pubblici locali va piuttosto intesa, “oggettivamente”, con specifico riferimento all’attività effettivamente e concretamente svolta dalla società par-

tecipata che il legislatore ha ritenuto possa legittimamente svolgersi anche in favore di altri soggetti, senza che ciò comporti alterazioni della concorrenza, proprio in funzione della sua specificità ma senza che gli ambiti di operatività della società partecipata possano estendersi al di là di quelli in funzione dei quali la società è stata costituita (anche qui in considerazione dell'esclusività dell'oggetto sociale cui si riferisce il ricordato secondo comma dell'art 13). Tale conclusione, peraltro, spiega il perché dell'esclusione del divieto per lo svolgimento esternalizzato di funzioni (termine, questo, utilizzato dal legislatore in senso atecnico) amministrative, l'affidamento del quale, diversamente opinando, pur costituendo in sostanza una semplice delega di attività amministrative dovrebbe incongruamente considerarsi idoneo a legittimare una illimitata operatività sul mercato della società affidataria.

Sotto questo profilo, dunque, anche a voler riconoscere efficacia alla "dichiarazione di intenti" contenuta nell'atto costitutivo e nello statuto della società [partecipata pubblica] non potrebbe non considerarsi che la gara di che trattasi è diretta ad affidare, mediante le ordinarie procedure di scelta del contraente bandite da codesta Amministrazione, la pulizia di tutte le scuole esistenti nel territorio regionale (e riguarda perciò lo svolgimento di attività serventi rispetto al servizio pubblico (istruzione) offerto dall'Amministrazione scolastica, che non possono a loro volta essere qualificate come "servizio pubblico", in mancanza del requisito consistente – secondo la costante giurisprudenza del G.O. (Cass. SS.UU. 3 agosto 2006 n. 17573) e quella di gran lunga prevalente del Giudice amministrativo – nell'essere l'attività rivolta direttamente a soddisfare le esigenze dell'utenza, in un rapporto trilatero che vede coinvolti l'Amministrazione, il gestore e, appunto, l'utenza (cfr. pure l'art. 30 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, sulla definizione della concessione di servizi).

Anche in forza delle considerazioni che precedono sembra dunque non possa ritenersi consentita la partecipazione alla gara di cui all'oggetto dell'[Associazione temporanea], la possibilità della cui esclusione (previo avviso del relativo Procedimento) codesta Amministrazione vorrà quindi valutare [...]».

#### **A.G.S. – Parere del 13 novembre 2007 n. 121454<sup>(\*)</sup>.**

*Costituzione di parte civile del Commissario straordinario del Governo per il coordinamento delle iniziative antiracket ed antiusura nei processi per estorsione ed usura (consultivo 38551/07, avvocato M. Borgo).*

«(...) codesto Commissario ha chiesto di conoscere il parere di questo Generale Ufficio in ordine alla possibilità che il Commissario straordinario del Governo per il coordinamento delle iniziative antiracket ed antiusura si

---

<sup>(\*)</sup> Parere reso dall'Avvocatura generale dello Stato in via ordinaria.

costituisca parte civile nei processi penali per estorsione ed usura, e si rappresenta quanto segue.

L'art. 185 del c.p. prevede, come noto, che qualsiasi reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga il colpevole e coloro che in virtù delle disposizioni delle leggi civili siano tenuti a rispondere del fatto di lui, al risarcimento del danno.

Tale obbligazione ha natura essenzialmente civilistica, pertanto le disposizioni del suddetto articolo non hanno efficacia costitutiva di essa ma mirano principalmente ad integrare i principi generali sanciti dagli artt. 2043 e 2059 del c.c. che danno di detta obbligazione, e quindi del diritto che sorge in capo al soggetto che di essa risulti "beneficiario", un'enunciazione ed un'applicazione più ampia di quella penale e ciò in virtù della fondamentale differenza che sussiste tra l'illecito civile e l'illecito penale: il primo, infatti, in via generale, determina l'obbligo di risarcire soltanto il danno patrimoniale arrecato, nel secondo invece al ristoro del danno patrimoniale si accompagna l'obbligo di risarcire anche quello non patrimoniale.

La ragione di detta diversità discende in via diretta dalla genericità della lesione che si verifica nell'ipotesi di illecito civile, consistente nella "generica" violazione del principio del *neminem laedere*, e dalla specificità di quella che si realizza nel caso di illecito penale, la quale, concretizzando delle precostituite figure di reato, consente di individuare l'oggetto specifico dell'interesse protetto attraverso la norma incriminatrice.

Provvede a concretizzare il contenuto dell'art. 185 c.p., da un punto di vista procedurale, e quindi a chiarire le modalità attraverso cui l'azione civile può essere esperita all'interno del procedimento penale, l'art. 74 c.p.p.: in esso si afferma che le azioni civili dirette ad ottenere le restituzioni e il risarcimento del danno, possono essere fatte valere dal "*soggetto al quale il reato ha recato danno*".

Con questa definizione si identifica, quindi, la figura giuridica del "danneggiato": deve considerarsi tale chiunque abbia subito, per effetto del reato, ovvero dell'azione o omissione imputata al soggetto attivo dello stesso, un danno eziologicamente ad esso riferibile, in quanto costituente di questo diretta conseguenza. È legittimato, quindi, ad esercitare l'azione civile nel procedimento penale, non chiunque abbia sofferto un qualsiasi danno dal fatto costituente reato, bensì chi abbia sofferto un danno di cui il reato sia stato causa immediata (danno diretto ed effettivo) e per di più esso deve essere necessariamente correlato alla lesione di un diritto soggettivo, il quale normalmente attiene al bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice.

A tale "danneggiato" è quindi accordata la possibilità di inserire la propria domanda risarcitoria anche all'interno del procedimento penale: l'art. 74 c.p.p. viene, pertanto, a configurare un'ipotesi di trasferimento dell'azione civile in sede penale. Un trasferimento che il legislatore del 1989 ha voluto disciplinare in maniera particolarmente attenta nel nuovo codice di rito, allo scopo di arginare le "degenerazioni" che si erano invece verificate nel periodo di vigenza di quello antecedente, nel quale la disciplina a "maglie larghe" in tema di esercizio dell'azione civile in sede penale, aveva consentito un

proliferare di “costituzioni di parti civili” da parte di soggetti che non ne possedevano tutti i crismi: nel nuovo codice, invece, l’attenzione del legislatore è stata volta fundamentalmente a scemare il numero di soggetti legittimati ad intervenire nel procedimento penale, limitandolo soltanto a coloro che mostrino e tutelino un “interesse” diretto e chiaro in esso.

In particolare, il legislatore ha subordinato la legittimità della costituzione di parte civile alla sussistenza e al possesso, da parte di chi la propone, di due presupposti fondamentali, che possono identificarsi: *a)* nella *legittimatio ad causam* ovvero la titolarità di un diritto soggettivo pieno, diretto ed immediato, tutelabile in sede penale, al quale l’offesa concretizzante il reato ha recato danno, determinandone la lesione e del quale si pretende il risarcimento; *b)* nella *legittimatio ad processum* ovvero la sussistenza nel soggetto che interviene nel procedimento penale, del potere di tutelare, legittimamente, i diritti lesi.

Alla luce di quanto sopra, questo Generale Ufficio ritiene, ad un primo esame, che la prospettata costituzione di parte civile di codesto Commissario nei processi penali per estorsione ed usura potrebbe ritenersi ammissibile.

Ed invero, come evidenziato da codesto Ufficio commissariale, il primo dei presupposti di legittimità dell’esercizio dell’azione civile in sede penale, sopra menzionati, ovvero la *legittimatio ad causam*, potrebbe essere identificato, nel caso che ci occupa, nel diritto dello Stato, e per esso di codesto Commissario, ad ottenere il risarcimento del danno patrimoniale consistente nell’esborso economico cui l’Amministrazione statale è tenuta, per legge, in relazione alla concessione dei benefici economici spettanti alle vittime dei fenomeni dell’estorsione e dell’usura.

Ciò posto, e passando ai profili di opportunità della prospettata costituzione di parte civile (profili che, come noto, costituiscono oggetto di valutazione da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri cui, ai sensi dell’art. 1, comma 3, della legge 3 gennaio 1991 n. 3, è attribuito il compito di autorizzare la costituzione di parte civile dello Stato), questo Generale Ufficio ritiene che l’esercizio dell’azione civile dovrebbe essere, comunque, limitato a quelle fattispecie processuali che abbiano ad oggetto fenomeni estorsivi che, per la loro dimensione, pervasività e capillarità sul territorio, vedano danneggiati non soltanto gli imprenditori ma gli stessi cittadini che vivono in una determinata zona del Paese.

A questo ultimo proposito, la Scrivente segnala come, di recente, alcune associazioni, nate a seguito di spontanei fenomeni di aggregazione che hanno interessato soprattutto il territorio siciliano, si siano costituite parte civile in alcuni processi penali aventi ad oggetto reati estorsivi o, comunque, reati connessi al fenomeno del racket.

Negli atti di costituzione di parte civile, le predette associazioni hanno reclamato il risarcimento del danno non patrimoniale, evidenziando come “*reati come l’estorsione, consumata o tentata, specie se aggravati, per avere gli imputati commesso i fatti avvalendosi delle condizioni di cui all’art. 416 bis c.p. ed al fine di agevolare l’attività dell’associazione di stampo mafioso in cui sono inseriti (v. art. 7 d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. nella legge*

12 luglio 1991 n. 203), di per sé costituiscono un attentato alla libertà commerciale ed imprenditoriale che, già diritto soggettivo delle parti offese, siano esse persone fisiche o giuridiche, quando assunta nell'oggetto sociale, diventa anche diritto soggettivo del sodalizio che si proponga di tutelarla, ed in questa diversa dimensione, è possibile oggetto di ulteriore lesione e di risarcimento...; gli imputati, avvalendosi della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva, hanno commesso, per diversi anni, svariati episodi di estorsione consumata o tentata in danno di diversi imprenditori, imponendo il "pizzo" a chi esercitasse un'attività economicamente rilevante, con pari guadagno illecito da parte dell'organizzazione e dei suoi sodali e associati. Ciò ha profondamente alterato e compresso la libertà di iniziativa economica dei singoli operatori presenti nel territorio, impedendo il pieno sviluppo della loro capacità imprenditoriale".

Alla luce di quanto sopra, non vi è chi non veda l'importanza, anche da un punto di vista dell'immagine, per lo Stato, quale ente esponenziale della collettività nazionale, di partecipare, quale parte civile, a processi penali in cui vengano in rilievo vicende estorsive ovvero legate al fenomeno dell'usura che, come più sopra evidenziato, per dimensioni e caratteristiche, si traducono in una vera e propria vessazione delle popolazioni di una determinata zona del Paese.

Una partecipazione, quella di cui sopra, che potrebbe assumere, tra l'altro, una valenza, per così dire simbolica, e che potrebbe costituire uno sprone nei confronti di tutti quegli imprenditori che, ancora oggi, percepiscono il "pizzo", non come una limitazione della propria libertà imprenditoriale, ma come un costo di impresa da affrontare per potere operare nel mercato.

La partecipazione nei processi penali, da parte dello Stato, in qualità di parte civile, potrebbe, pertanto, essere volta a dimostrare la responsabilizzazione dello stesso Stato italiano che, conscio dei propri doveri e dei propri diritti, si ritiene legittimato a costituirsi parte civile, accanto ed insieme ai commercianti vessati, perché la diffusione capillare di fenomeni come quello del racket delle estorsioni danneggia non solo i singoli commercianti, ma anche i cittadini che nello stesso contesto vivono ed effettuano i propri acquisti. (...)».

#### **A.G.S. – Parere del 14 novembre 2007 n. 121841.**

*D.Lgs. 286/06, art. 2, comma 73 – Imposta di consumo sul gas metano – Applicazione dell'aliquota ridotta al settore della distribuzione commerciale (consultivo 29067/07, avvocato G. Albenzio).*

«In risposta al quesito posto da codesta Agenzia delle Dogane (...), in ordine alla corretta individuazione dei soggetti aventi diritto all'agevolazione disposta con l'articolo 2, comma 73, della legge 24 novembre 2006, n. 286 (conversione del D.L. 3 ottobre 2006, n. 262), questa Avvocatura Generale dello Stato osserva quanto segue.

1. Con la norma in argomento è stata disposta l'estensione del regime agevolato dell'accisa sul gas naturale (metano) comprendendo tra gli "usi industriali" anche quelli relativi al "settore della distribuzione commerciale".

Al fine di individuare correttamente l'ambito di estensione di quella espressione e prima di esprimere ogni altra considerazione in merito, va individuata la *ratio* della disposizione di cui si discute, secondo lo spirito di fondo della norma ed alla finalità che ha condotto il Legislatore ad estendere l'ambito applicativo dell'aliquota ridotta.

È evidente, in primo luogo, che il nuovo testo della disposizione introduce un importante sgravio fiscale per la categoria della "distribuzione commerciale" che può così fruire di un notevole risparmio sull'imposta di consumo sul gas metano destinato alla combustione nei locali adibiti all'attività commerciale; ma, al di là del dato oggettivo costituito dal risparmio degli imprenditori, è significativa la parificazione delle attività commerciali alle "aziende produttive" e, quindi, alle imprese industriali, artigiane, agricole e del turismo (già considerate ai fini della accisa di cui si discute) con costi di riscaldamento riconosciuti alla stregua di "costi aziendali".

Proprio da questa equiparazione che il legislatore ha inteso stabilire, occorre prendere le mosse ai fini di una corretta individuazione dei soggetti ammessi a godere del beneficio fiscale.

2. Il Legislatore ha compreso nella novella legislativa la categoria generale di coloro che svolgono una attività nel "settore della distribuzione commerciale", senza alcuna limitazione della portata dell'agevolazione e del suo campo di applicazione, ed è proprio la genericità del dato normativo e la sua atecnicità (nel senso della non coincidenza con le categorie del commercio definite in altri testi di legge, quali l'art. 4, par. 1, D.Lgs. 114/98 richiamato nella nota cui si risponde) che, se fa sorgere le difficoltà interpretative evidenziate da codesta Agenzia, già depone per una individuazione dell'ambito di applicazione dell'agevolazione senza limitazioni all'interno di quella categoria generale contemplata ("settore della distribuzione commerciale").

L'interpretazione del dato letterale come testé riportata trova conferma nell'elaborazione della nozione di "distribuzione commerciale" maturata dalla dottrina economica come lo strumento attraverso il quale vengono immesse merci e servizi sul mercato, con le diverse forme di organizzazione della *distribuzione diretta* (ove la vendita si attua direttamente nella sede dell'impresa e ove è l'impresa stessa che assume su di sé tutte le funzioni attinenti alla messa in commercio del prodotto) e della *distribuzione indiretta* (nella quale, invece, operatori commerciali autonomi operano a diversi livelli, quali dettaglianti o grossisti, ponendosi come intermediari tra produttore e consumatore finale).

Pertanto, oltre al settore del commercio al dettaglio, così come definito all'art. 4, paragrafo 1, lettera *b*) del Decreto Legislativo 31 marzo 1998, n. 114 richiamato da codesta Agenzia, sembra doveroso, a parere di questa Avvocatura Generale, ricomprendere tra i soggetti destinatari dell'agevolazione *de qua* anche coloro che svolgono un'attività di commercio all'ingrosso ed, analogamente, gli esercenti una attività di intermediazione commer-

ziale o comunque non direttamente connessa alla vendita diretta al consumatore finale.

Non vi è ragione, poi, per escludere dal novero di coloro che possono fruire dell'applicazione dell'aliquota ridotta gli esercenti le attività della vendita per catalogo e del commercio elettronico che devono essere riconosciute, a tutti gli effetti, quali attività di distribuzione commerciale, qualificate nello stesso D.L. 31 marzo 1998, n. 114 prima citato all'art. 4, lettera *h*), come "*forme speciali di vendita al dettaglio*" e, nel caso del commercio elettronico, disciplinate specificatamente a livello europeo (cfr. D.L. n. 70 del 2003 con il quale è stata attuata nel nostro ordinamento la Direttiva CE 31/00 di disciplina dei servizi della società dell'informazione e, in sostanza, anche del commercio elettronico, anche se il legislatore europeo non ha inteso regolamentare direttamente i complessi rapporti tra la normativa attinente ai contratti di distribuzione e quella riguardante l'*e-commerce*, rimandando con ciò ai principi generali del diritto comunitario).

3. Quanto allo specifico quesito di codesta Agenzia, se l'attività di somministrazione delle bevande possa essere considerata attività di distribuzione commerciale e se, dunque, possano farsi rientrare tra i soggetti beneficiari dell'agevolazione anche i titolari di bar, birrerie o simili, questa Avvocatura Generale è dell'avviso che, seppur correttamente inquadrabili nel novero delle "*prestazioni di servizio*", quelle attività devono pur sempre essere riconosciute facenti parte del più ampio settore della "*distribuzione commerciale*", sia per la loro caratteristica economica sia per il riscontro normativo dato dalla nota (1) dell'art. 26 comma 1 del Testo Unico Accise, ora comma 3 dello stesso articolo, dopo la riformulazione *ex art.* 1, comma 1, lett. *i*), D.Lgs. 2/2/2007 n. 26 [ove è dato leggere che "*sono considerati compresi negli usi industriali gli impieghi del gas naturale (...) in tutte le attività industriali produttive di beni e servizi e nelle attività artigianali ed agricole (...)*"] sia per coerenza con la *ratio* della normativa in esame come sopra delineata (equiparazione tra attività industriali ed attività commerciali in genere).

Quanto, infine, alla possibilità di individuare restrittivamente l'ambito di operatività dell'esenzione introdotta dall'articolo 2, comma 73, legge 286/06 facendo riferimento alla tabella ATECOFIN 2004 (pubblicata nella *G.U.* n. 301 del 30 dicembre 2003, compilata ai fini fiscali e contenente, nel quadro G, una elencazione delle attività commerciali), si fa notare che l'assunzione della medesima quale criterio classificatorio esaustivo delle attività che possono farsi rientrare nel "*settore della distribuzione commerciale*" appare in contrasto con lo spirito e la lettera della norma come sopra delineati.

Concludendo, in assenza di una chiara delimitazione del campo di applicazione dell'agevolazione da parte del Legislatore e, allo stato, di una norma di interpretazione autentica nel senso auspicato nella nota cui si risponde, qualsiasi altra interpretazione in senso restrittivo della nuova disposizione – in particolare attraverso l'esclusione di attività di intermediazione commerciale o non direttamente connesse alla vendita diretta al consumatore finale – si profila, a parere di questa Avvocatura Generale, difficilmente sostenibi-

le nella sede contenziosa che sicuramente si aprirebbe per l'annullamento dei provvedimenti negativi dell'agevolazione che fossero adottati.

La presente nota viene inoltrata, per conoscenza, anche al Ministero dell'Economia per le eventuali iniziative legislative che si ritenessero utili in considerazione dell'amplissimo ambito di operatività dell'agevolazione così come attualmente si presenta, tale da limitare l'assoggettamento dell'aliquota piena a categorie residuali e far assurgere a regola l'eccezione. (...)».

### **A.G.S. – Parere del 16 novembre 2007 n. 123400.**

*Merce importata in violazione dei divieti economici – Misura della confisca amministrativa – R.D.L. n. 1923 del 14 novembre 1926 – Art. 67 del Decreto legislativo n. 507 del 30 dicembre 1999 (consultivo 16519/07, avvocato G. Albenzio).*

«1.- (...) codesto Ministero<sup>(\*)</sup> esprime motivato dissenso sul parere reso da questa Avvocatura all'Agenzia delle Dogane con nota 30 maggio 2007 prot. 64216 in ordine all'applicazione della confisca obbligatoria per le merci importate in violazione dei divieti economici, ai sensi dell'art. 11 r.d.l. 14 novembre 1926 n. 1923, come modificato dall'art. 67 D.Lgs. 30 dicembre 1999 n. 507.

Nella menzionata consultazione la Scrivente aveva espresso l'avviso che: *“la modifica intervenuta nell'ambito della depenalizzazione prevista dalla Legge 205/99 concerne solo la sostituzione della misura afflittiva penale con la sanzione amministrativa, ferma restando l'obbligatorietà della confisca delle merci, che si accompagna sempre alla sanzione principale (prima penale, ora amministrativa) prevista”*.

Codesto Ministero ritiene, invece, che nella specie opererebbe esclusivamente il disposto dell'art. 20 legge 689/81, con la conseguenza che nelle ipotesi di introduzione di merce nel territorio dello Stato senza le prescritte autorizzazioni, dopo la depenalizzazione della violazione regolata dall'art. 11 r.d.l. 1923/1926, opererebbe il regime della confisca *“facoltativa”* di cui al terzo comma del citato art. 20.

A sostegno della esposta tesi, viene invocato il carattere generale della disciplina della legge 689/81 (che avrebbe abrogato *“tutte le disposizioni in tema di confisca amministrativa previste da precedenti norme regolatrici di tale sanzione, anche se speciali”*, secondo Cass. 6447/96) e la struttura del nuovo *“sistema globalizzato”* del commercio (che richiederebbe norme di semplificazione ed incentivazione piuttosto che di repressione).

2.- Ad avviso della Scrivente, l'interpretazione della norma come dal parere reso con la nota 30 maggio 2007 appare rispettosa del principio generale di cui all'art. 12, comma 1, disp. prel. cod. civ.

---

(\*) Ministero del Commercio internazionale.

Se pure è vero – come ritiene codesto Ministero – che la disciplina della confisca di cui all’art. 20 legge 689/81 ha carattere generale e comporta l’abrogazione delle disposizioni “*previste da precedenti norme regolatrici di tale sanzione, anche se speciali*” (alla citata Cass. 6447/96 si aggiungano, in termini, Cass. 7297/96, 9437/92, 293/89, ecc.), è altrettanto vero – da un lato – che l’art. 12 della stessa legge fa salve le disposizioni speciali o derogatorie [“*norma (l’art. 20) che opera per tutte le infrazioni amministrative assoggettabili a pena pecuniaria, in difetto di previsioni di tipo speciale o derogatorio (art. 12 citata legge del 1981)*” – Cass. 8719/96] e – dall’altro lato – che questo effetto implicitamente abrogativo non può valere per le norme che siano emanate o modificate successivamente, come è il caso in esame.

Infatti, la depenalizzazione del reato di cui all’art. 11, comma 1, r.d.l. 1923/1926 è intervenuta solo ad opera dell’art 67 D.Lgs. n. 507/1999 (e questo rende *nuova* la norma sanzionatoria); peraltro, il Legislatore si è limitato alla sostituzione della sanzione penale con quella amministrativa (con la tecnica della sostituzione delle sole parole del testo originario che irrogavano la pena detentiva) ed ha lasciato inalterato il restante testo del comma, ivi compresa la sua parte finale che prevedeva anche la sanzione accessoria della confisca (“*oltre la confisca delle merci*”), così che il testo vigente dell’articolo, come riportato anche nella *Gazzetta Ufficiale*, serie generale, 28 gennaio 2000 n. 22, in nota all’art. 67, recita: “*11. Chiunque in qualsiasi modo esporta merce della quale sia vietata l’esportazione, o non la reintroduce nello Stato nei termini stabiliti dalle norme relative se spedita in cabotaggio, oppure devia verso uno Stato estero merce destinata originariamente ad un porto italiano o delle Colonie, nel caso previsto dal primo comma dell’art. 10, o anche soltanto tenta di esportarla o deviarla, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da lire ottocentomila a quattro milioni ottocentomila, oltre la confisca delle merci*”.

3.- La esposta interpretazione del nuovo testo dell’art. 11, fondata sul suo testo letterale, è – ad avviso della Scrivente – da preferire rispetto a quella proposta da codesto Ministero, pur apprezzabile da un punto di vista meramente sistematico, alla luce sia del richiamato principio generale di cui all’art. 12, comma 1, disp. prel. cod. civ. sia della posizione assunta dalla Suprema Corte in casi analoghi, ove è stata ribadita la prevalenza della norma speciale successiva a quella generale di cui all’art. 20 legge 689/81:

– Cass., sez. II, 22 maggio 2006, n. 11965: “*In tema di disciplina del commercio su aree pubbliche l’art. 29, 1 comma, D.Lgs. n. 114 del 1998, che sanziona l’esercizio dell’attività di vendita al di fuori del territorio nel quale si è autorizzati, è norma che, in quanto posteriore alla disposizione generale in materia di illecito amministrativo di cui all’art. 20 legge n. 689 del 1981, si caratterizza come speciale rispetto a questa e, pertanto, nel provvedere, in aggiunta alla sanzione pecuniaria, «la confisca delle attrezzature e della merce» stabilisce un caso di confisca obbligatoria*”

– Cass., sez. I, 6 maggio 1998, n. 4545: “*La disposizione di cui all’art. 10 legge n. 122 del 1992, relativa alla confisca delle attrezzature e delle strumentazioni utilizzate per l’abusivo esercizio dell’attività di autoriparazione,*

*si pone in rapporto di specialità con le disposizioni in tema di confisca amministrativa contenute nell'art. 20 legge n. 689 del 1981 ... per la previsione della obbligatorietà e generalità della misura accessoria che, a norma del citato art. 20, sarebbe altrimenti facoltativa”.*

4. Inoltre, si deve rilevare che l'interpretazione suggerita da questa Avvocatura si presenta più coerente con il regime della confisca regolato dal T.U.L.D. per i casi di contrabbando depenalizzato.

Infatti, il nuovo art. 295-bis d.P.R. 43/1973 richiama espressamente nel suo terzo comma l'art. 301 (“*Le disposizioni degli articoli 301, 301-bis e 333 si osservano anche con riguardo alle violazioni previste dal presente articolo. I provvedimenti per i quali, in base alle medesime disposizioni, è competente l'autorità giudiziaria sono adottati dal capo della dogana nella cui circoscrizione la violazione è stata accertata*”) e, quindi, la confisca obbligatoria ivi prevista.

Non sembra invero che vi sia ragione per una differente disciplina della confisca fra fattispecie analoghe, quali quelle regolate, rispettivamente, dall'art. 11 r.d.l. 1923 e dall'art. 295-bis T.U.L.D.

Oltretutto, le esigenze di speditezza dei traffici commerciali dovrebbero tener conto di quelle di tutela della regolarità degli stessi e delle scelte del Legislatore di punire con maggiore severità alcune violazioni. (...)».

#### **A.G.S. – Parere del 6 dicembre 2007 n. 131624.**

*Fermo amministrativo di beni mobili registrati ai sensi dell'art. 86 del d.P.R. n. 602/73 e conseguente applicazione dell'art. 214, comma 8, del D.Lgs. n. 285/92 (Codice della Strada) (consultivo 40835/07, avvocato M. Borgo).*

«(...) codesto Dicastero ha chiesto alla Scrivente di dirimere il contrasto interpretativo, insorto fra codesta Amministrazione<sup>(\*)</sup> e l'Agenzia delle Entrate, in ordine all'interpretazione delle disposizioni normative di cui all'oggetto, e si rappresenta quanto segue.

In via preliminare, questo Generale Ufficio ritiene che, ai fini della corretta interpretazione del combinato disposto dell'art. 86, comma 3, del d.P.R. n. 602/73 con l'art. 214, comma 8, del Codice della Strada, si possa prescindere dal prendere posizione in ordine all'annoso problema della natura giuridica del c.d. “fermo fiscale”.

Al proposito, è noto che sulla natura giuridica del fermo di cui all'art. 86 del d.P.R. n. 602/73, si registrano accesi contrasti, sia in dottrina (cfr., da ultimo, MOLINARI FRANCESCO, *Fermo dei beni mobili registrati (c.d. Fermo Amministrativo). Processo tributario e garanzie giurisdizionali alla luce della legge n. 248/06, la c.d. Bersani-Visco: un'altra occasione perduta,*

<sup>(\*)</sup> Ministero dell'Interno.

pubblicato sulla rivista *on line* [www.diritto.it](http://www.diritto.it), che attribuisce al fermo la natura di atto preordinato all'espropriazione forzata; *contra*, GENISE ANTONIO, *Il fermo amministrativo dei beni mobili registrati*, pubblicato sulla medesima rivista, che propende per la natura di provvedimento amministrativo del fermo) ma soprattutto in giurisprudenza dove, a fronte dell'ormai consolidato indirizzo delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione secondo il quale "*il provvedimento di fermo è un atto funzionale all'espropriazione forzata e, quindi, mezzo di realizzazione del credito dell'amministrazione*" (cfr., da ultimo, Cass. SS.UU., ordinanza 17 gennaio 2007, n. 875), si registra il contrario orientamento del Consiglio di Stato, ben sintetizzato dall'ordinanza della sesta Sezione n. 2032 del 13 aprile 2006 con la quale era stata rimessa alla Corte Costituzionale la questione di legittimità costituzionale degli artt. 49, 57, 86, d.P.R. n. 602/1973, e degli artt. 2 e 19, D.Lgs. n. 546/1992, se interpretati, secondo il diritto vivente, quale risulta dalla giurisprudenza, nel senso di attribuire al giudice ordinario la giurisdizione sulle controversie in materia di fermo tributario di veicoli; questione decisa dalla Consulta con ordinanza di manifesta inammissibilità del 17 luglio 2007, n. 297, avendo, i giudici costituzionali, ribadito che non è compito della Corte Costituzionale dirimere i contrasti interpretativi, insorti fra gli organi giurisdizionali.

I predetti contrasti interpretativi non sono venuti meno neppure a seguito della novella normativa di cui all'art. 35, comma 26-*quinques* del D.L. 4 luglio 2006, n. 223, convertito con modificazioni nella legge n. 248/06, con la quale è stata introdotta, nell'elencazione di cui all'art. 19, comma 1, del D.Lgs. n. 546/92 (contemplante gli atti che possono essere impugnati davanti alle Commissioni Tributarie), la lettera *e-ter*) che si riferisce al c.d. "fermo fiscale".

Ciò premesso, la Scrivente evidenzia come la disposizione di cui all'art. 86, comma 3, del d.P.R. n. 602/73, a tenore della quale "*chiunque circola con veicoli, autoscafi e aeromobili sottoposti al fermo è soggetto alla sanzione prevista dall'art. 214, comma 8, del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285*", abbia la funzione di munire di sanzione il divieto di circolazione del veicolo, sottoposto a fermo, già espressamente previsto dall'art. 5, comma 2, del D.M. 7 settembre 1998, n. 503 (Regolamento recante norme in materia di fermo amministrativo di veicoli a motore ed autoscafi, ai sensi dell'articolo 91-*bis* del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602, introdotto con l'articolo 5, comma 4, del decreto-legge 31 dicembre 1996, n. 669, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 1997, n. 30).

Lo stretto legame esistente tra le disposizioni di cui all'art. 86 del d.P.R. n. 602/73 e quelle contenute nel D.M. n. 503/98 è stato valorizzato, come noto, dalla legge n. 248/2005, di conversione del D.L. n. 203/2005, il cui art. 3, comma 41, ha stabilito che "*Le disposizioni dell'art. 86 del d.P.R. 29 settembre 1973 n. 602, si interpretano nel senso che, fino all'emanazione del decreto previsto dal comma 4 dello stesso articolo, il fermo può essere eseguito dal concessionario sui veicoli a motore nel rispetto delle disposizioni, relative alle modalità di iscrizione e di cancellazione ed agli effetti dello stesso, contenute nel decreto Ministro delle Finanze 7 settembre 1998 n. 503*".

Ciò posto, è possibile passare all'esame della problematica concernente la individuazione dell'autorità cui compete l'irrogazione della sanzione (sulla cui esatta portata, si dirà più oltre) di cui all'art. 86, comma 3, del d.P.R. n. 602/73.

Al proposito, questo Generale Ufficio, nel sottolineare che la disposizione, da ultimo richiamata, si riferisce propriamente alla fattispecie della circolazione di un veicolo, sottoposto al c.d. "fermo fiscale", ritiene che dal richiamo, operato dalla predetta disposizione all'art. 214, comma 8, del C.d.S. (*quoad poenam*), possa dedursi che competente a contestare la violazione del divieto di circolazione di un veicolo a motore, sottoposto al fermo di cui all'art. 86 del d.P.R. n. 602/73, sia l'organo di polizia che ha provveduto all'accertamento della predetta violazione (con conseguente competenza del Prefetto, in caso di proposizione del ricorso amministrativo avverso il verbale di accertamento).

Quanto, poi, alla sanzione che dovrà essere irrogata, questo Generale Ufficio concorda con il parere, reso dall'Agenzia delle Entrate con la nota prot. n. 2007/55190, nella parte in cui esclude che il richiamo all'art. 214, comma 8, del Codice della Strada, contenuto nell'art. 86, comma 3, del d.P.R. n. 602/73, possa essere inteso nel senso che il veicolo, che sia stato posto in circolazione nonostante il fermo, possa essere oggetto di confisca (sanzione amministrativa accessoria prevista dall'art. 214, comma 8, del Codice della Strada a seguito della modifica introdotta dalla legge n. 168/2005 di conversione del D.L. n. 115/2005).

Alla predetta conclusione, secondo il parere di questo Generale Ufficio, deve pervenirsi, oltre che in forza degli argomenti svolti dall'Agenzia delle Entrate nella nota, più sopra citata, anche alla luce delle seguenti ulteriori considerazioni.

L'art. 86, comma 3, del d.P.R. n. 602/73, come più sopra evidenziato, si esprime nel senso che "*chiunque circola con veicoli, autoscafi e aeromobili sottoposti al fermo è soggetto alla sanzione prevista dall'art. 214, comma 8, del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285*"; l'utilizzo dell'espressione "*alla sanzione prevista...*" sembrerebbe fare propendere per la volontà di un rinvio (per così dire, di natura ricettizia) alla sola sanzione pecuniaria, originariamente prevista dall'art. 214, comma 8, del Codice della Strada, e non anche a quella accessoria, introdotta dalla novella del 2005.

A ciò si aggiunga, che la confisca del veicolo, con conseguente ingresso dello stesso nel patrimonio dello Stato, non sembrerebbe in linea con la pacifica funzione, attribuita al c.d. "fermo fiscale" che, come noto, è quella di conservare la garanzia patrimoniale del credito esattoriale nelle more del perfezionamento del procedimento di espropriazione forzata.

Alla luce di quanto sopra, è possibile precisare quanto segue: nell'ipotesi in cui gli organi di polizia, a seguito di un controllo, accertino che è stato messo in circolazione un veicolo a motore, sottoposto al c.d. "fermo fiscale", dovranno elevare verbale di contestazione della violazione di cui al combinato disposto dell'art. 86, comma 3, del d.P.R. n. 602/73 con l'art. 214, comma 8, del Codice della Strada, nei confronti del conducente del veicolo

(la norma di cui all'art. 86, comma 3, del d.P.R. n. 602/73 sanziona, infatti, "chiunque circola..." e non il solo proprietario del veicolo che è, invece, il "destinatario" del provvedimento di c.d. "fermo fiscale"; questo ultimo sarà, peraltro, obbligato in solido con il conducente del veicolo al pagamento della somma da questi dovuta, ai sensi di quanto disposto, in via generale, dall'art. 196 del Codice della Strada), con conseguente applicazione della sola sanzione pecuniaria prevista dalla disposizione, da ultimo indicata (sanzione, oggi, pari ad una somma compresa tra euro 656,00 ed euro 2628,00); non dovranno procedere al sequestro del veicolo ai sensi dell'art. 213 del Codice della Strada, non essendo possibile, per le ragioni sopra evidenziate, disporre, nel caso di specie, la sanzione accessoria della confisca del veicolo; dovranno, infine, trasmettere il relativo verbale di accertamento della violazione al concessionario della riscossione che ha disposto il c.d. "fermo fiscale", al fine di consentire a questo ultimo di provvedere al pignoramento del veicolo medesimo. (...)».

**A.G.S. –Parere del 6 dicembre 2007 n. 131636.**

*Reclamo avverso decreto di annullamento di rettifica d'ufficio del cognome operata dall'Ufficiale dello Stato Civile del Comune di Bologna (consultivo 39916/07, avvocato M. Borgo).*

«(...) Questo Generale Ufficio ritiene non opportuna la proposizione di ricorso per Cassazione avverso il provvedimento, reso dalla Corte di Appello di Bologna in data 26 luglio 2007 con riferimento al reclamo, meglio indicato in oggetto, per le ragioni che seguono.

Con il predetto decreto, la Corte di Appello di Bologna ha rigettato il reclamo, proposto da codesta Avvocatura Distrettuale nei confronti del provvedimento con il quale il Tribunale felsineo aveva accolto il ricorso proposto dai genitori di due minori, nati in Portogallo ed aventi doppia cittadinanza, italiana e portoghese, avverso la rettifica del loro cognome, operata dall'Ufficiale dello Stato Civile di Bologna in sede di trascrizione dell'atto di nascita nei registri dello stato civile, rettifica consistita nella eliminazione del cognome materno.

Il decreto, emesso dalla Corte di Appello felsinea, peraltro conforme ad altri precedenti giurisprudenziali (cfr., tra gli altri, Tribunale di Roma – Sez. I Civile, decreti del 30 gennaio 2006, 29 ottobre 2004, 15 ottobre 2004), fa leva sul combinato disposto degli articoli 12 e 17 del Trattato CE, così come interpretati dalla Corte di Giustizia nella causa C-148/2002.

Con la predetta sentenza, la Corte di Giustizia, al paragrafo 42 della decisione, ha affermato che "Per quanto riguarda [...] il principio dell'immutabilità del cognome in quanto strumento destinato a prevenire i rischi di confusione in merito all'identità o alla filiazione delle persone, occorre rilevare che, sebbene tale principio certamente contribuisca ad agevolare il riconoscimento dell'identità delle persone e della loro filiazione, non è tuttavia tanto indispensabile da non poter ammettere una prassi consistente nel

*permettere ai figli che siano cittadini di uno Stato membro e che abbiano anche la cittadinanza di un altro Stato membro di portare un cognome composto da elementi diversi da quelli previsti dal primo Stato membro, cognome che costituisce, peraltro, oggetto di un'iscrizione in un registro ufficiale del Secondo Stato membro".*

I giudici della Corte di Lussemburgo sono, pertanto, pervenuti alla conclusione che gli articoli 12 e 17 del TCE devono essere interpretati "*...nel senso che ostano al fatto che, in circostanze come quelle della causa principale, l'autorità amministrativa di uno Stato membro respinga una domanda di cambiamento del cognome per figli minorenni residenti in questo Stato e in possesso della doppia cittadinanza, dello stesso Stato e di un altro Stato membro, allorché la domanda è volta a far sì che i detti figli possano portare il cognome di cui sarebbero titolari in forza del diritto e della tradizione del secondo Stato membro*".

L'esistenza di una pronuncia della Corte di Giustizia che, come noto, vincola tutti i soggetti dell'ordinamento giuridico, siano essi gli organi giurisdizionali ovvero gli organi amministrativi, preclude la possibilità di proporre il gravame di legittimità.

A quanto sopra, si aggiunga, per mera completezza di argomento, che, nella corrente legislatura, è stato presentato in Parlamento un disegno di legge (Disegno di legge n. 19 – Atti del Senato della Repubblica – approvato, in sede referente, dalla Commissione Giustizia in data 2 ottobre 2007) che si pone l'obiettivo di prevedere, anche con riferimento all'ordinamento dello stato civile italiano, la possibilità di trasmettere ai figli, nati all'interno del matrimonio, anche il cognome della madre.

Nella relazione di accompagnamento alla predetta iniziativa legislativa si legge: "*Con l'introduzione di queste modifiche il disegno di legge consente all'Italia di adempiere agli impegni cui ci richiamano il Consiglio d'Europa e la Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, adottata a New York il 18 dicembre 1979 e ratificata in Italia con la legge 14 marzo 1985, n. 132. In particolare il Consiglio d'Europa, con le raccomandazioni 1271 (1995) e 1362 (1998) adottate dall'Assemblea parlamentare rispettivamente il 28 aprile 1995 e il 18 marzo 1998, ha affermato che la discriminazione fra donne e uomini riguardo alla scelta del nome di famiglia non è compatibile con il principio di eguaglianza da esso sostenuto e ha invitato gli Stati membri inadempienti a realizzare la piena eguaglianza tra madre e padre nell'attribuzione del cognome ai figli. Mentre la Convenzione di New York all'articolo 16 impegna gli Stati aderenti a «prendere tutte le misure adeguate per eliminare la discriminazione nei confronti della donna in tutte le questioni derivanti dal matrimonio e nei rapporti familiari, e in particolare ad assicurare, in condizioni di parità con gli uomini: (...) g) gli stessi diritti personali al marito e alla moglie, compresa la scelta del cognome, (...);». L'introduzione di una normativa più rispettosa dei diritti di entrambi i coniugi significa dunque anche contribuire ad una migliore integrazione con la cittadinanza europea e adeguarsi agli altri paesi dell'Unione europea che già permettono l'attri-*

*buzione del cognome della madre o del padre in pieno regime di eguaglianza. Com'è noto, infatti, in Germania vige il cognome della famiglia, cognome scelto dai coniugi, che però hanno anche la facoltà di mantenere il proprio cognome e di trasmettere ai figli l'uno o l'altro. In Austria l'articolo 93 del codice civile stabilisce che i coniugi portino lo stesso cognome, che può essere quello del marito o quello della moglie. In Francia dal 1° gennaio 2005 è entrata in vigore la «legge Gouzes» (legge n. 2002-304 del 4 marzo 2002, sul nome di famiglia), che prevede che i genitori possano scegliere di trasmettere ai figli il cognome del padre, della madre o di entrambi. Nella legislazione italiana non esiste in realtà nessuna norma di legge positiva che preveda l'attribuzione del cognome paterno ai figli legittimi, nati all'interno del matrimonio. Si tratta piuttosto di una prassi consolidata. Su questa e su tutti gli articoli del codice civile relativi alla questione è stata peraltro avanzata questione di legittimità costituzionale dalla Corte di Cassazione, con la sentenza n. 13298 del 17 luglio 2004, in quanto in contrasto con gli articoli 2, 3 e 39, secondo comma, della Costituzione. «Il dubbio di contrasto – vi si legge – si fonda sull'evidente rilievo che l'attribuzione automatica ed indefettibile ai figli del cognome del marito si risolve in una discriminazione ed in una violazione del principio di eguaglianza e di pari dignità». La Corte costituzionale, con la sentenza n. 61 del 6 febbraio 2006, pur dichiarando inammissibile la questione di legittimità costituzionale avanzata dalla Cassazione per il vuoto di regole che si verrebbe a determinare in seguito «alla caducazione della disciplina denunciata», riconosce tuttavia che «l'attuale sistema di attribuzione del cognome è retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, la quale affonda le proprie radici nel diritto di famiglia romanistico, e di una tramontata potestà maritale, non più coerente con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale dell'uguaglianza tra uomo e donna». Rimette infine al legislatore la decisione sulle modalità per corrispondere al principio costituzionale dell'uguaglianza tra i generi anche in fatto di trasmissione del cognome. Il presente disegno di legge è la proposta che – accogliendo l'indirizzo della Corte – si sottopone al Parlamento».*

Alla luce di quanto sopra, questo Generale Ufficio ritiene non opportuna la proposizione di ricorso per Cassazione avverso il decreto in oggetto.

Il presente parere viene esteso, per opportuna conoscenza, al Ministero dell'Interno ed alla Presidenza del Consiglio dei Ministri. (...).

#### **A.G.S. – Parere del 19 dicembre 2007 n. 136320.**

*Emissione di garanzie su finanziamenti correlati ad attività di costruzione ed esercizio impianti nucleari all'estero da parte di ENEL s.p.a. (consultivo 41653/07, avvocato G. Palmieri).*

«Esaminata la documentazione trasmessa (...), in relazione ai quesiti posti, a) se l'attività di costruzione, esercizio e gestione di un impianto nucleare all'estero da parte di ENEL s.p.a. (nel caso in esame, costruzione ed

esercizio di due “unità nucleari” in Bulgaria) possa considerarsi legittima alla luce del vigente quadro normativo nazionale e comunitario in materia, tenuto conto in particolare dell’esito del referendum abrogativo in materia di nucleare del 1987; *b*) in caso di valutazione positiva circa la precedente questione se il rilascio da parte di SACE di una garanzia sul progetto possa considerarsi legittimo (dando per assunto che detto intervento si ponga in linea con lo scopo statutario di SACE stessa e con la sua normativa di riferimento), si osserva quanto segue.

Come ricordato nella nota che si riscontra, l’Avvocatura Generale dello Stato si era espressa su una questione attinente a centrale nucleare da costruirsi all’estero ([la] società A. si era aggiudicata un contratto di fornitura nell’ambito del progetto per la costruzione [di una] centrale nucleare [...] in Romania), anche se sostanzialmente diversa da quella in esame e, quindi, non riconducibile al caso di specie, con parere in data 7 febbraio 2002, nel quale, in conclusione, si escludeva che l’esito del referendum del 1987 avesse come conseguenza un divieto alla produzione e commercializzazione dei beni e prodotti nucleari e parimenti si escludeva che lo spirito dello stesso referendum fosse quello di imporre a SACE di astenersi dal concedere la richiesta garanzia, salve eventuali valutazioni di opportunità di competenza del Governo o del Ministero allora vigilante sulla SACE.

Per completezza, si ricorda che, con deliberazione in data 28 marzo 2002 il CIPE, menzionando espressamente il parere di questa Avvocatura Generale del 7 febbraio 2002, ha statuito che l’esportazione di beni e servizi destinati alla produzione di energia nucleare può essere presa in considerazione da SACE, nell’ambito della sua autonomia gestionale e nel rispetto delle linee guida ambientali che detto Istituto si è impegnato ad osservare.

Va ricordato che l’ENEL è stato istituito con la legge 6 dicembre 1962, n. 1643 ed è stato trasformato in società per azioni con il d.l. 11 luglio 1992, n. 333, convertito con modificazioni con legge 8 agosto 1992, n. 359.

La legge n. 1643/1962 citata è stata modificata con il d.P.R. 9 dicembre 1987, n. 500, che ha abrogato, per effetto del citato referendum del 1987, le parole “la realizzazione e l’esercizio di impianti elettronucleari” contenute nel 7° comma, lett. *b*), dell’articolo 1.

Successivamente, la legge 9 gennaio 1999, n. 1, contenente norme per l’attuazione del nuovo piano energetico nazionale, ha sostituito il predetto settimo comma dell’art. 1 della legge n. 1643/1962 con l’articolo 34, disposizione, meramente ricognitiva delle finalità più generali della società stessa, prevedendo che l’ENEL possa, previa autorizzazione del Ministero dell’industria, promuovere, in Italia e all’estero, la costituzione di società per azioni o assumervi partecipazioni, qualora esse abbiano per oggetto il compimento di attività riconducibili ai fini propri dell’ente e, cioè, la produzione di energia elettrica.

La predetta norma di cui all’articolo 34 è di carattere ricognitivo e non contiene alcuna considerazione, né implicita, né esplicita, del profilo attinente alla realizzazione ed all’esercizio di impianti nucleari e, perciò, non appare risolutiva nel caso in esame .

Con il decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79, di attuazione della direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, in particolare, con l'articolo 13, 2° comma, lett. e), è stato previsto che l'ENEL possa costituire società per lo smaltimento delle centrali elettronucleari dimesse e la chiusura del ciclo del combustibile.

In ottemperanza a tale disposizione è stata istituita in data 1 novembre 1999 [una società], appartenente al gruppo ENEL, per il "*decommissioning*" delle installazioni nucleari.

La citata norma di cui all'articolo 13 ha evidentemente carattere specifico ed è dettata al solo scopo di realizzare, appunto, lo smantellamento definitivo delle centrali nucleari dimesse, senza ulteriori eventuali possibili implicazioni connesse ad impianti nucleari o attività che siano non da dimettere ma da realizzare, ed in quanto tale non esplica i suoi effetti se non nei limiti così chiaramente delineati dalla norma stessa.

Con la legge 23 agosto 2004, n. 239, di riordino del settore energetico e di delega al Governo per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di energia, all'art. 1, comma 42, si prevede che i produttori nazionali di energia elettrica possano, eventualmente in compartecipazione con imprese di altri paesi, svolgere attività di realizzazione e di esercizio di impianti localizzati all'estero, anche al fine di importare l'energia prodotta, senza alcun espresso divieto con riferimento alle tecnologie od agli impianti nucleari.

La legge 18 aprile 2005, n. 62, legge comunitaria 2004, contiene, all'art. 15, le disposizioni per l'attuazione della direttiva 2003/54/CE del 26 giugno 2003 relativa a norme comuni per il mercato dell'energia elettrica, che abroga la direttiva 96/92/CE.

Il predetto articolo, alla lettera l), prevede espressamente fra i criteri direttivi, lo sviluppo di nuove tecnologie e sistemi per la produzione di energia elettrica, "incluse le tecnologie nucleari", nonché lo svolgimento di attività di realizzazione e di esercizio "ivi compresi gli impianti elettronucleari" localizzati all'estero, assumendo, quindi, valenza interpretativa del sistema e rimettendo alla normazione delegata i profili relativi alle modalità di attuazione del principio generale che esso contiene.

Tale disciplina, che attua la direttiva comunitaria 2003/54/CE, rappresenta un elemento di completamento del quadro che si è delineato in base all'esame della normativa nazionale, emanata successivamente all'esito del referendum abrogativo del 1987, nella quale è assente qualsiasi divieto espresso o implicito di realizzare fuori dal territorio nazionale impianti e attività elettronucleari.

Tale conclusione appare, poi, coerente con la previsione costituzionale di cui all'art. 41, che sancisce la libertà di iniziativa economica, nell'accezione comunemente accolta in dottrina e giurisprudenza costituzionale e che assume maggiore latitudine se l'attività è esplicata al di fuori del territorio nazionale.

Elemento di ulteriore coerenza è rappresentato dalla mutata natura giuridica dell'ENEL che è divenuta società per azioni e che non opera più in regime di esclusiva.

Va, infine, ricordato che nel disegno di legge di delega al Governo per completare la liberalizzazione dei settori dell'energia e del gas naturale e per il rilancio del risparmio energetico e delle fonti rinnovabili, in attuazione delle direttive comunitarie 2003/54/CE, 2003/55/CE e 2004/67/CE, approvato dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 9 giugno 2006, c.d. "pacchetto Bersani", attualmente all'esame del Senato (atto n. 691 XV Legislatura), è stato approvato un emendamento che esplicitamente, all' articolo 1, 1° comma, prevede l'installazione di impianti nucleari e investimenti all'estero per la realizzazione di tali impianti.

Né è di poco rilievo la recente (30 novembre 2007) firma a Nizza dell'accordo di collaborazione fra ENEL e EdF per la costruzione in Normandia del primo impianto nucleare di nuova generazione EPR.

Pertanto, non può ritenersi sussistere un generale divieto, ricavabile dal sistema o derivante direttamente dall'esito del referendum abrogativo del 1987, di esercizio all'estero di quel tipo di attività imprenditoriale (costruzione ed esercizio di unità nucleari in Bulgaria) per la quale l'ENEL ha chiesto garanzie a codesto Istituto.

Conclusivamente, si ritiene che in linea di diritto, non vi siano motivi di per sé ostativi all'eventuale rilascio di garanzie da parte di SACE in relazione al segnalato "progetto", naturalmente in quanto lo stesso, nella ritenuta compatibilità con le scelte generali di interesse nazionale, sia coerente con la normativa di riferimento di codesta Società e con la procedura ambientale per il settore nucleare. (...)».

#### **A.G.S. – Parere del 20 dicembre 2007 n. 136855.**

*Sequestro conservativo penale – Conversione in pignoramento – Esecuzione mobiliare e immobiliare* (consultivo 13628/06, avvocato C. Colelli).

«(...) è stato chiesto a quest'Avvocatura un parere in ordine ad alcune problematiche relative allo svolgimento degli incumbenti successivi alla intervenuta conversione *ex lege* del sequestro in pignoramento.

1) La prima questione posta all'attenzione della Scrivente riguarda le corrette modalità di applicazione degli artt. 316 e ss. del c.p.p. e 156 delle disp. di att. del c.p.c. nelle ipotesi in cui, essendosi l'amministrazione costituita parte civile in un processo penale, ottenga all'esito dello stesso solo una condanna generica, essendo rimessa ad un successivo giudizio civile la concreta liquidazione del danno.

L'art. 156 citato dispone che il sequestrante che abbia ottenuto la sentenza di condanna esecutiva *ex art.* 686 del codice di procedura civile (a norma del quale il sequestro si converte in pignoramento al momento in cui il creditore ottiene sentenza di condanna esecutiva) deve depositarne copia nella cancelleria del giudice competente per l'esecuzione nel termine perentorio di sessanta giorni dalla comunicazione della stessa.

Il quesito posto riguarda specificamente l'individuazione del momento in cui tale ultimo termine comincia a decorrere nella considerata ipotesi di condanna generica.

Pur non registrandosi pronunce rese in sede di legittimità in relazione alle norme considerate, si osserva che la Suprema Corte ha più volte affrontato la questione dell'idoneità della condanna generica a costituire valido titolo per l'esecuzione forzata, pervenendo costantemente alla soluzione negativa (v., *ex multis*, Cass. n. 9996/2004; n. 16259/2003; n. 8915/2003, nella quale la sentenza di condanna generica viene considerata titolo idoneo, unitamente ad altri elementi, al fine di ottenere in sede monitoria un titolo giudiziale idoneo all'azione esecutiva).

D'altro canto è evidente che, essendo il pignoramento finalizzato all'esecuzione forzata del credito, presuppone necessariamente l'avvenuta liquidazione dello stesso, mancando in caso contrario la misura dell'incisione coattiva sul patrimonio del debitore.

Si ritiene, pertanto, che la conversione del sequestro in pignoramento *ex art. 686 c.p.c.* non possa ragionevolmente ritenersi perfezionata fino a che non sia stato liquidato in sede civile l'ammontare del risarcimento richiesto con la costituzione di parte civile e che solo dalla pubblicazione della relativa sentenza possa iniziare a decorrere il termine di cui all'art. 156 disp. att. al c.p.c.

A soluzione opposta deve pervenirsi nel caso in cui sia stata riconosciuta alla parte civile, già in sede penale, una somma a titolo di provvisoria a norma dell'art. 540, secondo comma, c.p.p.

La condanna, in tal caso, è, per espressa previsione della norma citata, immediatamente esecutiva, con la conseguenza che, nei limiti di quanto liquidato, si determinerà l'automatica conversione del sequestro in pignoramento.

2) In ordine, poi, alla seconda questione prospettata, si ritiene, in primo luogo, di potere escludere che le previsioni di cui al d.P.R. n. 43/1988 e del successivo D.Lgs. n. 46/1999 - con cui è stato introdotto il sistema generalizzato della riscossione mediante ruolo delle entrate patrimoniali dello Stato - abbiano inciso sulla possibilità di realizzare i crediti statali risultanti da un titolo esecutivo *ex art. 474 c.p.c.* mediante le procedure di esecuzione forzata previste dal codice di rito.

Dunque, legittimamente codesta Avvocatura ha curato gli adempimenti successivi alla conversione del sequestro in pignoramento.

È stata, tuttavia, evidenziata la difficoltà cui è andata incontro codesta Avvocatura nel seguire con puntualità tali adempimenti; è stata, quindi, prospettata la possibilità - previa individuazione di un veloce canale di comunicazione - di richiedere l'intervento, ai fini dello svolgimento dei successivi incombenzi relativi alla procedura di esecuzione forzata, del concessionario per la riscossione.

Esaminata la normativa che regola l'attività di quest'ultimo, si ritiene che tale strada presenti rilevanti profili di criticità che consigliano, ad evitare pregiudizievoli opposizioni, di adottare una diversa soluzione.

Occorre preliminarmente evidenziare che, secondo il prevalente orientamento della dottrina (Mandrioli, Santulli, C. Ferri) e della giurisprudenza di

legittimità (v., di recente, Cass. n. 10029/2006, n. 8615/2004), la conversione del sequestro in pignoramento avviene automaticamente al momento della pubblicazione della sentenza esecutiva, laddove il successivo deposito del titolo nel termine di cui all'art. 156 disp. att. costituisce onere a pena di efficacia del pignoramento nel quale il sequestro si è già convertito.

Se così è, ne consegue che il vincolo di indisponibilità sui beni oggetto del sequestro può mantenersi solo se la procedura esecutiva iniziata con la conversione in pignoramento non si estingue e va a buon fine.

In ipotesi, quindi, il subentro del concessionario dovrebbe avvenire nell'ambito della medesima procedura e dopo che è già aperto il pignoramento; a tale possibilità, tuttavia, osta la peculiarità della disciplina della procedura di riscossione attuata da concessionario, che implica, in primo luogo, la formazione del ruolo e che si svolge, successivamente, secondo modalità differenti da quelle disciplinate dal codice di rito (v. art. 52, artt. 62 e ss. e artt. 76 e ss. del d.P.R. 602/73 e succ. mod.).

Il concessionario, infatti, conduce la procedura per la realizzazione coattiva dei crediti fondamentalmente in via amministrativa fino alla fase di assegnazione e/o distribuzione (secondo le modalità disciplinate dal d.P.R. 602/72), compiendo autonomamente e con forme specifiche quelle attività che, di regola, vengono svolte sotto il controllo o autorizzate dal giudice dell'esecuzione.

L'intervento del concessionario in una procedura esecutiva giudiziale già avviata presupporrebbe la trasformazione di quest'ultima in un procedimento di natura sostanzialmente amministrativa, possibilità che tuttavia non appare contemplata né disciplinata da alcuna norma.

In conclusione, pare non esservi, allo stato, alternativa al necessario intervento dell'Avvocatura per conto dell'amministrazione creditrice nell'ambito delle procedure esecutive generate dalla conversione del sequestro in pignoramento (...).

#### **A.G.S. – Parere del 21 dicembre 2007 n. 137342.**

*Mutui per edilizia ospedaliera. Università degli Studi La Sapienza e Azienda Policlinico Umberto I. Azione per recupero crediti (consultivo 47862/04, avvocato F. Tortora).*

«(...) facendo seguito alla nota del 5 novembre 2007 prot. 117757, si fa presente che la Scrivente ha maturato la convinzione – pur non sottacendo i prospettabili dubbi interpretativi generati dalla non inequivoca formulazione della relativa normativa – che sia da intraprendere la prospettata azione di recupero nei confronti della Azienda Policlinico Umberto I, sul presupposto che i debiti per cui è causa sembrano rientrare tra quelli che *ex lege* sono stati “accollati” alla nuova Azienda Policlinico.

Si premette che la attesa sentenza della Corte Costituzionale n. 346/07, avente ad oggetto l'art. 7-*quater* del D.L. 31 gennaio 2005 n. 7, come inserito dalla legge di conversione 31 marzo 2005 n. 43, benché preceduta da

ampia discussione sui limiti e la portata del fenomeno successorio all'evidenza, nulla sembra dire al riguardo, e non appare utilmente apprezzabile nel caso *de quo*.

Ciò posto, si osserva che la nota disciplina introdotta dall'art. 2 comma 1 del D.L. 341/99, così come convertito dall'art. 1 della legge 453/99, sembra dare congrua rilevanza “*ai contratti in corso per la costruzione di strutture destinate ad attività assistenziali*” nel senso che i medesimi appaiono formalmente e volutamente distinti dagli altri “*rapporti in corso*” relativi alla gestione dell'assistenza sanitaria, previsti dal medesimo articolo, quali autonome fonti di obbligazioni per le quali si verifica il fenomeno successorio dalla medesima norma regolato.

In altre parole, il legislatore sembra aver esattamente inteso, dandone conferma lessicale, che oltre ai normali rapporti obbligatori, scaturenti da fonti varie nell'ambito dell'attività di assistenza sanitaria, sarebbe stato necessario prevedere e nominare separatamente, a scanso di ambiguità, anche la specifica attività contrattuale in corso di esecuzione (con le relative obbligazioni) funzionale alla edilizia sanitaria.

Sembra, dunque, che i detti contratti rientrino nel fenomeno successorio in parola, così come del resto ritenuto anche in precedente parere di questa Avvocatura reso nei confronti dell'Università.

Contrariamente a quanto sostenuto nel parere *pro veritate* richiesto dall'Azienda Policlinico Umberto I, poi, appare senz'altro condivisibile la diversa impostazione data da codesta Società alla valenza giuridica dei mutui in oggetto, trattandosi in realtà di *mutui di scopo*, la cui specificità prevede che le obbligazioni restitutorie, benché aventi fonte nel contratto, sorgano e diventino esigibili per stati di avanzamento dei lavori in sinallagma con le erogazioni volta per volta effettuate in dipendenza della progressiva realizzazione dell'opera finanziata.

Ciò stante, allora, è coerente il ritenere che le obbligazioni restitutorie nascenti dai contratti in corso risultino a carico della nuova Azienda subentrante in relazione a quegli immobili che, costituendo “*strutture destinate ad attività assistenziali*”, siano transitati nel patrimonio della nuova Azienda.

Tale conclusione non è contraddetta dalla successiva disposizione contenuta nell'art. 8-*sexies* del D.L. 136/04, convertito in legge 186/04, laddove interpreta l'art. 2 comma 1 del D.L. 341/99 nel senso che: “*l'azienda Policlinico Umberto I di Roma succede nei contratti di durata in essere con la soppressa omonima azienda universitaria esclusivamente nelle obbligazioni relative alla esecuzione dei medesimi successiva alla data di istituzione della predetta azienda Policlinico Umberto I*”: e ciò in quanto – in disparte la sostenibile riconducibilità dei contratti *de quibus* a quelli di durata (cfr. per rifer. anche Cass. n. 2301/04) – dalla predetta disposizione, da leggersi in necessaria correlazione con la norma interpretata, non pare corretto desumere che siasi voluto escludere la successione della predetta azienda nelle obbligazioni con scadenza successiva alla sua istituzione, derivanti da contratti finalizzati alla costruzione di strutture destinate ad attività assistenziali, trasferite alla azienda neo costituita.

Privo di pregio, infatti, sembra l'argomento, pur utilizzato dall'Azienda, che nessun subentro sarebbe possibile in quanto la titolarità dei suddetti mutui era in capo alla Università e non alla azienda universitaria, posto che la azienda universitaria medesima non possedeva la necessaria personalità giuridica per accedere al finanziamento, ma che tali contratti furono stipulati nell'esclusivo scopo di realizzare strutture destinate alle attività assistenziali svolte da tale azienda, pur non personificata.

Le stesse motivazioni di cui sopra, poi, sembrerebbero escludere i debiti suddetti dalla massa passiva prevista *ex art.* 2 comma 3 del citato D.L. 453/99, da determinarsi alla data di cessazione dell'azienda universitaria e, quindi, non compatibile con il meccanismo genetico delle obbligazioni provenienti da mutuo di scopo come sopra delineate. Tanto che, come codesta Società rileva, a quella data "*non sussisteva alcuna morosità*" (né poteva, appunto, sussistere) da insinuare in tale passivo, poiché trattandosi di contratto in corso lo stesso doveva intendersi ricompreso nella previsione di cui al precedente comma 1.

Quanto sopra, dunque, presuppone, peraltro, quale necessaria premessa l'avvenuto trasferimento delle strutture finanziate al patrimonio del nuovo ente, dovendosi in caso contrario ritenere che verrebbe meno il collegamento giuridico tra l'obbligo restitutorio e lo scopo dei finanziamenti sottostante ai mutui stessi.

Pertanto, assume fondamentale rilievo l'accertamento già richiesto dalla Scrivente a codesta Società (con nota prot. 29969 del 13 marzo 2006, solo parzialmente riscontrata con nota prot. LEG/P971/06 del 9 ottobre 2006) ed avente ad oggetto:

- se siasi provveduto al trasferimento dei beni immobili dalla Università al nuovo soggetto costituito e se sia stato predisposto l'elenco dei beni così trasferiti (indicando, in caso positivo, per ogni struttura trasferita il relativo, o i relativi se più di uno, contratto di finanziamento);
- se i finanziamenti suddetti siano stati concretamente ed interamente utilizzati, od in quale misura, per le opere di edilizia ospedaliera relative agli immobili trasferiti ed – eventualmente – elencati;
- se i rapporti per la realizzazione delle opere siano esauriti, ed in quale data, o se invece residuino lavorazioni da eseguire o contenziosi in corso o riserve non ancora trattate.

Accertato e comunicato quanto sopra, dovrà poi procedersi ad aggiornare, alla data il più possibile vicina alla citazione che si andrà a notificare, la somma complessivamente dovuta dalla debitrice, con accessori legali, nella rappresentata distinzione tra crediti propri di codesta Società e crediti afferenti al Ministero dell'Economia e delle Finanze.

Pertanto, si rimane in attesa di quanto richiesto e, salvo avviso contrario di codesta Cassa, si provvederà a intraprendere l'azione di recupero richiesta nei soli confronti dell'Azienda di nuova costituzione, riservandosi all'esito delle difese da questa proposte, ogni valutazione in merito all'eventuale coinvolgimento, in secondo momento e se del caso in via cautelativa e subordinata, anche dell'Università (...).

# D O T T R I N A

## **Il giudizio di ottemperanza secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato e della Corte costituzionale**

*di Pasquale Fava<sup>(\*)</sup>*

*SOMMARIO: 1.- L'ottemperanza come strumento processuale costituzionalmente necessario. 2.- L'evoluzione storica della normativa. 3.- La natura giuridica del giudizio di ottemperanza: un caso di giurisdizione di merito da valutare differenziando le sentenze dell'A.G.O. da quelle del G.A. 4.- Inerzia, violazione ed elusione del giudicato. 5.- Il rito dell'ottemperanza.*

### *1. L'ottemperanza come strumento processuale costituzionalmente necessario*

Il giudizio di ottemperanza (1) costituisce il rimedio processuale che consente di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale innanzi all'inadempimento totale, parziale o "mascherato" dell'obbligo dell'Amministrazione di conformarsi alle decisioni della magistratura, consentendo al privato vittorioso di conseguire l'utilità derivante dalla pronuncia giurisdizionale illegittimamente negata dalla P.A.

---

<sup>(\*)</sup> Giudice della Corte dei Conti.

Il presente contributo è destinato ad essere pubblicato nelle "Lezioni di diritto processuale amministrativo" a cura del Prof. Giuseppe Morbidelli.

(1) Tra i principali contributi scientifici intervenuti sul giudizio di ottemperanza A.A.V.V., *Atti del convegno sull'adempimento del giudicato amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1962; A.A.V.V., *Il giudizio di ottemperanza* (Atti del XXVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione - Varenna 1981), Milano, Giuffrè, 1983; ABBAMONTE G. - LASCHENA R., *Giustizia amministrativa*, 501-526; AZZARITI G., *In tema di proponibilità del*

L'ottemperanza, in tal modo, attua i principi costituzionali del diritto di difesa sanciti negli articoli 24 (1° co.), 103 (1° co.), 111(1° co.) e 113 (1° co.)

---

*giudicato di ottemperanza avverso una decisione amministrativa non ancora passata in giudicato*, in *Rass. Avv. Stato*, 1969, I, 1095; BENVENUTI F., *Giudicato (dir. amm.)*, *Encl. Dir.*, Vol. XVIII, 1969, 893; CAIANIELLO V., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, UTET, 2003, 973-1024; CALABRÒ C., *Il giudizio di ottemperanza*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma (IPZS), 1981, 965; ID., *Giudizio amministrativo per l'ottemperanza ai giudicati*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Vol. XV, Roma, 1989; ID., *Giudicato (Diritto Processuale Amministrativo)*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Vol. XV, Roma, 2002; CAMMEO F., *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1911, 310 ss.; ID., *Diritti patrimoniali ed esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato e della G.P.A.*, in *Giur. It.*, 1931, III, 42; ID., *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato e della G.P.A.*, in *Giur. It.*, 1937, III, 65; CANNADA BATOLI E., *Appunti sul contraddittorio nel processo ex art. 27, n. 4, della legge sul Consiglio di Stato*, in *Riv. Trim. dir. e Proc. Civ.*, 1960, 1553; ID., *Della profetica esecuzione di successivo giudicato*, in *Foro Amm.*, 1969, II, 207; CASSESE S., *L'esecuzione forzata*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1991, 173; CLARICH M., *Giudicato e potere amministrativo*, CEDAM, 1989; ID., *L'effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1998, 523; CORSARO A., *Giudizio di ottemperanza ed effettività della tutela*, in *Foro Amm. – Cons. Stato*, 2007, 1053; FERRARA L., *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, Milano, 2003; FORTI U., *Il ricorso al Consiglio di Stato contro il mancato adempimento dell'obbligo della autorità amministrativa di conformarsi al giudicato della autorità giudiziaria ordinaria*, in *Riv. Prat. Dir. Giur.*, 1904 (poi in *Studi di diritto pubblico*, II, 1937, 217); GIANNINI M.S., *Contenuto e limiti del giudizio di ottemperanza*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1960, 442; GUICCIARDI E., *L'obbligo dell'Autorità amministrativa di conformarsi al giudicato dei tribunali*, in *Arch. Dir. Pubbl.*, 1938, 250; LUCE A., *Ancora sul giudizio di ottemperanza*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1995, 786; MALINCONICO G., *L'impugnazione degli atti commissariali nel giudizio di ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1993, 465; MAZZAROLLI L., *Il giudizio di ottemperanza oggi: risultati concreti*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1990, 266; MELE E., *I limiti dell'amministrazione nell'esecuzione del giudicato*, in *Foro Amm.*, 1986, 2716; NIGRO M., *Sulla natura giuridica del processo di cui all'art. 27, n. 4, della legge sul Consiglio di Stato*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1954, 228; ID., *L'esecuzione delle sentenze di condanna della Pubblica Amministrazione*, in *Foro it.*, 1965, V, 57; ID., *Giustizia amministrativa*, 4a ed. (a cura di Cardì E. e Nigro A.), Bologna, Il Mulino, 1994, 312-324; PAJNO A., *Il giudizio di ottemperanza come processo di esecuzione*, in *Foro Amm.*, 1987, 1645; PATRONI GRIFFI F., *Il giudicato amministrativo e la sua ottemperanza*, in MORBIDELLI G., *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2005, 794-827; PELILLO S., *Il giudizio di ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1990; RANELLETTI O., *Sulla esecuzione in via amministrativa delle decisioni del Consiglio di Stato e delle Giunte provinciali amministrative*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1951, 76; SAITTA F., *Il giudice dell'ottemperanza*, Milano, 1991; ID., *Sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 2005, 293-353; SALVATORE P., *Il giudizio di ottemperanza nella evoluzione giurisprudenziale*, in *Studi in memoria di F. Piga*, I, Milano, 1992, 855; SANDULLI A.M., *Il problema dell'esecuzione delle pronunce del giudicato amministrativo*, in *Dir. e società*, 1982, 19; SATTA F., *L'esecuzione del giudicato amministrativo di annullamento*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1967, 947; ID., *Giustizia amministrativa*, 1997, 499-506; SCHINAIA M.E., *I poteri del giudice amministrativo nella fase dell'esecuzione delle sue decisioni da parte dell'Amministrazione*, relazione tenuta nel colloquio svoltosi ad Atene nei giorni 11-14 ottobre 2003 con il Consiglio di Stato di Grecia, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); COCA F.G.,

della Costituzione che impongono al Legislatore di predisporre gli strumenti tecnici che assicurino al privato l'utilità vantata che vada oltre la mera pronuncia di cognizione, risolvendosi nell'attuazione effettiva della pretesa attivata dal privato avverso gli atti ed i comportamenti della P.A. impugnati e/o contestati.

Come ha rilevato il Giudice delle leggi “*una decisione di giustizia che non possa essere portata ad effettiva esecuzione [...] non sarebbe che un'inutile enunciazione di principi, con conseguente violazione degli art. 24 e 113 Cost., i quali garantiscono il soddisfacimento effettivo dei diritti e degli interessi accertati in giudizio nei confronti di qualsiasi soggetto*” (2). È, quindi, necessario imporre in capo all'Amministrazione un obbligo di conformazione al giudicato che “*consiste nell'attuazione di quel risultato pratico, tangibile, riconosciuto come giusto e necessario dal giudice*” a fronte del cui inadempimento “*la previsione di una fase di esecuzione coattiva delle decisioni di giustizia, in quanto connotato intrinseco ed essenziale della stessa funzione giurisdizionale, deve ritenersi costituzionalmente necessaria*” (3).

---

*Sentenze di ottemperanza e loro appellabilità*, in *Foro it.*, 1979, II, 73; SCOTTO G., *L'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi al giudicato dei tribunali ordinari*, in *Stato civ.*, 1970, 370; TARULLO S., *Esecuzione ed ottemperanza*, in SCOCA F.G., *Giustizia amministrativa*, 2006, 465-481; TRAVI A., *L'esecuzione della sentenza*, in CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo (Diritto amministrativo speciale)*, Tomo V (*Il processo amministrativo*), 2003, 4605-4660; ID., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, GIAPPICHELLI, 2006, 330-338; ID., *Il giudicato amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2006, 912-936; VERRIENTI L., *Giudizio di ottemperanza*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, UTET, 1991, 257-289; ID., *Il giudizio di ottemperanza*, in ROMANO A., *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, CEDAM, 1992, 361-391; VILLATA R., *L'esecuzione del giudicato amministrativo*, Milano, 1968; ID., *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971; ID., *Orientamenti recenti della giurisprudenza in tema di giudizio di ottemperanza*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1993, 170; VIPIANA M.P., *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, Milano, 1990; ID., *Spunti a proposito della reciproca conversione fra ricorso per ottemperanza e ricorso ordinario di mera legittimità*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1990, 254.

(2) C. cost., 8 settembre 1995, n. 419, in *Giur. It.*, 1997, I, 103; in termini C. cost. 15 settembre 1995, n. 435.

(3) C. cost., 8 settembre 1995, n. 419, in *Giur. It.*, 1997, I, 103; in termini C. cost. 15 settembre 1995, n. 435.

Nonostante la descritta funzione costituzionale, l'Adunanza Plenaria ha correttamente ritenuto estendibile il blocco delle procedure esecutive individuali nei confronti degli enti locali per i quali sia intervenuta la dichiarazione dello stato di dissesto finanziario previsto dall'art. 21, 3° co., D.L. 18 gennaio 1993, n. 8 c. L. 19 marzo 1993, n. 68, poi refluita nell'art. 81 D.Lgs. 25 febbraio 1995, n. 77 (disciplina ritenuta costituzionalmente legittima dal Giudice delle leggi in quanto la limitazione della proponibilità delle azioni esecutive è imposta nel quadro di un ragionevole contenimento degli interessi pubblici e privati coinvolti – C. cost. 29 giugno 1995, n. 285) rilevando che “*la pretesa creditoria all'esecuzione forzata non è frustrata, ma è meramente deviata da uno strumento di soddisfacimento individuale verso uno di tipo concorsuale*” atteso che “*l'esigenza di contestuale liquidazione dei debiti degli enti locali nel rispetto del principio della par condicio creditorum costituisce ragione sufficiente di tale meccanismo sostitutorio dello strumento di tutela approntato dall'ordinamento*” (Cons. Stato, A.P., 24 giugno 1998, n. 8).

Con queste pronunce la Consulta ha sancito in via definitiva la conformità a Costituzione della ricostruzione operata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato in relazione alla funzione del giudizio di ottemperanza (*"finalità di adeguare la situazione di fatto a quella di diritto derivante dal giudicato ordinario o amministrativo attraverso il termine medio di un'attività amministrativa sia di natura provvedimentoale, sia di natura meramente adempitiva"*) onde effettivamente *"sopperire alla inerzia, al rifiuto, all'attività elusiva o di incompleto adempimento dell'Amministrazione"* (4)) e al contenuto dei poteri riconosciuti al giudice amministrativo (*"... circa l'ambito e le caratteristiche del giudizio di merito, si può affermare che la sostanziale ragione che indusse il legislatore ad affidare al giudice amministrativo competenza di merito in ordine ai ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo di conformare l'azione amministrativa al giudicato fu certamente quella di consentirgli, perché fosse assicurato siffatto adempimento stante l'inerzia dell'Amministrazione, i più ampi poteri di intervento, diretto o indiretto, volti alla finalità della reintegrazione completa della stessa giuridica del cittadino. E la cognizione estesa al merito consente appunto al giudice di sostituirsi all'Amministrazione inerte ponendo in essere [...] tutti quegli atti che, caso per caso, si presentino necessari allo scopo di rendere conforme al giudicato la situazione dei rapporti tra cittadino e P.A."* (5)).

## 2. L'evoluzione storica della normativa (6)

Il giudizio di ottemperanza fu introdotto limitatamente alle sentenze (passate in giudicato) dell'A.G.O. dall'art. 4, n. 4, della legge 31 marzo 1889, n. 5992 (7) (c.d. legge Crispi) nell'ambito dell'istituzione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato cui vennero attribuite funzioni giurisdizionali.

---

Sotto un altro profilo, pur riconoscendo la natura costituzionalmente necessaria dell'ottemperanza, è stato precisato che la Carta Fondamentale non impone di assicurare la fruibilità dello stesso anche in relazione alle sentenze provvisoriamente esecutive dell'A.G.O. (C. cost., 8 febbraio 2006, n. 44 e Id., 25 marzo 2005, n. 122) nonché, prima della riforma intervenuta con l'art. 10 (1°co.) Legge 21 luglio 2000, n. 205, delle sentenze provvisoriamente esecutive dei TAR (C. cost., 12 dicembre 1998, n. 406).

(4) Cons. Stato, A.P., 9 marzo 1973, n. 1. In termini Cons. Stato, A.P., 14 luglio 1978, n. 23.

(5) Cons. Stato, A.P., 9 marzo 1973, n. 1. In termini Cons. Stato, A.P., 14 luglio 1978, n. 23.

(6) Per ulteriori approfondimenti storici VERRIENTI L., *Giudizio di ottemperanza*, Dig. Disc. Pubbl., Torino, UTET, 1991, 259-263; ID., *Il giudizio di ottemperanza*, in ROMANO A., *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, CEDAM, 1992, 362-365.

(7) La disposizione è stata riprodotta senza alcuna modifica letterale nell'art. 26, n. 5 del T.U. 2 giugno 1889, n. 6166 (che coordinava la legge istitutiva della IV Sezione con la legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. D), nell'art. 23, n. 5, del T.U. 17 agosto 1907, n. 638 (che riordinava la legislazione in vigore con la legge 7 marzo 1907, n. 62 di istituzione della V Sezione del Consiglio di Stato), nell'art. 27 n. 4 del T.U. Cons. Stato e, da ultimo, nell'art. 37 della Legge T.A.R.

Come rilevato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio 9 marzo 1973, n. 1, la legge Crispi riconobbe uno specifico rimedio processuale per reagire avverso la recalcitranza dell'Amministrazione ad adempiere all'obbligo di conformazione al giudicato delle decisioni dell'A.G.O. in cui fosse stata accertata la "violazione di un diritto civile o politico", obbligo che veniva riconosciuto esistente già durante la vigenza della legge di abolizione del contenzioso amministrativo (8) ma che era, tuttavia, incoercibile in considerazione della mancanza di un efficace strumento di tutela giurisdizionale specie alla luce del divieto di repressione degli atti amministrativi imposto all'A.G.O. dagli art. 4 della L.A.C. (9).

L'art. 88 del regolamento di procedura per i giudizi dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato (R.D. 17 agosto 1907, n. 642) confermò che "l'esecuzione delle decisioni si fa in via amministrativa, eccetto che per la parte relativa alle spese", mentre l'art. 27, n. 4), del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato (R.D. 26 giugno 1924, n. 1054) ribadì la giurisdizione di merito del Consiglio di Stato sui "ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi, in quanto riguarda il caso deciso, al giudicato del Tribunale che abbia riconosciuto la lesione di un diritto civile o politico".

Successivamente la giurisprudenza del Consiglio di Stato (10) estese il rimedio anche alle proprie decisioni assunte in sede giurisdizionale anche se le

---

(8) La Plenaria, confermando la praticabilità del rimedio anche in relazione agli accertamenti di natura incidentale sull'illegittimità dei provvedimenti amministrativi ("...non può esservi, invero, alcun dubbio in ordine all'esistenza in ogni caso di un obbligo preciso sia di esecuzione del giudicato sia di ottemperanza ad esso, cioè di uniformare l'azione amministrativa al contenuto della pronuncia principale o incidentale del giudice..."), ha rilevato che "Malgrado la mancanza di una affermazione precisa della sussistenza di un vero e proprio obbligo giuridico dell'Amministrazione di "conformarsi al giudicato" del giudice ordinario e malgrado qualche incertezza in sede dottrina, ben presto si riconobbe che all'Autorità amministrativa l'ordinamento imponeva un vero e proprio obbligo giuridico di porre in essere tutta l'attività amministrativa necessaria per eliminare le situazioni riconosciute contra legem dalla sentenza passata in giudicato, vale a dire, in particolare, di eliminare dal mondo giuridico gli atti riconosciuti incidentalmente illegittimi dal giudice ordinario, ovvero di porre in essere quegli atti necessari per rendere la situazione di fatto conforme a quella diritto" (Cons. Stato, A. P., 9 marzo 1973, n. 1).

(9) L'art. 4 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. E, recita che "...i Tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio"

(10) Cons. Stato, Sez. IV, 9 marzo 1928, n. 181 e n. 182 in *Foro It.*, 1928, III, 102 (un significativo estratto della decisione n. 181 si può leggere anche in VERRIENTI L., *Giudizio di ottemperanza*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, UTET, 1991, 263-263; ID., *Il giudizio di ottemperanza*, in ROMANO A., *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, CEDAM, 1992, 366) e ID., Sez. V, 13 marzo 1931, n. 176 (in *Foro It.*, 31, III, 181).

L'orientamento fu successivamente confermato nella celebre decisione delle Sezioni Unite della Suprema Corte n. 2157/1953 (in *Foro it.*, 53, I, 1081; un estratto significativo della decisione può leggersi anche in VERRIENTI L., *Giudizio di ottemperanza*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, UTET, 1991, 264; ID., *Il giudizio di ottemperanza*, in ROMANO A., *Commen-*

norme richiamate si riferivano esclusivamente ai giudicati dell'A.G.O., fondando il proprio convincimento sulla funzione che l'ordinamento aveva inteso assegnare, nel quadro degli istituti di tutela del cittadino nei confronti dell'Amministrazione, al rimedio previsto dall'art. 27, n. 4, R.D. 26 giugno 1924, n. 1054.

In seguito la giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria (11), superando l'orientamento originario di segno contrario (12), ha esteso l'ottemperanza al

---

*tario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, CEDAM, 1992, 366-367) che affermò che l'esecuzione del giudicato amministrativo costituisce un obbligo dell'amministrazione ad essa imposto nel superiore e generale interesse dell'attuazione della giustizia che si conforma al principio chiovendiano secondo cui il "processo deve dare praticamente a chi ha un diritto tutto quello che egli ha diritto di conseguire".

Le decisioni della Sezione quarta del 1928 costituirono l'anello finale di un'evoluzione giurisprudenziale che aveva avuto inizio con il riconoscimento alle pronunce del Supremo consesso amministrativo dell'idoneità ad assumere autorità di cosa giudicata (Cons. Stato, Sez. IV, 20 aprile 1894, in *Giur. It.*, 1894, III, 161 e Cass. civ., Sez. Un., 12 dicembre 1901, in *Giust. Amm.*).

(11) Secondo la Plenaria (Cons. Stato, A.P., 9 marzo 1973, n. 1), chiarito che presupposto del giudizio di ottemperanza è l'inerzia o il rifiuto dell'Amministrazione di provvedere, non potrebbe negarsi che, anche in relazione all'esecuzione delle sentenze di condanna dell'Amministrazione al pagamento di somme, potrebbe verificarsi una fattispecie non dissimile a quella nella quale, dopo la dichiarazione incidentale di illegittimità dell'atto, occorra che l'Amministrazione ponga in essere l'attività necessaria perché la pronuncia del giudice consegua gli effetti previsti dall'ordinamento e quindi siano concretamente ipotizzabili condotte omissive, rifiuti più o meno formalizzati, oppure esecuzioni meramente apparenti. Anche in relazione alle procedure di spesa l'Amministrazione potrebbe risultare inerte nel porre in essere la necessaria attività amministrativa prevista dalle norme di contabilità pubblica tesa a consentire l'adempimento dell'obbligazione pecuniaria e l'intervento del giudice amministrativo in sede di ottemperanza sarebbe quindi preordinato a sopperire a tali condotte. Ad avviso della Plenaria ancorché tale "attività non sia strettamente di natura provvedimentoale ma semplicemente soddisfatta di un pretesa pecuniaria e adempitiva", quindi coercibile anche attraverso altri strumenti previsti dall'ordinamento (segnatamente l'esecuzione forzata innanzi all'A.G.O.), l'unica differenza tra i due giudizi esecutivi sarebbe costituita dalla circostanza che nel primo il rimedio ex art. 27 n. 4 T.U. Cons. Stato costituirebbe il solo strumento giuridico di reazione nei confronti dell'Amministrazione inerte, mentre nel secondo esso sarebbe concorrente con l'azione esecutiva ordinaria. Quindi il soggetto interessato avrebbe la "possibilità di scegliere tra l'esecuzione forzata ordinaria, secondo le norme del codice di rito, e l'esecuzione in sede amministrativa con il ricorso ex art. 27 n. 4, giacché i due rimedi non sono alternativi, nel senso che l'uno esclude l'altro, ma sono tra loro concorrenti, nel senso che l'uno si aggiunge all'altro ed entrambi possono essere esperiti, anche contestualmente, perché la pretesa creditoria trovi puntuale adempimento in via coattiva" anche perché "l'esaurimento dei fondi di bilancio o la mancanza di disponibilità di cassa non costituiscono legittima causa di impedimento all'esecuzione del giudicato, dovendo l'Amministrazione porre in essere tutte le iniziative necessaria per rendere possibile il pagamento, procedendo alla liquidazione, alla formazione dei mandati, al reperimento dei fondi" e, in mancanza, ben potrebbe il giudice amministrativo adito in sede di ottemperanza assegnare "un termine all'Amministrazione inadempiente perché provveda con contestuale nomina di un commissario ad acta, il quale scaduto inutilmente detto termine, ponga in essere, un ulteriore termine fissato dal giudice, tutti quegli adempimenti contabili anche relativi al reperimento dei fondi, occorrenti alla corresponsabile di somme" (Cons. Stato, A.P., 9 marzo 1973, n. 1).

giudicato di condanna al pagamento di somme di denaro formatosi su decisioni dell'A.G.O., affermando la concorrenzialità del rimedio con l'esecuzione civile (13).

L'art. 37 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, ha confermato il rimedio dettando regole specifiche in materia di competenza (14) mentre gli articoli 10, 1° co., e 3, 1° co., della legge 21 luglio 2000, n. 205, hanno rispettivamente esteso il rimedio alle sentenze dei T.A.R. non sospese in appello e alle ordinanze cautelari (15).

---

(12) Per l'orientamento originario che riteneva inammissibile l'ottemperanza delle sentenze dell'A.G.O. di condanna al pagamento di somme di denaro si richiamano, tra l'altro, Cons. Stato, Sez. IV, 10 aprile 1890; Id., Sez. IV, 26 aprile 1895; Id., Sez. V, 16 novembre 1937, n. 1281; Id., Sez. V, 30 dicembre 1952, n. 1413; Id., Sez. V, 21 dicembre 1957, n. 1226; Id., Sez. V, 30 ottobre 1965, n. 1046; Id., Sez. IV, 23 novembre 1966, n. 841.

(13) Per la concorrenzialità tra l'esecuzione civile e l'ottemperanza si sono schierate numerose decisioni successive (Cons. Stato, Sez. IV, 1° ottobre 2004, n. 6362; Id., Sez. V, 15 aprile 2004, n. 2161; Id., Sez. V, 12 novembre 2001, n. 5788; Id., Sez. IV, 1° settembre 1999, n. 1399). È chiaro che ammettendo la possibilità di incardinare entrambi i giudizi, ove l'interessato sia stato integralmente soddisfatto all'interno di uno dei due processi, quello ancora pendente dovrebbe chiudersi in considerazione della sopravvenuta carenza di interesse alla sua prosecuzione (così Cons. Stato, Sez. V, 15 aprile 2004, n. 2161; Id. Sez. VI, 29 gennaio 2002, n. 480).

(14) Come sarà successivamente rilevato la competenza in materia di giudizio di ottemperanza è pacificamente ritenuta di natura funzionale e inderogabile, pertanto, rilevabile anche d'ufficio e non necessariamente attraverso il regolamento di competenza (Cons. Stato, Sez. IV, 17 luglio 2000, n. 3926; Id., Sez. IV, 22 giugno 2000, n. 3574; Id., Sez. IV, 2 gennaio 1996, n. 14).

(15) Giova ricordare che l'orientamento favorevole all'estensione del rimedio alle sentenze del Consiglio di Stato impugnate con ricorso per Cassazione per motivi di giurisdizione o con ricorso per revocazione ex art. 395 (n. 4 e 5) c.p.c. sostenuto dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (Cons. Stato, A.P., 21 marzo 1969, n. 10, in *Foro Amm.*, 1969, 171, e Cons. Stato, Sez. IV, 24 novembre 1970, n. 901; Id., Sez. IV., 15 maggio 1973, n. 564) fu bocciato dalla Cassazione (Cass. Civ. Sez. Un., 18 settembre 1970, n. 1563, in *Foro It.*, 1970, 2349; Id., Sez. Un., 5 novembre 1973, n. 2863, in *Foro Amm.*, 1974, I, 1, 188; Id., Sez. Un. 7 novembre 1973, n. 2897, in *Cons. Stato*, 1974, II, 125).

Ciò impose il Consiglio di Stato di rimeditare le proprie posizioni in senso conforme alla Corte regolatrice affermando la praticabilità dell'ottemperanza solo in relazione alle sentenze passate in giudicato, dichiarando inammissibili i ricorsi per l'esecuzione proposti in relazione a sentenze dei TAR provvisoriamente esecutive (Cons. Stato, A.P., 23 marzo 1979, n. 12, in *Cons. Stato*, 1979, I, 321; Id., A.P., 10 aprile 1980, n. 10, in *Cons. Stato*, 1980, I, 411; Id., A.P., 19 maggio 1997, n. 9, in *Foro Amm.*, 1998, 1352; Id., Sez. IV, 17 aprile 1990, n. 287).

La questione dell'allargamento dei confini oggettivi dell'ottemperanza si è poi progressivamente spostata alla fruibilità del rimedio in relazione alle sentenze provvisoriamente esecutive pronunciate dai T.A.R. nonché alle ordinanze cautelari.

Sotto quest'ultimo profilo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, pur non etichettando il rimedio come ottemperanza ("il contenuto decisivo dell'ordinanza cautelare non acquista mai quell'efficacia definitiva che, in ordine al caso deciso, ha il giudicato" sicché il giudizio di ottemperanza per l'esecuzione di tali ordinanze non risulta esperibile), ha riconosciuto che qualora la mera adozione dell'ordinanza cautelare non soddisfi le esigenze di

### 3. *La natura giuridica del giudizio di ottemperanza: un caso di giurisdizione di merito da valutare differenziando le sentenze dell'A.G.O. da quelle del G.A.*

L'esecuzione del giudicato (16), specie se afferente l'esercizio di poteri amministrativi, pone il problema di conciliare il principio di separazione dei poteri giudiziario ed esecutivo con quello di garantire un'effettiva tutela giurisdizionale alle legittime pretese dei privati.

---

tutela del ricorrente, a seguito di nuovo ricorso dell'interessato proposto secondo le regole ordinarie, lo stesso giudice pronunciato sulla sospensiva possa adottare tutti gli atti, di natura costitutiva o dichiarativa di obblighi a carico della P.A., che siano idonei ad assicurare l'effettività della tutela cautelare (Cons. Stato, A.P., 30 aprile 1982, n. 6, in *Foro Amm.*, 1982, I, 626; ID., 11 dicembre 1982, n. 12, in *Foro Amm.*, 1982, I, 1212). Lo strumento tecnico per rimediare all'inerzia o l'elusione dell'ordinanza cautelare, pertanto, secondo la giurisprudenza anteriore alla riforma del 2000, non era il ricorso per ottemperanza ex art. 27, n. 4., R.D. 26 giugno 1924, n. 1054, ma un nuovo ricorso in sede cautelare (*inter plures* Cons. Stato, Sez. VI, 2 giugno 1987, n. 350, in *Cons. Stato*, 1987, I, 885) nell'ambito del quale il G.A. avrebbe potuto, con i più ampi poteri sostitutivi di merito, identificare le attività specifiche da compiersi (o compierle direttamente) oppure nominare un commissario *ad acta* che si sostituisca all'Amministrazione in caso di ulteriore inadempienza (così C. cost., 8 settembre 1995, n. 419), con la sola limitazione temporale delle misure adottate (Cons. Stato, A.P., 30 aprile 1982, n. 6). I frutti della descritta evoluzione giurisprudenziale, che, peraltro, si arricchivano della conquista della "sospensibilità" degli atti negativi (Cons. Stato, A.P., 8 ottobre 1982, n. 17), sono stati da ultimo positivizzati dall'art. 3 della legge 21 luglio 2000, n. 205, che ha previsto la possibilità di ottenere che il T.A.R. adotti le opportune disposizioni attuative delle misure cautelari concesse nell'esercizio dei pieni poteri tipici del giudice dell'ottemperanza (in talune ipotesi è stato addirittura utilizzato lo strumento del decreto presidenziale – T.A.R. Lazio, Sez. II *ter*, Decr. Pres. 15 marzo 2001, n. 1828).

Circa la questione dell'esperibilità dell'ottemperanza in relazione alle sentenze provvisoriamente esecutive dei T.A.R. il Giudice delle Leggi, confermando l'orientamento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (Cons. Stato, A.P., 23 marzo 1979, n. 12 e ID., A.P., 1° aprile 1980, n. 10), con sentenza del 12 dicembre 1998, n. 406, ha dichiarato che l'imposizione del più alto grado di certezza derivante dal giudicato per accedere alla tutela esecutiva dell'ottemperanza costituisce esercizio non irragionevole della discrezionalità legislativa attese "*le peculiarità funzionali del giudizio amministrativo (esteso al merito) con potenzialità sostitutive e intromissive nell'azione amministrativa, non comparabili con i poteri dell'esecuzione nel processo civile*". Dopo il chiaro *decisum* del Giudice delle leggi solo una specifica modifica legislativa avrebbe potuto estendere il rimedio alle sentenze provvisoriamente esecutive dei T.A.R. non sospese dal Consiglio di Stato. Il Legislatore, nel quadro della riforma del processo amministrativo, recependo un orientamento innovativo della giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, Sez. IV, 3 maggio 1999, n. 767) che estendeva alle sentenze di primo grado la soluzione già raggiunta per l'esecuzione delle ordinanze cautelari, ha previsto la possibilità di adire nuovamente il T.A.R. per ottenere i provvedimenti idonei ad assicurare l'esecuzione provvisoria della sentenza (art. 10, 1° co., legge 21 luglio 2000, n. 205).

(16) L'esistenza di una sentenza passata in giudicato unitamente alla previa notifica di una diffida e alla presenza di un inadempimento oppure di un atto violativo od elusivo del giudicato è tra i presupposti di ammissibilità del giudizio di ottemperanza.

Il Legislatore, come già succintamente evidenziato, ha assicurato il raggiungimento di quest'ultimo obiettivo introducendo lo strumento dell'ottemperanza che, attribuendo al giudice amministrativo i poteri sostitutivi tipici della giurisdizione di merito, si presenta molto invasivo nei confronti dell'Amministrazione di qui si può comprendere la ragione dei numerosi conflitti di attribuzione sollevati dinanzi alla Corte costituzionale. Difatti, come riconosciuto dalla stessa Adunanza Plenaria (17) il potere del G.A. di adottare direttamente gli atti, i provvedimenti e le misure necessari per il soddisfacimento del ricorrente oppure di indicarli all'Amministrazione assegnandole un termine a provvedere, o ancora, nell'ipotesi di ulteriore inottemperanza, di nominare (o di indicare un soggetto che a sua volta

---

Tuttavia, nell'ipotesi di giudicato formatosi solo nel corso del giudizio di ottemperanza, la giurisprudenza amministrativa più recente, riconoscendo rilevanza al fatto costitutivo sopravvenuto per soddisfare esigenze di economia processuale (Cons. Stato, Sez. IV, 14 ottobre 2004, n. 6673; Id., Sez. VI, 24 settembre 2004, n. 6261; Id., Sez. V, 2 settembre 2002, n. 4394; Id., Sez. IV, 2 dicembre 1999, n. 2049), sembra aver superato l'orientamento tradizionale che, per converso, dichiarava comunque l'inammissibilità del ricorso per carenza originaria di un presupposto processuale (Cons. Stato, Sez. IV, 25 marzo 1996, n. 370; Id., Sez. V, 11 gennaio 1991, n. 15; Id., Sez. V, 29 aprile 1985, n. 208).

Con particolare riferimento agli effetti prodotti dal giudicato amministrativo di accoglimento dell'azione di annullamento si è oramai consolidato l'insegnamento dettato dalla Plenaria nella decisione 22 dicembre 1982, n. 19, secondo cui esso produrrebbe accanto all'effetto caducatorio (eliminazione retroattiva dell'atto impugnato) e all'effetto ripristinatorio (restaurazione dello *status quo* antecedente all'adozione dell'atto annullato) anche l'*effetto ordinatorio o conformativo* ("questo effetto, in particolare si rivolge nei confronti dell'Amministrazione parte del giudizio, affinché questa conformi la propria azione amministrativa al fine di adeguare lo stato di fatto e di diritto alle disposizioni dettate dal giudicato, quasi *reductio ad iustum*, secondo i criteri di legittimazione al provvedimento, di legalità e di corretto esercizio del potere precettivamente indicati nella sentenza").

Nel caso di *giudicato parziale* è stato, altresì, ritenuto (Cons. Stato, A.P., 3 dicembre 1982, n. 18) che quest'ultimo produce sul piano processuale effetti preclusivi della cognizione del giudice di secondo grado (consentendogli l'esame dei soli motivi di legittimità dell'atto devoluti con l'impugnazione parziale della sentenza di primo grado) unitamente ad effetti sostanziali concorrenti con pari autorità con quelli della decisione di appello ai fini della costituzione dei vincoli posti all'ulteriore azione amministrativa, con la conseguenza che l'Amministrazione potrebbe procedere all'esecuzione dei capi definitivi della decisione di primo grado pur in pendenza dell'appello contro le restanti disposizioni della stessa sentenza. Tuttavia, gli atti di ottemperanza emanati in via prodromica in pendenza della definizione delle ulteriori questioni controverse sarebbero necessariamente subordinati, quanto ai presupposti della rinnovazione degli atti annullati, alla compatibilità con il contenuto della decisione d'appello che eventualmente riformi i capi impugnati della sentenza del TAR in considerazione degli effetti espansivi esterni che la riforma produce sugli atti e provvedimenti dipendenti (art. 336 c.p.c.) in via automatica e senza che occorra esperire una specifica impugnazione.

Per l'ammissibilità in relazione al giudicato parziale Cons. Stato, A.P., 9 marzo 1973, n. 1 e Id., A.P., 4 luglio 1978, n. 23.

(17) Cons. Stato, A.P., 14 luglio 1978, n. 23.

nomini) un commissario *ad acta* che si sostituisca all'Amministrazione (18), comporta che “*l'attività sostitutiva del giudice nel procedimento di ottemperanza*”, pur essendo quest'ultimo un “*procedimento giurisdiziona-*

---

(18) Sul punto Cons. Stato, A.P., 9 marzo 1973, n. 1.

La varietà degli strumenti utilizzabili dal giudice dell'ottemperanza esercitando i propri poteri sostitutivi di merito e, in particolare, la possibilità di nominare un commissario *ad acta* (figura introdotta dalla giurisprudenza amministrativa, in carenza di previsioni normative specifiche, sulla falsariga del modello di controllo sostitutivo, facendo leva sull'ampiezza dei propri poteri decisorii) ha trovato un'importante conferma in una celebre pronuncia della Corte costituzionale che, ratificando l'interpretazione della Plenaria, ha confermato la natura giurisdizionale dell'attività esecutiva del giudice dell'ottemperanza (“*il giudice amministrativo, sia che sostituisca la propria decisione all'omesso provvedimento della pubblica amministrazione, che vi era tenuta in forza del giudicato formatosi nei suoi confronti, come più spesso suole accadere quando si tratti di atto vincolato; sia che ingiunga alla amministrazione medesima di provvedere essa stessa, entro un termine all'uopo prefissato e con le modalità specificate in sentenza; sia infine che disponga la nomina di un commissario per l'ipotesi che il termine abbia a decorrere infruttuosamente, esplica sempre attività di carattere giurisdizionale (“decide pronunciando anche in merito”, come si esprime l'art. 27, comma primo, del citato testo unico del 1924, riferendosi testualmente al Consiglio di Stato “in sede giurisdizionale”). Né fa differenza, sotto questo aspetto, quanto all'ipotesi ora da ultimo prospettata, che la nomina del commissario sia operata dal giudice amministrativo direttamente, ovvero attraverso l'interposizione di un organo amministrativo (come nella specie che forma oggetto del presente giudizio), poiché in tal caso a quest'ultimo viene semplicemente demandata la scelta della persona, e non già conferito il potere di agire in via sostitutiva per mezzo di un “suo” commissario, come si verifica invece quando sia l'organo di controllo, di propria iniziativa, ad inviare un commissario ad acta presso amministrazioni sottoposte alla sua vigilanza. Procedendo, pertanto, direttamente o indirettamente, alla nomina di un commissario, il giudice amministrativo non si surroga all'organo di controllo, ma pone in essere un'attività qualitativamente diversa da quella che quest'ultimo avrebbe istituzionalmente il potere-dovere di esplicitare nell'ipotesi di omissione da parte degli enti locali di atti obbligatori per legge, tra i quali rientrano bensì, ma senza esaurirne la specie, quelli da adottare per conformarsi ad un giudicato: potere-dovere che, comunque, preesiste alla pronuncia emessa nel giudizio di ottemperanza ed è da questa indipendente. Ed a sua volta, l'attività del commissario, pur essendo, praticamente, la medesima che avrebbe dovuto essere prestata dall'amministrazione, o in ipotesi da un commissario ad acta inviato dall'organo di controllo, ne differisce tuttavia giuridicamente, perché si fonda sull'ordine contenuto nella decisione del giudice amministrativo, alla quale è legata da uno stretto nesso di strumentalità.” C. cost. 12 maggio 1977, n. 75), dando la stura alla definitiva configurazione del commissario *ad acta* come organo ausiliario del G.A. (Cons. Stato, A.P., 14 luglio 1978, n. 23; Id., Sez. VI, 29 marzo 2001, n. 1871; Id., Sez. IV, 30 marzo 2000, n. 1834; Id., Sez. V, 7 ottobre 1996, n. 1202; Id., Sez. VI, 20 febbraio 1990, n. 274; Id., Sez. IV, 24 gennaio 1985, n. 25; Id., Sez. V, 27 marzo 1981, n. 97) cui seguono i corollari: 1) dell'impugnabilità degli atti di quest'ultimo direttamente al giudice dell'ottemperanza (“*la verifica della corrispondenza dell'operato del commissario ad acta al giudicato va richiesta attraverso un nuovo ricorso per l'esecuzione del giudicato*” Cons. Stato, A.P., 26 agosto 1991, n. 5 – in precedenza la Plenaria aveva similmente ritenuto che gli atti del commissario non fossero impugnabili nelle forme ordinarie ma soggetti al “*costante controllo del giudice di ottemperanza*” da attivare con le forme del rito di cui all'art. 27, n. 4, R.D. 1054/1924 [Cons. Stato, A.P., 14 luglio 1978, n. 23]; conformi Id., Sez.*

le” (sia pure “*sui generis*” in quanto “*si proietta nella fase di realizzazione positiva e pratica della sentenza da eseguire*”), sia “*oggettivamente la stessa che avrebbe potuto e dovuto compiere l’Amministrazione*” venendosi ad inserire “*nel sistema organizzativo e funzionale dell’Amministrazione con un’intrinsecità che può essere ancora maggiore degli atti che il giudice amministrativo può emanare negli altri casi in cui ha giurisdizione di merito*” atteso che “*lo sbocco di tale procedimento è conclusivo e operativo, portando addirittura all’inserimento della determinazione concreta del giudice amministrativo (emessa da lui direttamente o dal commissario ad acta*

---

VI, 14 gennaio 2003, n. 110; ID., Sez. IV, 19 dicembre 2000, n. 6835; ID., Sez. I, 16 dicembre 1998, n. 839; ID., Sez. 28 febbraio 1995, n. 298; ID., Sez. VI, 7 febbraio 1995, n. 153; ID., Sez. V, 27 marzo 1992, n. 259; ID., Sez. VI, 12 novembre 1990, n. 963; ID., Sez. VI, 20 maggio 1987, n. 297) a meno che non si tratti, secondo un certo orientamento giurisprudenziale ampiamente sostenuto in passato e che oggi sembra recessivo in considerazione del grave inconveniente pratico derivante dalla difficoltà di dover distinguere i due diversi ordini di situazioni (così TRAVI A., *L’esecuzione della sentenza*, in CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo (Diritto amministrativo speciale)*, Tomo V (*Il processo amministrativo*), 2003, 4650), di atti del commissario non meramente esecutivi ma autonomi ed ulteriori (per Cons. Stato, Sez. VI, 30 dicembre 2004, n. 8275; ID., Sez. IV, 30 marzo 2000, n. 1834; ID., Sez. V, 15 marzo 1991, n. 262; ID., Sez. V, 15 gennaio 1990, n. 49; ID., Sez. V, 27 novembre 1989, n. 771; ID., Sez. VI, 24 marzo 1988, n. 353; ID., Sez. V, 11 luglio 1985, n. 259; Cons. giust. amm., 11 febbraio 1986, n. 13; ID., 31 maggio 1984, n. 61 si dovrebbe proporre ricorso ordinario in sede di giurisdizione generale di legittimità) oppure, secondo un certo orientamento dottrinale e giurisprudenziale, dell’impugnazione da parte di un terzo rimasto estraneo al processo conclusosi con il giudicato (anche qui per Cons. Stato, Sez. IV, 19 dicembre 2000, n. 6835; ID., Sez. IV, 3 aprile 2001, n. 1999; CAIANIELLO V., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, UTET, 2003, 1012, si dovrebbe proporre ricorso ordinario in sede di giurisdizione generale di legittimità), 2) dell’applicazione analogica della disciplina relativa al compenso dei consulenti tecnici (Cons. Stato, Sez. VI, 1° ottobre 1999, n. 1297; ID., Sez. IV, 30 maggio 2001, n. 2957) nonché 3) dell’impossibilità per l’Amministrazione di annullarli in sede di autotutela (Cons. Stato, Sez. V, 6 ottobre 1999, n. 1332; ID., Sez. IV, 10 giugno 1999, n. 993; ID., Sez. V, 28 febbraio 1995, n. 298; Cons. giust. amm., 11 ottobre 1999, n. 422; secondo Vincenzo Caianiello l’atto di annullamento dell’Amministrazione sarebbe inesistente per straripamento di potere [*Op. cit.*, 1010-1011]; la P.A. sarebbe, tuttavia, legittimata ad impugnarli Cons. Stato, Sez. IV, 27 aprile 2005, n. 1952; ID., Sez. VI, 16 ottobre 2002, n. 5647; ID., Sez. V, 6 ottobre 1999, n. 1332).

Secondo le ricostruzioni minoritarie oramai recessive, per converso, il commissario *ad acta* dell’ottemperanza sarebbe un organo straordinario dell’amministrazione (Cons. Stato, Sez. V, 6 ottobre 1990, n. 70; ID., Sez. VI, 2 ottobre 1980, n. 892) oppure un organo misto, ausiliario del giudice per alcuni aspetti e dell’amministrazione per altri (Cons. giust. amm., 21 dicembre 1982, n. 92).

Il commissario *ad acta* nominato dal giudice dell’ottemperanza si differenzia da quello previsto dall’art. 21-*bis* della legge T.A.R. nell’ambito della speciale procedura di impugnazione del silenzio dell’Amministrazione, atteso che qui, mancando il rinvio alla disciplina del rito di cui all’art. 27, n. 4 T.U.C.D.S., si assiste ad una c.d. “ottemperanza anomala o speciale” cui si accede a prescindere dal passaggio in giudicato e, soprattutto, si ammette l’intervento del commissario nell’ambito del medesimo processo, senza bisogno di un ricorso *ad hoc*, essendo sufficiente una semplice istanza al giudice che ha dichiarato l’illegittimi-

da lui appositamente nominato) nelle linee funzionali di svolgimento dell'azione amministrativa" (19).

Successivamente la Plenaria ha reiteratamente confermato il proprio precedente orientamento ribadendo che *"in sede di ottemperanza il giudice adito esplica, sotto forme giurisdizionali, una attività di natura in effetti amministrativa, giacché l'oggetto del suo giudizio sta non nella risoluzione di una controversia bensì nel compimento – diretto o a mezzo di commissario ad acta appositamente nominato – di attività sostitutiva dell'Amministrazione"* (20).

Come in precedenza rilevato l'Amministrazione è tenuta a conformarsi alle decisioni della magistratura. Quest'obbligo sussiste indipendentemente dalla fruibilità del rimedio dell'ottemperanza (21) in quanto *"non vi è coin-*

---

tà del silenzio. Per tali ragioni è stato di recente ritenuto che questo commissario non sia un ausiliario del giudice ma un *organo straordinario dell'Amministrazione* che *"viene a disporre di uno spazio di libertà sicuramente sconosciuto all'analoga figura nominata in sede di esecuzione al giudicato"* in quanto *"non vi è, infatti, una vera e propria sentenza di ottemperanza, ma un semplice atto di nomina, con cui il giudice non dice all'amministrazione come deve provvedere, ma demanda tutto all'organo amministrativo straordinario che è il commissario"* (Cons. Stato, Sez. VI, 25 giugno 2007, n. 3602).

Circa i poteri spettanti al commissario *ad acta* nominato dal giudice dell'ottemperanza, di recente quest'ultimo è stato ritenuto legittimato a stipulare un atto di transazione con il ricorrente con la conseguente inammissibilità del giudizio (Cons. giust. amm. 2 marzo 2007, n. 141; sotto il profilo strettamente processuale giova rilevare che la pronuncia di rito avrebbe dovuto essere non di inammissibilità ma di improcedibilità, atteso che la carenza di interesse non era originaria ma sopravvenuta nel corso del giudizio; peraltro, neanche una pronuncia di cessazione della materia del contendere sarebbe stata corretta in quanto nella transazione il requisito dell'*aliquid datum – aliquid retentum* esclude ontologicamente l'integrale soddisfacimento delle ragioni del ricorrente).

(19) Cons. Stato, A.P., 9 marzo 1973, n. 1.

(20) Cons. Stato, A.P., 29 gennaio 1980, n. 2.

L'anno prima la stessa Plenaria aveva sancito l'inammissibilità dei ricorsi per ottemperanza di decisioni del G.A. non passate in giudicato formale (art. 324 c.p.c) in considerazione del fatto che l'attivazione dei poteri della giurisdizione di merito che può condurre *"all'inserimento della determinazione concreta del giudice amministrativo nelle linee funzionali di svolgimento dell'azione amministrativa"* richiede il *"raggiungimento del massimo grado di certezza (formazione della "res giudicata")"*. Quest'orientamento, ribadito dalla stessa Plenaria con la decisione 1° aprile 1980, n. 1, verrà, poi, recepito dalla Corte costituzionale nelle pronunce dichiarative della legittimità costituzionale delle disposizioni che non consentivano di avvalersi dell'ottemperanza in relazione alle pronunce provvisoriamente esecutive dei TAR (C. cost., 12 dicembre 1998, n. 406) come pure di quelle che ne escludevano la fruibilità in riferimento alle sentenze provvisoriamente esecutive dell'A.G.O. (C. cost., 25 marzo 2005, n. 122 e Id., 8 febbraio 2006, n. 44).

(21) Già prima dell'introduzione del giudizio di ottemperanza da parte della legge Crispi l'orientamento prevalente affermava l'esistenza di un obbligo di conformazione alle decisioni dell'A.G.O.

Analogamente un obbligo simile è stato ritenuto sussistere in capo all'Amministrazione in relazione alle sentenze provvisoriamente esecutive dei TAR e alle ordinanze cautelari anche prima dell'introduzione delle modifiche della legge T.A.R. a cura della legge 205/00 che hanno esteso il rimedio a queste ipotesi.

*cidenza tra l'ambito della esecutività delle decisioni e quello del giudizio d'ottemperanza*" (22). Il principio può essere considerato ancora valido, pur se, a seguito della riforma del 2000 (23), il segnalato disallineamento – che resta per le sentenze dell'A.G.O. – è venuto meno in relazione a quelle provvisoriamente esecutive e alle ordinanze cautelari dei TAR (non sospese in appello), atteso che è ancora vivo il dibattito sui nuovi rimedi introdotti se essi costituiscano un autentico giudizio di ottemperanza, oppure se si tratti di un *“suo surrogato nel quale il giudice disporrebbe appunto di quei poteri senza che ci sia un normale ricorso per l'ottemperanza”* (24).

Quasi a sancirlo icasticamente sin dal 1907 (momento storico in cui non era ancora stato affermato il principio della possibilità di ottemperare le decisioni del G.A. essendo lo strumento ancora limitato a quelle dell'A.G.O.) fu previsto che tutte le decisioni del G.A. avrebbero dovuto contenere nel dispositivo, a pena di nullità, l'ordine all'Autorità amministrativa di compiere tutte le attività esecutive necessarie per conformarsi al *decisum* (art. 65, 1° co., n. 5, R.D. 17 agosto 1907, n. 642).

In linea generale, peraltro, l'ordinamento prevede il reato di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice di cui all'art. 388 c.p. che, per la verità, appare difficilmente configurabile in relazione alle condotte di mera inottemperanza non dolosa della P.A. (25).

L'obbligo di conformazione alle decisioni della magistratura si concreta innanzitutto nel divieto di adottare lo stesso provvedimento inficiato dai vizi

(22) Cons. Stato, A.P., 23 marzo 1979, n. 12.

In termini Cons. Stato, A.P., 2 giugno 1983, n. 15, secondo cui *“poiché col ricorso per l'esecuzione del giudicato si chiede al Consiglio di Stato che la P.A. operi in modo da rendere la situazione di fatto conforme a quella di diritto sancita da un giudicato, il suo presupposto è una sentenza passata in giudicato, non già l'espressa comminatoria di esecuzione forzata che inerisce specificamente alle sentenze di condanna”* (l'Adunanza Plenaria si allineò, in questo modo, alla giurisprudenza della Suprema Corte che aveva in più occasioni sancito la necessità della formazione del giudicato – Cass. civ., Sez. Un., 18 settembre 1970, n. 1563, in *Foro It.*, 1970, 2349; Id., Sez. Un., 5 novembre 1973, n. 2863, in *Foro Amm.*, 1974, I, 1, 188; Id., Sez. Un. 7 novembre 1973, n. 2897, in *Cons. Stato*, 1974, II, 125 – ribaltando l'orientamento originario del Consiglio di Stato che aveva ritenuto ammissibile l'ottemperanza nei confronti delle proprie decisioni impugnate con ricorso per cassazione o revocazione – Cons. Stato, A.P., 21 marzo 1969, n. 10, in *Foro Amm.*, 1969, 171, e Cons. Stato, Sez. IV, 24 novembre 1970, n. 901; Id., Sez. IV., 15 maggio 1973, n. 564).

La posizione espressa dalla Plenaria nel 1979 e nel 1983 è stata confermata dalla Corte costituzionale nelle decisioni in cui ha rigettato le questioni di legittimità costituzionale della disciplina del rito dell'ottemperanza nella parte in cui non estendevano il rimedio alle sentenze provvisoriamente esecutive del G.A. (C. cost., 12 dicembre 1998, n. 406) e dell'A.G.O. (C. cost., 15 marzo 2005, n. 122; Id., 8 febbraio 2006, n. 44).

(23) Art. 3, 1° co., e 10, 1° co., della legge 21 luglio 2000, n. 205.

(24) ROMANO A., *Art. 33, l. 6 dicembre 1971, n. 1034*, in *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, 964.

(25) Sui tratti morfologici della fattispecie penale incriminatrice, da ultimo, Cass. pen. Sez. un., 5 ottobre 2007, n. 36692.

accertati dal giudice (c.d. effetto preclusivo) (26), pur se in caso di annullamento per vizi formali o di motivazione è ritenuto legittimo il nuovo provvedimento di contenuto sostanzialmente identico a quello caducato purché lo stesso sia stato emendato dai vizi riscontrati (27).

Accanto al descritto effetto preclusivo, il giudicato produce, altresì, un effetto ripristinatorio e conformativo (28). Per esempio, a seguito di un annullamento di un atto espropriativo (interesse oppositivo) l'Amministrazione è tenuta a restituire il bene al privato, mentre in caso di accertamento dell'illegittimità dell'inerzia tenuta dalla P.A. su un'istanza proposta dal privato (interesse pretensivo) la stessa è tenuta a reconsiderarla in relazione alle linee di indirizzo fornite dal giudice. In questi casi la decisione obbliga la P.A. a porre in essere tutte quelle attività materiali e giuridiche che siano idonee a soddisfare pienamente la pretesa del privato secondo il contenuto precettivo del giudicato (29). Tali effetti non costituiscono prerogativa esclusiva del giudicato

---

(26) Il principio è *ius receptum (inter plures)* Cons. Stato, Sez. V, 10 ottobre 1984, n. 78, in *Cons. Stato*, 984, I, 354).

(27) Il principio in base al quale il giudicato di annullamento per vizi formali dell'atto impugnato non elimina né riduce il potere dell'amministrazione di provvedere di nuovo anche negativamente in ordine all'oggetto dell'atto di annullamento, imponendo solo di esplicitare i motivi posti a fondamento della nuova determinazione sfavorevole è *ius receptum (inter plures)* Cons. Stato, Sez. VI, 11 marzo 1998, n. 270; *Id.*, Sez. VI, 3 luglio 1981, n. 375, in *Cons. Stato*, 1981, I, 831).

Con particolare riferimento alla tutela degli interessi pretensivi l'Amministrazione, quindi, ben potrebbe confermare il rigetto dell'istanza del privato per motivazioni nuove mai esternate nel precedente provvedimento e, a seguito di un eventuale nuovo annullamento, reiterare il rigetto fondandolo su ragioni nuove.

Per evitare tali atteggiamenti ostruzionistici e dilatori si è fatto largo nella giurisprudenza amministrativa un orientamento (allo stato isolato) che impone all'Amministrazione in sede di attuazione del giudicato di sollevare tutte le ragioni ostative rilevanti, di guisa che, in caso di illegittimità anche del secondo provvedimento, la P.A. non potrebbe dedurre nuovi motivi a sostegno del diniego, con la conseguenza che il terzo provvedimento potrebbe essere ritenuto emanato in carenza di potere e suscettibile direttamente di ricorso per ottemperanza con attribuzione al G.A. di poteri di merito che gli consentirebbero di assicurare l'effettivo soddisfacimento del privato con il sindacato diretto sulla fondatezza dell'istanza presentata (Cons. Stato, Sez. VI, 3 dicembre 2004, n. 7858; *Id.*, Sez. VI, 6 febbraio 1999, n. 134; Cons. giust. amm., 28 gennaio 2002, n. 49). Questa tesi, allo stato minoritaria, sembra essere stata seguita da alcuni T.A.R. (T.A.R. Liguria, Sez. I, 13 maggio 2003, n. 627, in *TAR*, 2003, I, 1007; *Id.*, Sez. I, 21 febbraio 2002, m. 174, in *Foro Amm.-T.A.R.*, 2002, 436; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 27 febbraio 2002, n. 842, in *Urb. App.*, 2002, 955; T.A.R. Calabria, Sez. II, 7 giugno 2002, n. 1604, in *Foro Amm. - T.A.R.*, 2002, 2184).

(28) Il Consiglio ha chiarito che il giudicato amministrativo ha un contenuto complesso che accanto all'effetto demolitorio e ripristinatorio, entrambi rivolti al passato, comprende l'effetto conformativo che, rivolto al futuro, s'invera nel vincolo posto all'attività amministrativa di riedizione del potere (Cons. Stato, Sez. IV, 7 marzo 1994, n. 219).

(29) È stato, difatti, ritenuto che *“l'amministrazione, che a seguito del giudicato, rinnovi le sue determinazioni, deve in primo luogo uniformarsi alle indicazioni rese dal giudi-*

amministrativo, ma conseguono anche al giudice dell'A.G.O. pur se quest'ultimo non può, di regola, contenere statuizioni caducatorie limitandosi i poteri del giudice ordinario alla mera disapplicazione degli atti illegittimi (30).

L'Amministrazione, tuttavia, potrebbe rimanere inerte in tutto o in parte oppure porre in essere un'attività elusiva delle statuizioni della pronuncia giurisdizionale che si presenti formalmente in linea con le medesime ma nella sostanza ne tradisca lo spirito, ovvero anche atti chiaramente violativi dei vincoli puntuali imposti dal giudice.

La decisione che accerti la spettanza di un diritto (giurisdizione dell'A.G.O. o del G.A. in sede esclusiva) oppure l'illegittimo esercizio del potere che abbia pregiudicato un interesse legittimo oppositivo o pretensivo (giurisdizione solitamente del G.A.), con le relative statuizioni, secondo i casi, dichiarative, costitutive o di condanna, deve poter essere messa ad esecuzione dalla parte vittoriosa anche a fronte di tali atti d'inadempimento dell'obbligo di attuare e conformarsi alle decisioni della magistratura incombenente sull'Amministrazione.

L'ambito dei poteri del giudice dell'ottemperanza e i presupposti processuali richiesti per l'ammissibilità del ricorso, tuttavia, differiscono secondo che si chieda l'esecuzione di decisioni dell'A.G.O. o del giudice amministrativo.

In primo luogo, nel caso dell'ottemperanza alle sentenze dell'A.G.O. è richiesto, a pena di inammissibilità, il passaggio in giudice della sentenza che costituisce presupposto di ammissibilità del ricorso ritenuto costituzionalmente ragionevole dalla Consulta (31).

In secondo luogo, il giudice amministrativo, contrariamente a quanto gli è consentito nel caso dell'ottemperanza alle proprie decisioni, non può completare il contenuto eventualmente lacunoso della pronuncia dell'A.G.O. perché in tale ipotesi verrebbe ad incidere su situazioni soggettive estranee all'ambito della propria giurisdizione (32).

Si ritiene, quindi, correttamente, che il giudizio di ottemperanza in relazione alle sentenze dell'A.G.O. abbia natura di stretta esecuzione.

---

*ce e condizionare la propria valutazione ai limiti di rilevanza sostanziale della posizione soggettiva consolidata nella sentenza. In secondo luogo deve diligentemente prendere in esame la situazione controversa nella sua complessiva estensione, valutando non solo i profili oggetto della decisione giudiziale di annullamento, ma anche quegli altri che possano essere comunque rilevanti per provvedere definitivamente sull'oggetto della pretesa: ciò perché la consapevole omissione di alcuni di essi può concretare un atteggiamento comunque elusivo del giudice, finalizzato a differire l'attuazione della decisione nella sua portata sostanziale*" (Cons. Stato, Sez. V, 13 marzo 2000, n. 1328).

(30) Sulla distinzione tra sentenza civile ed amministrativa PATRONI GRIFFI F., *La sentenza amministrativa*, in CASSESE S., *Trattato di diritto amministrativo (Diritto amministrativo speciale)*, Tomo V (*Il processo amministrativo*), Milano, 2003, 4457-4489.

(31) C. cost., 25 marzo 2005, n. 122; Id., 8 febbraio 2006, n. 44.

(32) Cons. Stato, A.P., 17 gennaio 1997, n. 1; Id., Sez. IV, 4 marzo 2003, n. 1190; Id., Sez. IV, 1° marzo 2001, n. 1143; Id., Sez. VI, 6 maggio 1998, n. 663.

Viceversa, nell'ipotesi dell'ottemperanza alle decisioni dello stesso G.A., essendo stato ampiamente riconosciuto (33) che il giudice dell'esecuzione possa integrare la decisione da ottemperare che, anzi, di regola si pre-

---

(33) Cons. Stato, A.P., 15 marzo 1989, n. 7 (“*il giudizio di ottemperanza risponde all'esigenza di garantire un'azione amministrativa che si conformi alla decisione del giudice amministrativo; questa, se anche non ha i caratteri di puntualità e precisione propri delle pronunce del giudice civile costituenti titolo esecutivo, è un giudicato che vincola pur sempre il successivo comportamento della P.A. Tale peculiarità del giudizio di ottemperanza, che esclude la sua assimilazione al processo di esecuzione disciplinato dal codice di procedura civile, implica la possibilità che nel corso del procedimento previsto dall'art. 27, n. 4 T.U. n. 1054 del 1924 si pervenga ad una interpretazione integrativa del comando contenuto nella sentenza passata in giudicato*”). In termini Cons. Stato, A.P., 8 ottobre 1985, n. 19.

Più recentemente la Plenaria (Cons. Stato, A.P. 17 gennaio 1997, n. 1, in *Cons. Stato*, 1997, I, 1) ha ribadito il proprio orientamento precisando che l'interpretazione integrativa non è possibile in sede di ottemperanza di decisioni di giudici diversi da quello amministrativo ove la questione involga materia rimessa all'altrui giurisdizione. In linea con la richiamata giurisprudenza tradizionale e prevalente quest'ultima decisione ha, quindi, confermato che nel giudizio di ottemperanza il giudice amministrativo può adottare una statuizione analoga a quella che potrebbe emettere in un nuovo giudizio di cognizione, risolvendo eventuali problemi interpretativi, che sarebbero comunque devoluti alla propria giurisdizione, ma “*non può esercitare analoghi poteri di integrazione allorché la sentenza da eseguire sia stata adottata da un giudice appartenente a un diverso ordine giurisdizionale e la questione rientri nella giurisdizione di quest'ultimo*”.

L'orientamento della giurisprudenza amministrativa è stato confermato dalle Sezioni Unite della Suprema Corte (Cass. civ., Sez. Un., 30 giugno 1999, n. 376).

Il riconosciuto potere integrativo dà luogo, quindi, ad un giudizio di ottemperanza di natura mista (necessariamente di esecuzione ed eventualmente di cognizione) in cui possono convergere statuizioni decisorie di natura meramente esecutiva con altre di cognizione dando luogo, in relazione a queste ultime, a quello che è stato icasticamente definito il “giudicato a formazione progressiva” (etichetta utilizzata, da ultimo, da Cons. Stato, Sez. VI, 16 ottobre 2007, n. 5409, che recepisce pienamente l'elaborazione di Nigro specie laddove fondandosi sul presupposto che “*la regola posta dal giudicato amministrativo è una regola implicita, elastica, incompleta, che spetta al giudice dell'ottemperanza completare*” e che “*il giudice amministrativo – diversamente da quanto accade in caso di sentenze rese dal giudice di un altro ordine – ha il potere di integrare il giudicato, nel quadro degli ampi poteri, tipici della giurisdizione estesa al merito*”, afferma l'esistenza del “*giudicato a formazione progressiva*”).

Facendo leva sui poteri integrativi del giudice dell'ottemperanza si è ammessa la possibilità di proporre un'azione restitutoria volta a condannare l'Amministrazione a porre in essere un *facere* specifico in esecuzione del giudicato di annullamento (Cons. Stato, A.P., 29 aprile 2005, n. 2).

Nonostante i menzionati poteri di integrazione, l'orientamento prevalente della giurisprudenza amministrativa ha, per converso, correttamente escluso l'esperibilità di un'azione risarcitoria per equivalente per la prima volta in sede di ottemperanza, rilevando la necessità di un sindacato giurisdizionale ad istruttoria completa, articolato sul doppio grado di giudizio ed improntato al rispetto del principio del contraddittorio, in merito alla ricorrenza degli elementi costitutivi dell'illecito (Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2006, n. 861; *Id.*, Sez. VI, 8 marzo 2004, n. 1080; Sez. V, 7 aprile 2004, n. 1980; *Id.*, Sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3332; *Id.*, Sez. IV, 8 ottobre 2001, n. 5312; *Id.*, Sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239; *Id.*, Sez.

senta lacunosa (34), si è affermato che il giudizio abbia natura mista (necessariamente di esecuzione ed eventualmente di cognizione) (35).

Difatti, a differenza delle sentenze dell'A.G.O., dalle decisioni del G.A., afferendo queste ultime più strettamente all'esercizio del potere funzionale spettante alla P.A., nasce solo un obbligo di conformazione ed ottemperanza non potendo il G.A. imporre all'Amministrazione di tenere una certa attività. Residua sempre, quindi, in capo all'Amministrazione un certo margine di libertà decisionale nell'attuazione del *decisum* che è tanto più ampio quanto maggiore è il potere discrezionale riconosciuto dalla norma attributiva del potere. Allo stesso modo in caso di annullamento per soli vizi formali l'Amministrazione ben potrà adottare un provvedimento del medesimo contenuto sostanziale che sia immune dai vizi riscontrati in sede giurisdizionale.

Le decisioni del G.A., specie ai fini dell'esecuzione, si differenziano rispetto a quelle dell'A.G.O. caratterizzandosi per la maggiore importanza sostanziale della motivazione rispetto al dispositivo. Difatti, l'Amministrazione per comprendere come orientare la propria (doverosa) attività di conformazione dovrà andare a interpretare e valutare la motivazione della decisione alla luce delle censure articolate nei motivi di ricorso e accolte dal giudice amministrativo.

---

1° febbraio 2001, n. 396), con l'eccezione dei danni derivanti dalla violazione del giudicato maturatisi dopo l'annullamento (Cons. Stato, Sez. Sez. VI, 8 marzo 2004, n. 1080; ID., Sez. IV, 6 ottobre 2003, n. 5820; ID., Sez. V, 28 febbraio 2006, n. 861). La posizione contraria, attualmente minoritaria, inaugurata da una decisione del T.A.R. Campania, Napoli (Sez. I, 19 settembre 2001, n. 4485), è stata sostenuta dalle Sezioni quarta e quinta del Consiglio di Stato (Cons. Stato, Sez. V, 25 febbraio 2003, n. 1077 e ID., Sez. IV, 30 gennaio 2006, n. 290) e persino da una contestatissima pronuncia delle Sezioni Unite [Cass. civ., Sez. Un., 23 gennaio 2006, n. 1207 – per l'analisi del forte attrito determinato da questa sentenza con la Plenaria (Cons. Stato, A.P., 26 agosto, 1991, n. 5; ID., A.P., 29 aprile 2005, n. 2 e ID., 16 novembre 2005, n. 9) anche in relazione alla questione pregiudiziale di giurisdizione relativa all'azione risarcitoria autonoma sia consentito rinviare a Fava P., *Premessa*, in FAVA P., GIULIANO P., SORANO F., *La tutela delle proprietà e degli altri diritti reali*, Maggioli, 2006, 86-97].

(34) Per Nigro “*la regola posta dalla sentenza amministrativa è (o può essere) una regola implicita, elastica, incompleta e condizionata. Spetta al giudice dell'ottemperanza: rendere esplicita la regola, traducendo dal negativo al positivo gli accertamenti del primo giudice sul corretto modo di esercizio del potere; dare un contenuto concreto all'obbligo della ripristinazione risolvendo i molti problemi possibili al riguardo; identificare il vincolo gravante sui tratti di azione amministrativa non incisi direttamente dal giudicato; decidere circa la rilevanza delle sopravvenienze. Ora, se per ciò che riguarda la prima operazione, si può ritenere trattarsi di mera interpretazione del giudicato, funzione la quale, per quanto complessa essa sia, è sempre di competenza del giudice dell'esecuzione, negli altri casi il giudice dell'ottemperanza sicuramente concorre (applicando gli ordini concettuali richiamati) ad identificare la volontà concreta della legge o a formare la normativa del caso concreto: è quindi, attività di cognizione, pur se la cognizione è compiuta in funzione immediata della sua traduzione in realtà pratica e contestualmente con questa*” (NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, 4a ed. (a cura di CARDI E. E NIGRO A.), Bologna, Il Mulino, 1994, 318).

(35) NIGRO M., *Op. cit.*, *loc. cit.*

Con la decisione (di cognizione) il G.A. può solo orientare e correggere l'attività amministrativa riportandola nei binari della legittimità. Non può, invece, salvo i casi di giurisdizione di merito, sostituirsi all'Amministrazione dettando la disciplina concreta del rapporto.

Questa peculiarità della decisione amministrativa imposta dalla necessità di evitare sconfinamenti del potere giurisdizionale nella sfera riservata all'Amministrazione, comporta inevitabilmente che il dispositivo potrebbe anche non contenere una regola precisa del rapporto, atteso che dovrà essere l'Amministrazione a porla in essere nel riesercizio dei propri poteri funzionali in linea con le indicazioni del *decisum*.

Ma in caso di inottemperanza dell'Amministrazione, proprio per salvaguardare le ragioni del privato riconoscendogli un rimedio che gli consenta effettivamente di ottenere quell'utilità concreta dallo stesso anelata, la descritta linea di confine tra potere giudiziario e potere amministrativo, posta a tutela di quest'ultimo in relazione all'attività giurisdizionale di cognizione, arretra a vantaggio del primo dei due poteri. L'ottemperanza, difatti, costituisce una delle ipotesi tassative di giurisdizione del G.A. estesa al merito che permette al giudice di sostituirsi all'Amministrazione nell'esercizio dei poteri funzionali. Peraltro, in caso di lacune dell'ottemperanda decisione il giudice amministrativo ben potrà completare la regola del rapporto pronunciando statuizioni che, pur se adottate in sede di esecuzione, presentano un contenuto sostanzialmente di cognizione.

Per tali ragioni ed in conformità all'orientamento del Consiglio (36), si può ritenere che il giudizio di ottemperanza in relazione alle sentenze del G.A. ha natura mista di cognizione (riferita all'accertamento dell'inadempimento imputabile all'amministrazione ed all'attività determinativa del giudice) e di esecuzione (riferita all'attività di soddisfacimento concreto dell'interesse del ricorrente a livello strettamente esecutivo).

L'estensione dei poteri del giudice dell'ottemperanza, quindi, dipende dal titolo da eseguire (sentenza dell'A.G.O. o del G.A.), dalla tipologia di poteri (discrezionali o vincolati) riconosciuti alla P.A. in relazione alle situazioni soggettive attivate in giudizio (condizionanti il contenuto precettivo del titolo da eseguire), nonché dalla natura dei vizi (formali o sostanziali) accertati dalla decisione (37).

---

(36) Cons. Stato, A.P., 15 marzo 1989, n. 7; Id., A.P., 8 ottobre 1985, n. 19; Id., A.P. 17 gennaio 1997, n. 1.

(37) Tale anfibieta del giudizio di ottemperanza è stata riconosciuta dalla stessa Corte costituzionale che ha segnalato che esso "*comprende una pluralità di configurazioni (in relazione alla situazione concreta, alla statuizione del giudice e alla natura dell'atto impugnato), assumendo talora (quando si tratta di sentenza di condanna al pagamento di somma di denaro esattamente quantificata e determinata nell'importo, senza che vi sia esigenza ulteriore di sostanziale contenuto cognitorio) natura di semplice giudizio esecutivo – come tale assoggettabile alle limitazioni proprie delle "azioni esecutive" nei confronti degli enti locali dissestati – e quindi qualificabile come rimedio complementare che si aggiunge al*

#### 4. Inerzia, violazione ed elusione del giudicato

Al fine di accertare l'effettiva sussistenza e la misura dell'inadempimento (totale, parziale o "mascherato") dell'obbligo della P.A. di conformarsi alle decisioni della magistratura è necessario che il giudice dell'ottemperanza preliminarmente interpreti il titolo da eseguire (38) (che deve essere tra quelli per i quali è ritenuto esperibile il rimedio (39)) per verificare se l'am-

---

*procedimento espropriativo del codice di procedura civile, rimesso alla scelta del creditore. In altri casi il giudizio di ottemperanza può essere diretto a porre in essere operazioni materiali o atti giuridici di più stretta esecuzione della sentenza; in altri ancora ha l'obiettivo di conseguire una attività provvedimento dell'amministrazione ed anche effetti ulteriori e diversi rispetto al provvedimento originario oggetto della impugnazione; inoltre può essere utilizzato, in caso di materia attribuita alla giurisdizione amministrativa, anche in mancanza di completa individuazione del contenuto della prestazione o attività cui è tenuta l'amministrazione, laddove invece l'esecuzione forzata attribuita al giudice ordinario presuppone un titolo esecutivo per un diritto certo, liquido ed esigibile" (C. cost., 12 dicembre 1998, n. 406).*

(38) Cons. Stato, Sez. IV, 4 luglio 1996, n. 829; Id. Sez. IV, 24 febbraio 1996, n. 172.

(39) Talune sentenze non sono suscettibili di ottemperanza, che, ove spiegata, va dichiarata inammissibile attesa la carenza originaria di interesse, perché esse già soddisfano pienamente il ricorrente o non presentano un contenuto sostanziale da ottemperare oppure perché, più semplicemente, non rientrano tra i provvedimenti suscettibili di ottemperanza.

Le c.d. sentenze autoesecutive (Cons. Stato, A.P., 4 dicembre 1998, n. 8; Id., Sez. V, 17 marzo 1998, n. 307) sono idonee di per sé a soddisfare compiutamente l'interesse che l'originario ricorrente aveva fatto valere in giudizio e, quindi, non possono formare oggetto di ottemperanza. Ne costituiscono esempio le decisioni di annullamento di atti negativi di controllo (Cons. Stato, A.P., 4 dicembre 1998, n. 8; Id., Sez. V, 17 marzo 1998, n. 307), di annullamento di provvedimenti amministrativi di autotutela demolitoria, quali revoche o annullamenti d'ufficio, che comportano *ex se* la reviviscenza retroattiva del provvedimento oggetto del procedimento di secondo grado (Cons. Giust. Sic., 16 settembre 1998, n. 468) nonché di annullamento di atti sanzionatori che non abbiano prodotto ulteriori conseguenze.

È, altresì, inammissibile l'ottemperanza in relazione alle sentenze meramente processuali che non sono idonee a passare in giudicato (Cons. Stato, A.P., 1° marzo 1984, n. 4; Id. Sez. IV, 6 ottobre 2003, n. 5807; Id., Sez. V, 23 febbraio 2000, n. 947, in *Foro Amm.*, 2000, 497; Id., IV, 18 aprile 1994, n. 338; Id., Sez. IV, 30 novembre 1982, n. 788) e a quelle di rigetto (Cons. Stato, Sez. IV, 7 settembre 2004, n. 5794; Id., Sez. V, 6 marzo 2000, n. 1142; Id., Sez. V, 15 luglio 1998, n. 1060; Id., Sez. IV, 21 febbraio 1997, n. 305; Id., Sez. IV, 27 maggio 1977, n. 539) perché difettano di statuizioni sostanziali cui conseguano obblighi conformativi (secondo l'orientamento minoritario, per converso, anche questa tipologia di decisioni sarebbe idonea a passare in giudicato e coprirebbe il dedotto e il deducibile – Cons. Stato, Sez. IV, 19 marzo 2003, n. 1453; Id., Sez. 30 ottobre 2000, n. 5843; Id., Sez. IV, 18 aprile 1994, n. 338).

Secondo l'opinione prevalente l'ottemperanza non è ammissibile per chiedere l'attuazione di un decreto del Presidente della Repubblica che decida un ricorso straordinario, atteso che detto decreto, avendo natura amministrativa, non è equiparabile ad una sentenza e non è idoneo a passare in giudicato. L'orientamento tradizionale è sempre stato di segno negativo (*inter plures* Cons. Stato, Sez. VI, 10 febbraio 1999, n. 146; Id., Sez. IV, 20 luglio

ministrazione abbia o meno attribuita all'interessato l'utilità concreta e il risultato pratico riconosciuti come dovuti e giusti dall'ottemperanda decisiva (40). Tale attività ermeneutica deve avere ad oggetto la statuizione giudiziale nel suo complesso e, quindi, non solo il dispositivo ma anche la motivazione del *decisum* (41).

---

1998, n. 1098; Id., sez. IV, 13 agosto 1991, n. 650). Dopo alcuni isolati precedenti favorevoli (Cons. Stato, Sez. V, 22 novembre 2001, n. 5934; Id., Sez. IV, 15 dicembre 2000, n. 6695, in *Giur. It.*, 2001, 842 che si ponevano sulla scia della decisione della Corte di giustizia 16 ottobre 1996, causa da C-69/96 a C-79/96 che legittimava il Consiglio in sede di parere su ricorso straordinario a sollevare questioni pregiudiziali comunitarie) la giurisprudenza del Consiglio si è nuovamente attestata su posizioni contrarie (Cons. Stato, Sez. IV, 5 luglio 2002, n. 3699, in *Foro Amm. – Cons. Stato*, 2002, 1640) a seguito della chiusura della Suprema Corte (Cass. civ., Sez. Un., 18 dicembre 2001, n. 15978, in *Foro it.*, 2002, I, 2447). Giova ricordare, peraltro, che anche il primo tentativo storico di estendere l'ottemperanza ai decreti del Presidente della Repubblica resi in sede decisoria di ricorsi straordinari cadde sotto la scure della Corte regolatrice (le Sezioni Unite con sentenza n. 3141 del 1953 caducarono per difetto di giurisdizione la pronuncia della Sezione sesta del Consiglio di Stato n. 430 del 1951). Da ultimo il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana ha nuovamente riproposto l'orientamento favorevole alla "ottemperabilità" della decisione del Capo dello Stato (Cons. giust. amm., 19 ottobre 2005, n. 695, in *Foro Amm. – Cons. Stato*, 2005, 3737, con nota adesiva di F. F. F., *Quando l'abito fa il monaco. Sull'ammissibilità del giudizio di ottemperanza per l'esecuzione delle decisioni dei ricorsi straordinari*).

È, altresì, esclusa l'ammissibilità dell'ottemperanza in relazione alle decisioni intervenute su ricorsi amministrativi (Cons. Stato, Sez. IV, 3 giugno 1987, n. 327).

(40) Cons. Stato, Sez. V, 17 febbraio 2003, n. 837; Id., Sez. V, 13 marzo 2000, n. 1328; Id., Sez. V, 6 febbraio 1999, n. 134.

(41) L'orientamento, che affonda le sue radici in un'antica pronuncia del 1902 (Cons. Stato, Sez. IV, 2 maggio 1902, in *Giur. It.*, 1903, III, 213) in cui si sostenne che la portata del giudicato avrebbe dovuto essere valutata in relazione alla statuizione giudiziale nel suo complesso considerando il dispositivo unitamente alla motivazione, è stato successivamente confermato da una celebre decisione dell'Adunanza Plenaria (Cons. Stato, A.P., 22 dicembre 1982, n. 19) che ha, altresì, chiarito come sia necessario mantenere un rapporto di coerenza tra motivazione e dispositivo affinché possano essere definiti con certezza gli effetti precettivi del giudicato che dovrebbero, comunque, essere identificati nella correlazione del *petitum* e della *causa petendi* in rapporto al riconoscimento della lesione dell'interesse azionato effettuato dalla sentenza di accertamento dei vizi invalidanti il provvedimento impugnato.

La giurisprudenza amministrativa ha pure precisato che la motivazione è rilevante quando risolve questioni che fanno parte dell'oggetto della controversia, essendo state dibattute tra le parti, o che integrano una premessa necessaria della decisione costituendone presupposto logico indefettibile (Cons. Stato, Sez. V, 18 settembre 2003, n. 5292) e che, comunque, devono correlarsi alla *causa petendi* introdotta dal ricorrente (Cons. Stato, Sez. VI, 3 novembre 2003, n. 6817; Id., Sez. VI, 20 febbraio 2002, n. 1041), essendo irrilevanti le considerazioni svolte dal giudicante al solo scopo di offrire un quadro completo della normativa di riferimento e non pertinenti rispetto al *thema decidendum* in quanto meri *obiter dicta* di natura incidentale (Cons. Stato, Sez. IV, 13 maggio 1980, n. 544; Id., Sez. IV, 19 agosto 1994, n. 653; Id., Sez. IV, 16 ottobre 1995, n. 817).

Cons. Stato, Sez. V, 12 settembre 1986, n. 442, in *Cons. Stato*, 1986, I, 1207.

Circa la situazione soggettiva attivata con l'ottemperanza, secondo un primo orientamento che si fonda sulla lettera dell'art. 27, n. 4, R.D. 26 giugno 1924, n. 1054, la *causa petendi* (o *petitum* sostanziale) avrebbe sempre la consistenza di diritto soggettivo in quanto la disposizione normativa si riferisce esplicitamente all'"obbligo" di conformazione al giudicato cui si correlerebbe un vero e proprio diritto (42). La tesi, peraltro, trova oggi un addentellato normativo nell'art. 14 della legge 11 febbraio 2005, n. 15 (che ha introdotto l'art. 21 *septies* nella legge 7 agosto 1990, n. 241) che sancisce la giurisdizione esclusiva del G.A. sulle impugnative di atti violativi o elusivi del giudicato, lasciando intendere, quindi, che la pretesa all'attuazione del giudicato costituisce un diritto soggettivo (43).

Un altro orientamento, per converso, afferma che la *causa petendi* si identifica con quella medesima situazione giuridica soggettiva che ha formato oggetto del giudizio esitato con la sentenza ineseguita (44): per l'ottemperanza delle decisioni del G.A. verrebbero in rilievo normalmente interessi legittimi (nella sola giurisdizione esclusiva potrebbero sussistere diritti soggettivi), mentre in relazione a quella delle sentenze dell'A.G.O. sarebbero ordinariamente attivati diritti soggettivi (salvo i casi eccezionali in cui il G.O. conosce anche degli interessi legittimi).

---

(42) Affermando la natura esecutiva del giudizio di ottemperanza, il Ferrara qualifica la situazione soggettiva del cittadino come diritto di credito avente ad oggetto una prestazione di fare (FERRARA L., *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, Milano, 2003).

Abbamonte e Laschena si riferiscono attecnicamente ad un "diritto della parte vittoriosa alla conformazione dell'Amministrazione al contenuto del giudicato amministrativo" rilevando che "spetta al giudice dell'ottemperanza delimitare" tale pretesa "nella sua specificità secondo i motivi accolti, in relazione all'inevitabile divenire della funzione amministrativa" (ABBAMONTE G – LASCHENA R., *Giustizia amministrativa*, CEDAM, 2001, 513).

Anche in giurisprudenza non sono mancate decisioni che hanno richiamato l'esistenza di un vero diritto soggettivo all'osservanza del giudicato (Cons. Stato, Sez. VI, 19 gennaio 1995, n. 39), o di un autentico diritto di credito all'esecuzione del giudicato (Cons. Stato, Sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239).

(43) Secondo l'interpretazione che va consolidandosi la disposizione non abrogherebbe l'art. 27, n. 4, R.D. 26 giugno 1924, n. 1054, ma concorrerebbe con essa onde migliorare la tutela del privato (TARULLO S., *Esecuzione ed ottemperanza*, in SCOCA F.G., *Giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2006, 471; LONGOBARDI N., *La legge n. 15/2005 di riforma della legge 241/1990. Una prima valutazione*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)).

In altri termini sarebbe possibile affermare la coesistenza nella medesima controversia della giurisdizione di merito con quella esclusiva non essendo tra loro incompatibili, in quanto si rileva che quest'ultima agisce delimitando le situazioni soggettive conoscibili dal G.A. (diritti soggettivi e interessi legittimi) mentre la prima opera sul diverso livello dell'ambito dei poteri istruttori (possibilità di avvalersi di tutti i mezzi di prova previsti dal c.p.c.) e decisori (di natura sostitutiva ed estesi al merito della controversia).

Il rapporto di incompatibilità, difatti, sussisterebbe, per converso, tra giurisdizione di legittimità ed esclusiva, nonché tra la prima e quella di merito.

(44) TARULLO S., *Esecuzione ed ottemperanza*, in SCOCA F.G., *Giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2006, 467.

L'oggetto del giudizio di ottemperanza, alla luce delle richieste del ricorrente (45), consiste nella verifica dell'effettivo adempimento da parte dell'Amministrazione dell'obbligo di conformarsi al comando imposto dal giudice della cognizione, anche attraverso una più puntuale definizione del contenuto degli obblighi nascenti dalla sentenza passata in giudicato (46), ferma l'inammissibilità di istanze proposte per la prima volta in ottemperanza (47). Tale verifica è tesa ad accertare se la P.A. abbia o meno attribuito all'interessato quell'utilità concreta che la sentenza abbia riconosciuto come dovuta, a prescindere dal fatto che residuino o meno in capo al soggetto obbligato poteri discrezionali in ordine alle modalità da seguire al riguardo (48). Con il giudizio di ottemperanza, quindi, anche dopo l'adozione di atti esecutivi a contenuto discrezionale, il ricorrente fa valere non già la difformità dell'atto sopravvenuto rispetto alla legge sostanziale (occorrendo esperire in tal caso l'ordinaria azione di annullamento), ma il contrasto specifico dell'atto stesso con l'obbligo di attenersi esattamente all'accertamento contenuto nella sentenza da eseguire

---

(45) Il ricorrente non deve necessariamente precisare il contenuto dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformazione al giudicato non essendo il giudice vincolato in modo assoluto alle doglianze e alle richieste esternate del ricorso (*"il contenuto dell'obbligo dell'Autorità amministrativa di conformarsi al giudicato e quindi la determinazione degli atti, operazioni e comportamenti che, in conseguenza della sentenza da eseguire, l'Amministrazione è tenuta a porre in essere, non occorre che sia necessariamente precisato dall'interessato, la cui indicazione al riguardo potrebbe anche essere il risultato di una inesatta interpretazione della pronuncia giurisdizionale, ovvero di prospettazione soggettiva, bensì va obiettivamente desunto dalla stessa decisione della quale si lamenta l'inesecuzione"* Cons. Stato, A.P., 14 luglio 1978, n. 23).

(46) Cons. Stato, Sez. IV, 14 aprile 2006, n. 2101, in *Foro Amm. - Cons. Stato*, 2006, 1138.

(47) L'orientamento prevalente dichiara pacificamente l'inammissibilità dei ricorsi per ottemperanza nella parte in cui deducono pretese nuove ed ulteriori rispetto a quelle contenute nella sentenza da eseguire e su cui si è formato il giudicato, dovendosi procedere in tali ipotesi con un ordinario ricorso di legittimità (Cons. Stato, Sez. V, 27 aprile 2006, n. 2374, in *Foro Amm. - Cons. Stato*, 2006, 1201; Id., Sez. IV, 20 aprile 2006, n. 2240, in *Foro Amm. - Cons. Stato*, 2006, 1154; Id., Sez. IV, 15 dicembre 2003, n. 8217; Id., Sez. IV, 13 ottobre 2003, n. 6198; Id., Sez. IV, 5 agosto 2003, n. 4449; Id., Sez. IV, 31 maggio 2003, n. 3006; Id., Sez. IV, 17 aprile 2003, n. 2007).

(48) Così Cons. Stato, Sez. V, 22 novembre 2001, n. 5934.

(49) Così Cons. Stato, Sez. VI, 10 febbraio 2004, n. 501; Sez. V, 22 novembre 2001, n. 5934; Id., Sez. IV, 22 aprile 1999, n. 694; Id., Sez. IV, 15 aprile 1999, n. 626; Id., Sez. IV, 26 giugno 1998, n. 992; Id. 1° aprile 1996, n. 328; Sez. V, 27 maggio 1991, n. 874. Secondo questo orientamento l'ammissibilità del ricorso di ottemperanza non dipenderebbe dalla ricorrenza di un atto violativo o elusivo del giudicato, ma sarebbe sufficiente la mera deduzione del ricorrente circa la difformità specifica dell'atto rispetto all'obbligo derivante dal giudicato di attenersi esattamente all'accertamento contenuto nella sentenza da eseguire. Al di là delle formule utilizzate, la tesi sembra pervenire sostanzialmente ai medesimi risultati applicativi dell'orientamento maggioritario che distingue tra atti violativi ed elusivi, caratterizzandosi esclusivamente per il minor onere imposto al giudicante e, quindi, al ricorrente che non dovrà andare a qualificare puntualmente la natura dell'atto di inottemperanza (se cioè esso ricada nel *genus* degli atti violativi oppure nella categoria di quelli elusivi).

(49).

In ogni caso ai fini dell'ammissibilità del ricorso per ottemperanza è necessario che il ricorrente alleggi una fattispecie di inerzia, violazione od elusione (50) di una decisione della magistratura.

La giurisprudenza amministrativa ha chiarito che il rimedio è esperibile non solo nelle situazioni di inerzia assoluta o di rifiuto espresso (51), ma anche nelle ipotesi di adempimento parziale (52) dell'obbligo di attuazione del giudicato e in quelle in cui gli atti posti in essere successivamente dall'amministrazione abbiano carattere violativo od elusivo del giudicato.

La definizione del concetto di atto violativo od elusivo del giudicato è stata al centro di un vivo dibattito giurisprudenziale.

È prevalso l'orientamento che distingue l'ipotesi in cui il giudicato abbia specificamente individuato l'attività provvedimentale da compiersi da parte dell'Amministrazione (giudicato con vincolo puntuale cui si correlerebbe un residuo potere vincolato dell'Amministrazione) da quella in cui esso contenga solo un vincolo di contenuto generico che lasci un ampio margine di valu-

---

(50) Cons. Stato, Sez. VI, 17 luglio 1991, n. 469.

(51) Giurisprudenza oramai consolidata (Cons. Stato, Sez. IV, 27 aprile 2005, n. 1952; Id., Sez. IV, 5 agosto 2003, n. 4444, in *Foro Amm. – Cons. Stato*, 2003, 2211; Id., Sez. V, 29 ottobre 1985, n. 357; Id., Sez. IV, 13 luglio 1982, n. 463, in *Cons. Stato*, 1982, I, 824; Id., Sez. V, 24 ottobre 1980, n. 875, in *Cons. Stato*, 1980, I, 1358; Id. 27 febbraio 1979, 157, in *Cons. Stato*, 1979, I, 178; Id., Sez. IV, 6 marzo 1979, 179, in *Cons. Stato*, 1979, I, 338; Id., Sez. V, 27 gennaio 1978, n. 103, in *Cons. Stato*, 1978, I, 72).

L'ammissibilità dell'ottemperanza in caso di adempimento parziale era stata riconosciuta anche da due decisioni dell'Adunanza Plenaria (Cons. Stato, A.P., 9 marzo 1973, n. 1; Id., A.P., 4 luglio 1978, n. 23) che avevano recepito un precedente orientamento della Quinta Sezione (Cons. Stato, Sez. V., 28 luglio 1972, n. 587).

(52) *“Al fine della esperibilità del giudizio di ottemperanza, gli atti emanati dalla amministrazione dopo l'annullamento giurisdizionale possono considerarsi emessi in violazione del giudicato solo allorché da questo derivi un obbligo talmente puntuale che la sua esecuzione si concreti nell'adozione di un atto il cui contenuto sia integralmente desumibile dalla sentenza, mentre di fronte al giudicato che imponga un semplice vincolo alla successiva attività discrezionale dell'amministrazione, gli atti eventualmente emanati da questa sono soggetti all'ordinario regime di impugnazione anche quando si discostino dai criteri indicati nella sentenza, in quanto in tale evenienza è configurabile un solo vizio di legittimità, a meno che l'esplicazione della residua potestà discrezionale venga posta in essere senza alcuna considerazione della statuizioni contenute nella sentenza, sì da risultare, in modo concludente, prede-terminata ad eludere la sentenza”* (Cons. Stato, Sez. IV, 15 ottobre 2003, n. 6334).

(53) *“Al fine della esperibilità del giudizio di ottemperanza, gli atti emanati dalla amministrazione dopo l'annullamento giurisdizionale possono considerarsi emessi in violazione del giudicato solo allorché da questo derivi un obbligo talmente puntuale che la sua esecuzione si concreti nell'adozione di un atto il cui contenuto sia integralmente desumibile dalla sentenza, mentre di fronte al giudicato che imponga un semplice vincolo alla successiva attività discrezionale dell'amministrazione, gli atti eventualmente emanati da questa sono soggetti all'ordinario regime di impugnazione anche quando si discostino dai criteri indicati nella sentenza, in quanto in tale evenienza è configurabile un solo vizio di legittimità, a meno che l'esplicazione della residua potestà discrezionale venga posta in essere senza alcuna conside-*

tazione discrezionale alla P.A. (53).

Nel primo caso (giudicato puntuale), in considerazione del potere vincolato che residuerebbe all'Amministrazione, sarebbe agevole accertare se l'atto formalmente adempitivo abbia o meno violato il *decisum* e conseguentemente si ritiene ammissibile il ricorso per ottemperanza (54).

La seconda ipotesi (giudicato generico), invece, ricadrebbe, di regola, nell'ordinario regime di impugnazione (55) in quanto la vaghezza e le lacune della decisione giurisdizionale non consentirebbero di affermare che l'atto dell'Amministrazione costituisca una chiara violazione dell'obbligo di attuare il giudicato atteso che quest'ultimo non impone un comportamento specifico ma, meno restrittivamente, solo un vincolo generico al successivo riesercizio del potere che resta connotato da un'ampia discrezionalità. In questo caso, tuttavia, ferma l'inconfigurabilità di atti *stricto sensu* violativi del giudicato sarebbe possibile allegare l'esistenza di una fattispecie elusiva posta in essere dall'Amministrazione. Il ricorrente in ottemperanza, difatti, dovrebbe dimostrare che l'esplicazione dei (residui) poteri discrezionali sia intervenuta senza alcuna considerazione delle statuizioni della sentenza

---

*razione della statuizioni contenute nella sentenza, sì da risultare, in modo concludente, predefinita ad eludere la sentenza"* (Cons. Stato, Sez. IV, 15 ottobre 2003, n. 6334).

(54) In relazione alla violazione del giudicato puntuale la cui ottemperanza si concreta nell'adozione di un atto il cui contenuto è integralmente desumibile dalla sentenza in relazione al *thema decidendum* introdotto nel giudizio dalle parti la Plenaria è intervenuta a più riprese.

Con una prima decisione si è rilevato che nell'ipotesi in cui dal giudicato derivi un "*obbligo talmente puntuale da non lasciare spazio alcuno all'esercizio di poteri dell'Amministrazione [...] l'ottemperanza al giudicato si concreta nell'adozione di un atto, il cui contenuto è integralmente desumibile dalla sentenza, onde deve ritenersi che l'Amministrazione sia carente del potere di provvedere diversamente e che eventuali atti difformi dal giudicato possano essere dichiarati nulli, indipendentemente da una impugnazione nel termine di decadenza. Inoltre è giustificabile, alla luce dei principi costituzionali, la deroga alla regola del doppio grado, giacché l'adozione di atti nulli può essere equiparata ad un contegno puramente omissivo dell'Amministrazione, il cui accertamento non richiede necessariamente le forme e le garanzie di un ordinario giudizio di cognizione"* (Cons. Stato, A.P., 19 marzo 1984, n. 6).

Successivamente la Plenaria ha ribadito il proprio precedente orientamento ("*È stato costantemente affermato che qualora dalla esecuzione di un giudicato derivi all'Amministrazione non già un semplice vincolo all'attività discrezionale, ma un obbligo puntuale che non lascia spazio alcuno all'esercizio dei suoi poteri, essa è carente del potere di provvedere diversamente, e l'ottemperanza si concreta nell'adozione di un atto il cui contenuto è integralmente desumibile dalla sentenza in relazione al thema decidendum introdotto nel giudizio dalle parti"*) Cons. Stato, A.P., 8 aprile 1995, n. 7).

(55) Affermano la necessità di procedere con l'impugnazione ordinaria nel termine di decadenza in relazione ad atti successivi ad un giudicato che imponga un mero vincolo conformativo con residui poteri discrezionali attuativi in capo all'Amministrazione a meno che l'atto non sia qualificabile elusivo Cons. Stato, Sez. V, 22 novembre 2001, n. 5934; Id., Sez. IV, 11 marzo 1999, n. 266; Cons. Giust. Sic., 25 marzo 1999, n. 135.

(56) Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2006, n. 861; Id., Sez. IV, 15 ottobre 2003, n. 6334.

risultando in modo concludente predefinita ad eluderla (56), come accade quando l'Amministrazione cerchi di realizzare il medesimo risultato con un'azione connotata da un manifesto sviamento di potere, mediante l'esercizio di un potere formalmente diverso ma in palese carenza dei presupposti che lo giustificano (57), oppure ponendo in essere atti puramente interlocutori (preparatori o istruttori) non seguiti dai necessari provvedimenti di natura satisfattiva (58).

Nell'ipotesi degli atti elusivi si è, quindi, in presenza di una fattispecie di "violazione mascherata" del giudicato in quanto l'inottemperanza non è manifesta ma insidiosa e criptata, dovendo essere accertata dal giudice attraverso una più difficile operazione di confronto (ed interpretazione) del *decisum* con il preteso atto elusivo.

Secondo gli orientamenti giurisprudenziali consolidati, quindi, solo gli atti che siano propriamente riconducibili al *genus* di quelli violativi di un giudicato puntuale o elusivi di un giudicato non puntuale sono conoscibili dal giudice dell'ottemperanza.

Ogni altro atto successivo al giudicato va, per converso, impugnato secondo le regole ordinarie (giurisdizione generale di legittimità).

In caso di errore nell'introduzione del rito, la giurisprudenza amministrativa, in presenza dei necessari requisiti di forma e sostanza (in particolare la notifica all'Amministrazione e ad almeno un controinteressato), consente la conversione del ricorso per ottemperanza in ricorso giurisdizionale ordinario in sede di giurisdizione generale di legittimità.

Con la novella del 2005 (art. 21-*septies* della legge 11 febbraio 2005, n. 15), recependo l'orientamento giurisprudenziale prevalente (59), si è omogeneizzato e positivizzato il regime patologico degli atti violativi o elusivi del

---

(57) Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2006, n. 861; Id., Sez. IV, 6 ottobre 2003, n. 5820.

In queste ipotesi potrebbe essere dedotto il vizio di eccesso di potere, tra l'altro, sotto il profilo della divergenza tra scopo effettivamente perseguito e funzione tipica dell'atto (Cons. Stato, A.P., 11 marzo 1986, n. 6).

(58) Cons. Stato, A.P., 29 gennaio 1980, n. 2; Id., A.P., 3 dicembre 1982, n. 18.

(59) Affermano la nullità degli atti violativi od elusivi del giudicato Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2006, n. 861; Id., Sez. IV, 6 ottobre 2003, n. 5820, in *Foro Amm. - Cons. Stato*, 2003, 2915; Id., Sez. V, 13 febbraio 1998, n. 166, in *Foro Amm.*, 1998, 420; Id., Sez. V, 11 ottobre 1996, n. 1231, in *Foro Amm.*, 1996, 2886.

L'orientamento era stato confermato anche dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (Cons. Stato, A.P., 11 marzo 1984, n. 6; Id., A.P., 8 aprile 1995, n. 7, in *Foro Amm.*, 1995, 818).

La dottrina, tuttavia, non ha mancato di manifestare le proprie perplessità in relazione alla ricostruzione giurisprudenziale rilevando che il potere è comunque presente pur se viene esercitato in difformità dai vincoli del *decisum* (VILLATA R., *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza ed attività successiva alla sentenza di annullamento*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1989, 383; MAZZAROLLI L., *Il giudizio di ottemperanza oggi: risultati concreti*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1990, 245-246; FRACCHIA F., *Violazione di giudicato e nullità del provvedimento*, in *Foro It.*, 1993, III, 213; SCIULLO G., *Il comportamento dell'Amministrazione nell'ottemperanza*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1997, 74).

giudicato stabilendo la nullità di entrambi attesa la carenza di potere che li affetta (60).

### 5. *Il rito dell'ottemperanza*

Gli art. 90 e 91 del R.D. 17 agosto 1907, n. 642, contengono talune scarse disposizioni relative alla procedura che sono state integrate e chiarite dalla giurisprudenza amministrativa.

È previsto che il ricorso in ottemperanza si propone con deposito presso la segreteria del giudice competente “*finché dura l'azione di giudicato, ma non prima di trenta giorni da quello in cui l'autorità amministrativa sia stata messa in mora di provvedere*”.

La segreteria ne dà successiva comunicazione all'Amministrazione che può nei venti giorni successivi trasmettere le sue osservazioni.

Secondo l'interpretazione prevalente l'*actio iudicati* è proponibile entro il termine di prescrizione decennale decorrente dal passaggio in giudicato della sentenza (l'art. 90, 2° co., R.D. 17 agosto 1907, n. 642, stabilisce che “*essi possono essere proposti finché dura l'azione di giudicato*”) (61).

Il ricorso in ottemperanza deve essere preceduto, a pena di inammissibilità (62), dalla notifica (63) di un atto stragiudiziale di diffida e messa in mora con cui si assegna all'Amministrazione competente (64) ad adempiere un termine non inferiore a trenta giorni (65) per provvedere in senso conforme al giudicato.

---

(60) Si è già rilevato che il 2° co. del menzionato art. 21-*septies* attribuisce le relative controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo che viene, quindi, a coesistere ed a rafforzare quella di merito.

(61) *Inter plures* Cons. Stato, A.P., 26 agosto 1991, n. 5; Id., Sez. V., 6 agosto 2001, n. 4239; Id., Sez. VI, 3 febbraio 1992, n. 59.

Secondo la giurisprudenza amministrativa il termine è suscettibile di sospensione ed interruzione, come si verifica quando il ricorso è proposto ad un giudice incompetente ove il nuovo termine di prescrizione comincia a decorrere dal passaggio in giudicato della sentenza che ha dichiarato l'incompetenza (Cons. Stato, A.P., 26 agosto 1991, n. 5, in *Foro Amm.*, 1991, 7-8).

(62) Cons. Stato, Sez. IV, 28 maggio 1993, n. 570; Id., Sez. IV, 3 ottobre 1990, n. 739; Id., Sez. IV, 8 luglio 1987, n. 415; Id., Sez. IV, 18 gennaio 1984, n. 12.

(63) Non è sufficiente la lettera raccomandata (Cons. Stato, Sez. IV, 2 aprile 2001, n. 2269; Id., Sez. IV, 9 febbraio 1998, n. 228).

(64) La notifica va effettuata al domicilio reale dell'Amministrazione in persona del rappresentante legale e non all'Avvocatura dello Stato (Cons. Stato, Sez. IV, 14 luglio 1997, n. 721; Id., 29 gennaio 1996, n. 70; Id., Sez. IV, 24 ottobre 1991, n. 72; Id., Sez. IV, 30 gennaio 1990, n. 58; Id., Sez. IV, 27 febbraio 1989, n. 119; Id. Sez. IV, 18 novembre 1984, n. 11).

(65) Il termine è dilatorio e si è ritenuto che il ricorso per l'esecuzione proposto prima della scadenza del termine non sia inammissibile ma versi in una situazione di temporanea improcedibilità (Cons. Stato, Sez. VI, 10 agosto 1999, n. 1019). Il ricorso è, tuttavia, inammissibile se la diffida è notificata prima del passaggio in giudicato (Cons. Stato, Sez. VI, 6 ottobre 1999, n. 1299; Id., Sez., IV, 8 luglio 1987, n. 415; Id., Sez. V, 29 aprile 1985, n. 208).

La giurisprudenza ha, tuttavia, chiarito che tale diffida non è necessaria in quanto inutile (conseguentemente il ricorso è ammissibile anche in carenza di diffida) se la P.A. abbia dichiarato espressamente di non volere adempiere, oppure se tale rifiuto risulti da comportamenti concludenti, chiari e inequivocabili, quali, ad esempio, attività successive al giudicato che si pongano in contrasto palese con i vincoli puntuali del medesimo (66).

A differenza del rito ordinario, il contraddittorio (67) viene instaurato con il semplice deposito del ricorso, essendo onere della segreteria dare comunicazione della proposizione del giudizio all'Amministrazione competente per l'ottemperanza, che era stata comunque avvertita attraverso la notifica dell'atto di diffida. Non è prevista alcuna notifica in favore di eventuali controinteressati.

Nella prassi forense, tuttavia, per evitare dichiarazioni d'inammissibilità del ricorso proposto in relazione ad atti di dubbia sussunzione nella categoria di quelli violativi od elusivi del giudicato, i difensori sono soliti notificare il ricorso prima del deposito onde beneficiare dell'eventuale conversione del rito (che richiede la presenza dei requisiti di forma e sostanza del ricorso ordinario tra cui la notifica all'Amministrazione e ad almeno un controinteressato).

La prassi è stata, peraltro, agevolata da un certo orientamento giurisprudenziale (68) che, per valorizzare i principi del giusto processo, ha cominciato a disporre, pur in assenza di una specifica disposizione processuale legittimante, ordini di integrazione del contraddittorio nelle ipotesi di mero deposito del ricorso per ottemperanza non preceduto dalle notifiche all'Amministrazione ed ai controinteressati.

La Corte costituzionale (69), per converso, pur riconoscendo la natura contenziosa del giudizio di ottemperanza, circostanza "*che rende imprescin-*

---

(66) Cons. Stato, Sez. IV, 6 aprile 2004, n. 1845; Id., Sez. IV, 15 ottobre 2003, n. 6334; Id., Sez. V, 24 gennaio 1994, n. 49; Id., Sez. 18 giugno 1993, n. 752; Id., Sez. IV, 10 gennaio 1990, n. 11; Id., Sez. V, 12 settembre 1986, n. 457.

(67) Una non recente decisione della Plenaria aveva affermato chiaramente che il procedimento per ottenere l'esecuzione del giudicato, pur avendo carattere giurisdizionale, è retto da disposizioni particolari e in esso non devono essere osservate le normali regole del contraddittorio ("*Nella trattazione dei ricorsi per conseguire l'ottemperanza al giudicato non si osservano dunque le forme ordinarie del contraddittorio, ma quelle particolari dello speciale procedimento*") Cons. Stato, A.P., 14 luglio 1978, n. 23). In termini Cons. Stato, Sez. VI, 9 marzo 1995, n. 250; Id., Sez. V, 29 ottobre 1985, n. 357.

(68) Hanno ritenuto necessaria la notificazione del ricorso per ottemperanza all'amministrazione e ai controinteressati Cons. Stato, Sez. VI, 22 ottobre 2002, n. 5816; Id., Sez. V, 2 marzo 2000, n. 1069; Id., Sez., 22 febbraio 2000, n. 938; Id., Sez. V, 3 luglio 1996, n. 841; Id., Sez. V., 27 maggio 1993, n. 643, in *Cons. Stato*, 1993, I, 677; Sez. V, 29 ottobre 1985, n. 357; Id., Sez. VI, 29 novembre 1977, n. 883. Hanno affermato, per converso, la sufficienza della mera comunicazione della segreteria Cons. Stato, Sez. IV, 6 ottobre 2003, n. 5847; Id., Sez. IV, 12 dicembre 1997, n. 1436; Id., Sez. VI, 9 marzo 1995, n. 250.

(69) C. cost., 9 dicembre 2005, n. 441 (in *Dir. Proc. Amm.* 2006, 478, con commento parzialmente critico di Gallo C.E., *Il contraddittorio nel giudizio di ottemperanza*, che ha auspicato l'estensione degli obblighi comunicativi in favore dei controinteressati [p. 494].

*dibile il pieno rispetto del contraddittorio*”, ha confermato la legittimità costituzionale dell’art. 91 R.D. 17 agosto 1907, n. 642, ove sia interpretato nel senso di imporre un “*obbligo di comunicare*” il ricorso introduttivo “*nella sua interezza, in tempo utile e in modo da consentire alla pubblica amministrazione una effettiva conoscenza della domanda e l’articolazione tempestiva dei mezzi di difesa*”. Secondo la Corte il rispetto del principio del contraddittorio non deve essere assicurato necessariamente attraverso la notifica a mezzo ufficiale giudiziario (come erroneamente ritenuto dal giudice rimettente), atteso che anche in relazione al processo tributario l’art. 70 del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, prevedendo espressamente la mera comunicazione del ricorso nella sua interezza, ha accreditato la proposta interpretazione evolutiva costituzionalmente orientata.

L’art. 37 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (legge T.A.R.) ha ripartito la competenza tra T.A.R. e Consiglio di Stato differenziando i giudizi di ottemperanza al giudicato dell’A.G.O. da quelli relativi al giudicato degli organi di giustizia amministrativa (la competenza relativa al giudizio di ottemperanza, a differenza di quella generale, è di natura funzionale ed inderogabile, pertanto, secondo indirizzo consolidato, può essere eccepita anche senza l’osservanza delle forme del regolamento di competenza e può essere rilevata dal giudice persino d’ufficio (70)).

Nel primo caso (giudicato dell’A.G.O.) la competenza è attribuita al T.A.R. solo quando “*l’autorità amministrativa chiamata a conformarsi sia un ente che eserciti la sua attività esclusivamente nei limiti della circoscrizione del tribunale amministrativo regionale*”, mentre negli altri casi resta del Consiglio di Stato (71).

Nella seconda ipotesi (giudicato del G.A.) la ripartizione della competenza è fissata in ossequio al principio in base al quale il miglior interprete ed ese-

---

al contrario rilevato che i controinteressati non sono parte necessaria del giudizio di ottemperanza e che la comunicazione della segreteria agli stessi non potrebbe agevolare alcuna conversione del ricorso per ottemperanza in ricorso ordinario).

Il Giudice delle leggi ha, peraltro, confermato l’orientamento che consente lo scrutinio di costituzionalità in relazione alle disposizioni del R.D. 17 agosto 1907, n. 642, come pure del R.D. 26 giugno 1924, n. 1054 (C. cost. 23 aprile 1987, n. 146; Id., 18 maggio 1989, n. 251; Id., 21 ottobre 1998, n. 359; Id., 12 dicembre 1998, n. 406). In precedenza la Corte aveva dichiarato l’inammissibilità della q.l.c. in considerazione della natura regolamentare dei due Regi decreti (C. cost. 28 novembre 1968, n. 118).

(70) Cons. Stato, Sez. IV, 17 luglio 2000, n. 3926, in *Foro Amm.*, 2000, 2615; Id. Sez. IV, 22 giugno 2000, n. 3574; Id., 22 maggio 2000, n. 2926, in *Foro Amm.*, 2000, 1712; Id., 26 marzo 1999, n. 420, in *Foro Amm.*, 1999, 642; Id., 11 giugno 1997, n. 638, in *Foro Amm.*, 1997, 1636; Id., Sez. IV, 2 gennaio 1996, n. 14.

(71) Le regole che governano la distribuzione della competenza sui giudizi per l’esecuzione del giudicato sono parzialmente diverse da quelle relative ai giudizi impugnatori in sede di giurisdizione generale di legittimità.

In quest’ultimo caso la dimensione ultraregionale dell’autorità amministrativa i cui provvedimenti sono impugnati comporta l’attrazione della controversia alla competenza del

cutore della decisione definitiva non può che essere lo stesso giudice che l'ha adottata. È, quindi, competente il T.A.R. per le proprie decisioni non appellate oppure interamente confermate dal Consiglio di Stato. È, per converso, competente il Consiglio nei casi di riforma, annullamento o conferma con modifiche o integrazioni della motivazione della sentenza del T.A.R. impugnata (72).

---

T.A.R. Lazio e la salvezza del doppio grado di giurisdizione, mentre nell'ipotesi dei giudizi di ottemperanza il giudice competente è il Consiglio di Stato in unico grado.

In relazione alle disposizioni dei commi 2 e 3 dell'art. 37 della legge 6 dicembre 1974, n. 1034 (legge T.A.R.), che attribuiscono al Consiglio di Stato la competenza sui giudizi di ottemperanza in unico grado, il T.A.R. Lazio ha sollevato la q.l.c. con ordinanza dell'8 maggio 1980 deducendo il contrasto con gli art. 3 e 125 (2°co.) Cost.

La Corte costituzionale, con ordinanza del 31 marzo 1988, n. 395, ha dichiarato la manifesta infondatezza della q.l.c. ribadendo che il principio del doppio grado di giurisdizione non è costituzionalmente obbligatorio e, con particolare riferimento alla giustizia amministrativa, la presenza dell'art. 125 (2°co.) Cost. impone *“soltanto l'impossibilità di attribuire al TAR competenze giurisdizionali in unico grado e la conseguente necessaria appellabilità di tutte le sue pronunce”*. Peraltro, l'assenza di previsioni costituzionali che indicano *“il Consiglio di Stato come giudice di solo secondo grado”* legittima la possibilità che il Legislatore attribuisca *“direttamente all'istanza superiore controversie che spetterebbero di norma al giudice di primo grado [...] in ragione della peculiarità del contenuto in cui i giudizi di collocano”, “peculiarità che sono certamente ravvisabili nelle fattispecie di cui all'art. 37, commi secondo e terzo, della legge n. 1034 del 1971”* (C. cost., 31 marzo 1988, n. 395).

La Plenaria (Cons. Stato, A.P., 22 dicembre 1990, n. 11), tuttavia, intervenendo sull'art. 37 L. T.A.R., non ha abusato del disco verde della Consulta, ricercando una soluzione di compromesso con i T.A.R.

Pur estendendo il regime di cui agli articoli 1 e 2 (che disciplinano la distribuzione di competenza in relazione all'ottemperanza delle sentenze dell'A.G.O.) ai giudizi di ottemperanza afferenti le decisioni dei giudici speciali ritenendo che le norme sulla competenza (art. 37, legge T.A.R.) devono interpretarsi estensivamente come quelle sulla giurisdizione (art. 27, n. 4, T.U. C.D.S. e art. 7, 1° co., legge T.A.R.), ha ritenuto che la terminologia *“ente”* di cui al 1° comma dell'art. 37 legge T.A.R. sia stata utilizzata attecnicamente dal Legislatore. Secondo la Plenaria, quindi, alla luce di un'interpretazione logico-sistematica che valorizzi le istanze di decentramento del sistema di giustizia amministrativa perseguite dalla legge 6 dicembre 1971, n. 1034, la parola ente designerebbe genericamente un *“centro di imputazione”* dell'attività amministrativa. In tal modo la Plenaria consente che si radichi la competenza dei T.A.R. anche nelle ipotesi di giudizi nei confronti di organi periferici dello Stato e degli enti pubblici ultraregionali.

L'estensione alle pronunce dei giudici speciali delle norme sulla giurisdizione e sulla competenza afferenti il giudizio di ottemperanza per le decisioni dell'A.G.O. è stata confermata dalla giurisprudenza successiva (Cons. Stato, A.P., 23 dicembre 1994, n. 4; Id., Sez. IV, 25 settembre 1998, n. 1213).

L'unità del sistema derivante dalla concentrazione in capo al G.A., quale giudice del potere pubblico, della giurisdizione per l'esecuzione del giudicato derivante dalle pronunce di tutti i giudici speciali è stata rotta dalla legislazione più recente che, valorizzando l'esigenza di rendere ciascun giudice, diverso da quello ordinario, garante dell'attuazione delle proprie pronunce, ha riconosciuto, sottraendola al giudice amministrativo, la giurisdizione della Corte dei conti e delle Commissioni tributarie sulle controversie afferenti l'ottemperanza alle proprie decisioni (rispettivamente art. 10 della legge 205/2000 e art. 70 D.Lgs. 546/1992).

(72) Il principio, valido nell'ipotesi in cui le modifiche motivazionali in appello comportano un autonomo contenuto precettivo del giudicato anche in relazione alle modalità di attua-

Sono legittimate a ricorrere le parti del giudizio chiusosi con l'ottemperanda sentenza. Secondo un certo orientamento (73) la legittimazione dovrebbe essere estesa a tutti coloro nei confronti dei quali il giudicato comunque spiega i suoi effetti immediati, come accade nei casi in cui la decisione eccezionalmente è destinata a produrre effetti *erga omnes* (annullamento di atti regolamentari o amministrativi generali che dà luogo ad un giudicato inscindibile o indivisibile) (74).

Secondo un orientamento consolidato della giurisprudenza amministrativa, al fine di assicurare il soddisfacimento delle finalità dell'ottemperanza attraverso la completa attuazione del contenuto decisorio della sentenza, la legittimazione passiva deve essere riconosciuta non solo all'Amministrazione che sia stata parte nel precedente giudizio (nonché ai suoi successori sia di natura pubblica (75) che privata (76)) ma anche a quella che, pur non avendo partecipato al precedente giudizio, sia titolare del potere di compiere un'attività vincolata meramente adempitiva (77) nonché ai soggetti privati esercenti poteri pubblici (78).

È stato anche ritenuto ammissibile, non senza incertezze, l'intervento di chi non sia stato parte nel precedente giudizio che faccia valere una posizione dipendente da quella della P.A. soccombente, oppure un interesse costituito o confermato dall'atto di riesercizio del potere conseguente al giudicato (79).

---

zione, è stato definitivamente affermato da una decisione dell'Adunanza Plenaria (Cons. Stato, A.P., 11 giugno 2001, n. 4; precedentemente in termini Cons. Stato, Sez. IV, 1° settembre 1999, n. 1392; Id., Sez. IV, 26 marzo 1999, n. 420; Id., Sez. IV, 1° aprile 1999, n. 361; Id., Sez. IV, 11 dicembre 1998, n. 1781; Id., Sez. V, 11 ottobre 1996, n. 1231; Id., Sez. IV, 14 marzo 1995, n. 172; Id., Sez. IV, 15 marzo 1994, n. 250; Id., Sez. VI, 3 febbraio 1992, n. 59; Id., Sez. IV, 17 luglio 1991, n. 469; Id., Sez. V, 20 marzo 1985, n. 160).

(73) Cons. Stato, Sez. V, 12 luglio 1968, n. 1120; Id., Sez. V, 9 aprile 1994, n. 276 (hanno esteso la legittimazione a soggetti che non avevano partecipato al giudizio di merito). In senso contrario Cons. Stato, Sez. VI, 19 dicembre 1956, n. 892; Id., Sez. V, 27 settembre 1960, n. 687; Id., Sez. II, 1° febbraio 1995, n. 15/95.

In dottrina per l'orientamento favorevole all'allargamento della legittimazione a ricorrente SCOCA F.G., *Aspetti processuali del giudizio di ottemperanza*, in A.A.V.V., *Il giudizio di ottemperanza (Atti Varenna)*, 1981, 210. Per quello contrario CASSARINO S., *Il processo amministrativo*, Vol. II, 887.

(74) Per una recente conferma del principio dell'efficacia *erga omnes* dell'annullamento di atti amministrativi generali Cons. Stato, A.P., 11 gennaio 2007, n. 1.

(75) Cons. Stato, Sez. VI, 4 novembre 1989, n. 1382 (ipotesi di successione tra enti pubblici).

(76) Cons. Stato, A.P., 5 settembre 2005, n. 5 (in relazione all'obbligo incombente sul successore di natura privatistica di provvedere all'esibizione di un documento amministrativo relativo ad un atto adottato dall'estinto ente pubblico trasformato).

(77) Cons. Stato, Sez. VI, 25 giugno 2002, n. 3484; Id., Sez. VI, 6 maggio 1997, n. 690; Id., Sez. VI, 22 aprile 1989, n. 485. In senso contrario, tuttavia, Cons. Stato, Sez. V, 31 marzo 1994, n. 242; Id., Sez. IV, 11 giugno 1992, n. 620.

(78) Cons. Stato, Sez. IV, 29 ottobre 2001, n. 5624; Cons. Giust. Amm., 13 febbraio 2007, n. 42.

La trattazione del ricorso si svolge in camera di consiglio (80) applicando il principio istruttorio c.d. dispositivo con metodo acquisitivo in base al quale è sufficiente che il ricorrente alleggi un mancato o inesatto adempimento di quanto statuito nel *decisum*, che avrebbe dovuto essere ottemperato, rimanendo l'Amministrazione onerata della prova dell'avvenuta esecuzione (81).

Durante il giudizio di ottemperanza, l'Amministrazione non perde il potere di provvedere adeguandosi al giudicato e l'adozione di atti adempitivi sopravvenuti comporta l'improcedibilità del giudizio per sopravvenuta carenza di interesse (se non soddisfattivi o parzialmente soddisfattivi (82)) o la cessazione della materia del contendere (se pienamente soddisfattivi) (83).

Circa il regime giuridico delle sopravvenienze di fatto o di diritto (84) che, ponendosi in contrasto con le statuizioni del giudicato, hanno l'attitudine di impedirne la piena attuazione, la giurisprudenza amministrativa, superando l'orientamento tradizionale (85) che ne affermava la rilevanza in ogni

---

(79) T.A.R. Lazio, Sez. III, 4 febbraio 2003, n. 640. In senso implicitamente favorevole Cons. Stato, Sez. V, 22 novembre 2001, n. 5931; ID., Sez. V, 17 maggio 2000, n. 2875. In senso contrario Cons. giust. amm., 10 marzo 1983, n. 39.

(80) Tuttavia le parti possono chiedere la trattazione in udienza pubblica ma spetta al giudice valutare se accogliere o meno la richiesta (Cons. Stato, Sez. Sez. V, 28 marzo 1998, n. 367; Cons. Giust. Sia., 22 marzo 1993, n. 114).

(81) Cons. Stato, Sez. IV, 2 marzo 2004, n. 954; ID., Sez. IV, 17 giugno 2003, n. 3443.

(82) Cons. Stato, A.P., 10 dicembre 1991, n. 10.

(83) Se l'atto adempitivo era già stato adottato dall'Amministrazione prima del deposito del ricorso per ottemperanza il giudizio va dichiarato inammissibile per carenza originaria di interesse.

(84) Si è autorevolmente rilevato che il regime delle sopravvenienze di fatto e di diritto sarebbe delineato dalla giurisprudenza amministrativa in maniera divaricata (PATRONI GRIFFI F., *Il giudicato amministrativo e la sua ottemperanza*, in MORBIDELLI G., *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2005, 818-820). In relazione alle prime il tema delle sopravvenienze darebbe luogo ad una "*casistica assai varia, che persegue soluzioni di concreta soluzione delle questioni bilanciando gli interessi in gioco*" atteso che la giurisprudenza ammetterebbe "*un certo rilievo, in senso ostativo all'esecuzione del giudicato, ai mutamenti della situazione di fatto*" (p. 818). Con particolare riferimento alle seconde, invece, "*la tesi oramai accolta è che trova applicazione la normativa vigente al momento della notificazione della sentenza definitiva, notificazione che ha l'effetto di "cristallizzare" la situazione di fatto e di diritto*" (p. 819). In relazione alle sopravvenienze di diritto, difatti, si assiste al conflitto tra due principi: quello di dare effettiva attuazione al giudicato e quello di rispettare la legge in vigore al momento dell'attuazione del giudicato che si fonda sulla norma abrogata (così SATTA F., *Giustizia amministrativa*, 1997, 485).

(85) L'orientamento era stato affermato anche da due pronunce dell'Adunanza Plenaria.

La prima pronuncia, riferendosi all'attività giurisdizionale dello stesso giudice amministrativo da svolgersi in sede di ottemperanza che era destinata ad "*inserirsi nel circuito decisionale e nell'ambito operativo dell'Amministrazione*", rilevava che quest'ultimo, come "*l'Amministrazione, nel provvedere in seguito alla sentenza (e il giudice amministrativo nel*

caso, si è oramai consolidata (86) nel senso di riconoscere efficacia solo agli eventi venuti in essere prima della notifica della sentenza favorevole (87), non potendo quelli successivi incidere sulla stabilità del *decisum* per ragioni di certezza del diritto. Ove la sopravvenienza abbia rilevanza (perché antecedente la notifica della sentenza) frustrando le pretese del privato quest'ultimo potrà tutelarsi (eventualmente) solo per equivalente dando prova del comportamento illecito della P.A. concretatosi nel colpevole ritardo nell'adempimento (88).

Il principio è stato, peraltro, affermato anche in relazione alle situazioni soggettive ad efficacia durevole su cui sia sceso un giudicato "inciso" da una

---

*sostituirsi all'Amministrazione inadempiente), deve in genere – almeno quanto si tratti di valutazioni complesse e nelle quali sia dominante la considerazione dell'interesse pubblico – effettuare un nuovo apprezzamento delle esigenze generali da soddisfare tenendo conto anche dei nuovi elementi di fatto e normativi che siano sopravvenuti tempestivamente all'atto annullato"* (Cons. Stato, A.P., 14 luglio 1978, n. 23).

Con la decisione del 14 ottobre 1986, n. 12, la Plenaria, pur richiamando il proprio precedente orientamento, affermava, per converso, che nell'ipotesi concreta la sopravvenienza normativa in discussione (una legge regionale della Sicilia di interpretazione autentica) non era idonea ad incidere sui rapporti giuridici su cui era sceso il giudicato.

(86) Cons. Stato, A.P., 21 febbraio 1994, n. 4, in *Foro It.*, 1994, III, 313; *Id.*, A.P., 11 maggio 1998, n. 2, in *Cons. Stato*, 1998, I, 743; *Id.*, A.P., 10 dicembre 1998, n. 9, in *Foro Amm.*, 1998, 11-12.

L'orientamento si è sviluppato a partire dalle aperture dell'antesignana decisione della Plenaria del 1986 (Cons. Stato, A.P., 8 gennaio 1986, n. 1, in *Cons. Stato*, 986, 1) che aveva affermato che, in sede di esecuzione del giudicato di annullamento di un diniego di concessione edilizia, il sindaco avrebbe dovuto applicare la disciplina contenuta nello strumento urbanistico vigente non al momento della presentazione dell'originaria domanda ma al tempo della pronuncia definitiva, salva l'inopponibilità delle variazioni dello strumento urbanistico sopravvenute dopo la notificazione della sentenza di accoglimento del ricorso e salvo il potere-dovere dell'autorità competente di rivedere *in parte qua* il piano vigente al fine di valutare se ad esso possa essere apportata una deroga che recuperi, in tutto o in parte e compatibilmente con l'interesse pubblico, la previsione del piano abrogato, sulla quale si fondava originariamente la domanda di concessione.

Sulle variazioni sopravvenute allo strumento urbanistico, in termini Cons. Stato, Sez. V, 8 gennaio 1998, n. 53.

(87) È irrilevante la mera comunicazione della segreteria (Cons. Stato, Sez. V, 2 aprile 2003, n. 1698, in *Cons. Stato*, I, 2003, 817).

(88) Cons. Stato, Sez. V, 25 febbraio 2003, n. 1077; *Id.*, Sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, in *Foro Amm.*, 2001, 2008, che recepiscono l'orientamento di quell'autorevole dottrina che aveva auspicato l'utilizzazione del rimedio risarcitorio almeno nelle ipotesi di sopravvenienze fattuali che avessero reso inattuabile il giudicato ("*Di fronte al risultato concreto, per cui il corso della vita e degli eventi priva di significato la sentenza, si tratta di dare effettività e compiutezza alla tutela giurisdizionale amministrativa [...] questo è possibile solo collocando questo tipo di tutela nel più ampio e generale quadro della tutela giurisdizionale: per cui là dove, quasi per forza di cose, non giungono il giudice amministrativo e l'amministrazione, deve poter essere invocata la tutela per equivalente, vale a dire il risarcimento del danno*") SATTÀ F., *Giustizia amministrativa*, Padova, 1997, 484).

nuova legge che abbia efficacia retroattiva (come le leggi di interpretazione autentica). A tale riguardo è stato chiarito che il principio costituzionale dell'indipendenza della magistratura impone che il giudicato sia intangibile dalla legge sopravvenuta con effetti retroattivi che entri in conflitto con il contenuto del medesimo (89). Secondo l'orientamento della giurisprudenza amministrativa prevalente (90) quest'ultimo, ove abbia definito situazioni giuridiche ad effetti istantanei (tali sono secondo la Plenaria (91) quelle che “*conseguono il loro scopo in quanto si estinguono*”) deve essere attuato dall'Amministrazione, senza che la stessa possa invocare l'esistenza di una causa di impossibilità sopravvenuta ad essa non imputabile inveratasi nel *factum principis* (la nuova legge retroattiva), mentre in relazione alle *situazioni durevoli* (tali sono secondo la Plenaria (92) quelle che “*conseguono il loro scopo in quanto durano nel tempo*”) bisognerebbe distinguere gli effetti che si sono prodotti prima della sopravvenienza di diritto che troverebbero la propria regola nel giudicato e quelli successivi che sarebbero, per converso, disciplinati dalle nuove norme. Secondo la menzionata giurisprudenza la soluzione non contrasterebbe con il principio di intangibilità del giudicato da parte di nuove leggi retroattive perché in relazione alla disciplina degli effetti che si producono dopo l'entrata in vigore della nuova normativa si profilerebbe una mera successione cronologica di regole normative senza che possa ritenersi esistente un conflitto tra legge e giudicato che, come rilevato, continuerebbe a regolare gli effetti già prodotti.

Per la descrizione della tipologia di decisioni adottabili dal giudice dell'ottemperanza e la possibilità di nominare un *commissario ad acta* si rinvia a quanto già rilevato nell'ambito della trattazione afferente la natura giuridica del giudizio amministrativo per l'esecuzione del giudicato nel quale sono riconosciuti al G.A. i più ampi poteri sostitutivi di merito.

Circa i rimedi esperibili nei confronti della sentenza che chiude il giudizio di ottemperanza va segnalato che l'appellabilità della medesima dipende dal contenuto e dalla natura giuridica delle statuizioni della decisione che vengono censurate. Ove quest'ultima si presenti meramente esecutiva del titolo da ottemperarsi (in quanto contenga esclusivamente statuizioni necessarie a garantire l'utilità finale attribuita dal giudicato) l'appello sarebbe inammissibile, mentre lo stesso sarebbe, per converso, consentito nell'ipotesi in cui sia teso a censurare statuizioni (di cognizione) con cui il giudice del-

---

(89) Cons. Stato, A.P., 21 febbraio 1994, n. 4, in *Foro It.*, 1994, III, 313; Id., A.P., 10 dicembre 1998, n. 9, in *Foro Amm.*, 1998, 11-12.

(90) Cons. Stato, A.P., 21 febbraio 1994, n. 4, in *Dir. Proc. Amm.*, 1995, 254; Id., A.P., 11 maggio 1998, n. 2, in *Cons. Stato*, 1998, I, 743; Id. A.P., 4 dicembre 1998, n. 8; Id., A.P., 10 dicembre 1998, n. 9, in *Foro Amm.*, 1998, 11-12. L'orientamento della Plenaria è stato seguito dalla giurisprudenza prevalente (Cons. Stato, Sez. IV, 6 maggio 2004, n. 2800; Id. Sez. IV, 6 novembre 1998, n. 439; Id., Sez. IV, 2 giugno 1998, n. 922; Id., Sez. IV, 20 gennaio 1998, n. 39).

(91) Cons. Stato, A.P., 11 maggio 1998, n. 2.

(92) Cons. Stato, A.P., 11 maggio 1998, n. 2.

l'ottemperanza abbia integrato le lacune o interpretato il titolo da ottemperarsi, oppure abbia risolto questioni quali quelle relative ad eccezioni processuali o di rito, alla sussistenza delle condizioni soggettive ed oggettive dell'*actio iudicati* oppure alla fondatezza della pretesa azionata (per es. abbia ritenuto non violativi od elusivi del giudicato gli atti censurati) (93).

---

(93) Orientamento oramai consolidato (Cons. Stato, 26 maggio 2006, n. 3144, in *Foro Amm.-Cons. Stato*, 2006, 1561; Id., Sez. IV, 10 marzo 2004, n. 1167; Id., Sez. IV, 17 giugno 2003, n. 3443, in *Foro Amm.-Cons. Stato*, 2003, 1855; Id., Sez. VI, 10 aprile 2003, n. 1906, in *Giur. It.*, 2003, 1936; Id., Sez. VI, 10 aprile 2003, n. 1918, in *Giur. It.*, 2003, 1930; Id., Sez. IV, 30 settembre 2002, n. 4979, in *Foro Amm.-Cons. Stato*, 2002, 2025; Id., Sez. V, 8 luglio 2002, n. 3789, in *Foro Amm.-Cons. Stato*, 2002, 1716; Id., Sez. V, 6 ottobre 1999, n. 1329; Id., Sez. IV, 28 luglio 1998, n. 1121; Id., Sez. VI, 5 maggio 1998, n. 632; Id., Sez. VI, 2 aprile 1998, n. 404; Id., Sez. V, 10 febbraio 1998, n. 153; Id., Sez. V, 28 febbraio 1995, n. 298; Cass. civ., Sez. Un., 10 gennaio 1984, n. 175; Cons. Giust. Sic. 8 luglio 1998, n. 426).

Il regime dell'appellabilità delle decisioni rese in sede di ottemperanza risulta dalla lettera combinata dei *decisa* di due Adunanze Plenarie.

Secondo la prima delle due decisioni (Cons. Stato, A.P., 14 luglio 1978, n. 23) l'appello sarebbe di regola precluso in quanto in relazione al giudizio di ottemperanza "*il criterio seguito dalla legge non è quello del doppio grado di giudizio ma quello dell'unico grado di giudizio*" (conclusione accolta dalla legge per i procedimenti di ottemperanza attribuiti alla competenza del Consiglio di Stato e applicabile, secondo la Plenaria, anche alle ipotesi attribuite alla competenza dei T.A.R.). Peraltro, prosegue la decisione, "*le considerazioni [...] sulla speciale natura del procedimento di ottemperanza, sul carattere peculiare e pregnante delle relative statuizioni e sulla sua funzione esaustiva della vicenda processuale, forniscono invece una valida spiegazione logica del perché il legislatore non abbia ritenuto il doppio grado rispondente alle caratteristiche e alla funzione proprie di tale procedimento in relazione all'esigenza che il giudizio (già eventualmente sviluppatosi in più gradi) pervenga finalmente a conclusione in tempi ormai spediti e in forme concentrate, così come richiede sia l'interesse alla tempestività dell'azione amministrativa sia l'interesse del privato alla realizzazione della posizione di vantaggio derivategli dalla sentenza da eseguire*". Tale regola generale, tuttavia, per evitare di sacrificare esigenze fondamentali di giustizia, è destinata a subire eccezioni in relazione a "*pronunce e statuizioni aberranti o che comunque, sebbene formalmente emesse ex art. 27, n. 4 del T.U. del 1924 o ex art. 37 della legge n. 1034 del 1971, esulino o esorbitino in realtà dall'ambito e dalla funzione propria del procedimento di ottemperanza*".

La decisione successiva della Plenaria (Cons. Stato, A.P., 29 gennaio 1980, n. 2) dichiara di condividere la linea interpretativa inaugurata nel 1978 ma ritiene necessario integrare e completare la precedente statuizione chiarendo che "*deve ritenersi che le sentenze dei Tribunali amministrativi regionali emesse ai sensi dell'art. 37 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 non siano appellabili là dove contengano mere misure attuative del preesistente giudicato, sempreché queste ultime non si sostanzino in statuizioni aberranti o comunque estranee all'ambito ed alla funzione propri del giudizio di ottemperanza*", mentre "*l'appello contro le stesse sia consentito là dove il Tribunale regionale si sia pronunciato – ovvero abbia illegittimamente omesso di pronunciarsi – sulla regolarità in rito del seguito giudizio, sul ricorrere nel caso delle richieste condizioni soggettive ed oggettive dell'azione esperita, nonché sulla fondatezza della pretesa azionata*", atteso che in questi casi il T.A.R. "*finisce indubbiamente coll'esplicare una attività ontologicamente del tutto identica a quella pertinente in ordine alla verifica dei corrispondenti profili in rito ed in merito dei giudizi di cognizione ordinari sì da non potersi le sue conseguenti pronunce non definire, per pari*

Pur se ammissibile in astratto, il ricorso per cassazione per (soli (94)) motivi di giurisdizione (come pure il regolamento preventivo di giurisdizione (95)) si presenta nel concreto una via percorribile con poche possibilità di successo, attesa l'estrema difficoltà di articolare censure afferenti il superamento dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa in relazione a materie in cui il G.A. ha poteri decisori estesi al merito (96).

Per chiudere il quadro dei rimedi esperibili avverso la sentenza che abbia chiuso il giudizio di ottemperanza giova ricordare che è stata, peraltro, ritenuta ammissibile l'opposizione di terzo (97).

---

*necessaria analogia, come di natura prettamente giurisdizionale*". Nelle ipotesi eccezionali in cui è ammissibile l'appello delle decisioni dei T.A.R. rese in sede di ottemperanza, dal carattere devolutivo dello stesso, discende che nel caso di "*accoglimento del gravame e, in una connesso, dell'originario ricorso per ottemperanza di prima cure, spetti al Consiglio di Stato assumere le conseguenti misure attuative del giudicato*".

La progressiva estensione dell'ambito di appellabilità delle decisioni rese in sede di ottemperanza è stata riconosciuta incidentalmente anche dalla Corte costituzionale (C. cost., 31 marzo 1988, n. 395).

La giurisprudenza successiva, nonostante un incidentale orientamento della Cassazione favorevole all'affermazione della generale appellabilità delle decisioni rese in sede di ottemperanza (Cass. civ., 24 novembre 1986, n. 6895), si è conformata all'interpretazione della Plenaria (Cons. Stato, Sez. V, 18 settembre 2003, n. 5319; Id., Sez. V, 8 luglio 2002, n. 3789; Id., Sez. V, 6 ottobre 1999, n. 1329; Id. Sez. IV, 28 luglio 1998, n. 1121; Id., Sez. VI, 5 maggio 1998, n. 632; Id., Sez. V, 10 febbraio 1998, n. 153; Id., Sez. V, 28 febbraio 1995, n. 298; Id., Sez. IV, 2 novembre 1993, n. 964; Id., Sez. V, 7 aprile 1992, n. 297).

(94) In base all'art. 111, u.c., Cost. il ricorso per cassazione nei confronti delle decisioni del Consiglio di Stato è circoscritto alla sola verifica del rispetto dei limiti esterni della giurisdizione essendo inammissibili censure con cui si facciano valere *errores in procedendo* o *in iudicando* che attengono al modo dell'esercizio della funzione giurisdizionale e non alla sua esistenza (Cass. civ., Sez. Un., 16469/06, Id., Sez. Un., 26 febbraio 1990, n. 1456; Id., Sez. Un., 27 novembre 1987, n. 8792).

(95) La esperibilità del regolamento preventivo di giurisdizione è stata espressamente riconosciuta dalla stessa Corte costituzionale al fine di soddisfare esigenze di economia processuale ("*Una volta che il giudizio di c.d. ottemperanza (art. 27, n. 4, del T.U. 16 giugno 1924, n. 1054, e art. 30 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034) ha carattere giurisdizionale ed una volta che anche in questa sede possono sorgere, come di fatto sono sorte, questioni attinenti alla giurisdizione, non si vede ragione per negare la possibilità di proporre regolamento di giurisdizione anche in un processo di esecuzione. Anzi potrebbe dirsi che, data la necessità ancor più evidente di accelerare il corso dei giudizi di ottemperanza, la ratio più volte ripetuta si presenta qui con una intensità maggiore*" C. cost., 28 luglio 1983, n. 246). In termini Cass. civ., Sez. Un., 9 marzo 1981, n. 1299.

(96) Cass. civ., Sez. Un., 23 luglio 2001, n. 10012; Id., Sez. Un., 6 maggio 1998, n. 4572; Id., Sez. Un., 14 gennaio 1992, n. 368.

(97) Cons. Stato, Sez. IV, 3 aprile 2001, n. 1999; Id., Sez. IV, 3 novembre 1994, n. 848.

## **Pregiudiziale amministrativa, rito del silenzio e risarcimento del danno da omissione provvedimento: tiene la rete di contenimento del giudice amministrativo?**

*di Alfonso Mezzotero<sup>(\*)</sup>*

*SOMMARIO: 1.- La questione della configurabilità della c.d. pregiudizialità da silenzio. 2.- Presupposti per la risarcibilità del danno da ritardo. 3.- La tesi favorevole alla c.d. pregiudizialità del giudizio ex art. 21 bis. 4.- La contraria opinione che esclude il previo esperimento del rito del silenzio ai fini della proponibilità dell'azione risarcitoria. 5.- La pregiudizialità è estranea al risarcimento del danno da silenzio. 6.- Il progressivo superamento da parte della giurisprudenza della pregiudizialità da silenzio. 7.- Il danno da omessa ripianificazione delle zone bianche. 8.- Termine prescrizione dell'azione di risarcimento dei danni conseguenti a ritardo o inerzia.*

*Sullo sfondo della disputa sulla questione della pregiudiziale amministrativa, ancora lontana dal raggiungimento di certezze giurisprudenziali, anche in considerazione del fatto che le recenti decisioni della Cassazione del giugno 2006 hanno non solo ribaltato l'orientamento prevalso nella giurisprudenza amministrativa, ma anche trasformato, in modo criticabile, la pregiudiziale in una questione di giurisdizione, lo scritto esamina il percorso giurisprudenziale che ha progressivamente portato a ritenere inestensibile alle ipotesi in cui il danno scaturisce da comportamento inerte la teorica della pregiudizialità amministrativa (secondo lo schema annullamento -reintegrazione in forma specifica - risarcimento per equivalente monetario, in successione decrescente).*

*L'indagine è, in particolare, focalizzata sulle ragioni che rendono insostenibile riguardo al danno da comportamento inerte l'impostazione della maggioritaria giurisprudenza amministrativa che tende essenzialmente a legare l'azione risarcitoria ai tempi e ai modi tipici del processo amministrativo, accentuandone il carattere consequenziale e completo rispetto alla tutela demolitoria, al fine di evitare l'eccessivo protrarsi dello stato di incertezza in merito all'assetto dei rapporti pubblicistici.*

*In tale ambito, tuttavia, permangono coni d'ombra (si pensi al danno da omessa ripianificazione delle zone bianche) che non consentono di ritenere pacificamente accolta dalla giurisprudenza la tesi che esclude che la domanda di accertamento giudiziale dell'illegittimità del comportamento silente o inerte della P.A., veicolata dalla impugnazione del silenzio attraverso l'esperimento dell'azione ex art. 21 bis, l. T.A.R., costituisca condizione di ammissibilità dell'azione risarcitoria.*

---

<sup>(\*)</sup> Avvocato dello Stato presso l'Avvocatura distrettuale di Catanzaro.

### 1. La questione della configurabilità della c.d. pregiudizialità da silenzio.

Particolarmente controverso, anche in considerazione della non univoca posizione assunta dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, è il tema della c.d. pregiudiziale amministrativa da silenzio o inerzia della P.A. a fronte di adempimenti pubblicistici (1).

Com'è noto, a seguito della riformulazione dell'art. 7, comma 3, legge T.A.R., in forza della legge n. 205/2000, la giurisprudenza amministrativa al

---

(1) Per un'aggiornata e dettagliata ricostruzione del dibattito giurisprudenziale in materia di pregiudizialità e del contrasto tra la IV e V Sezione del Consiglio di Stato, si veda LOTTI, *La querelle infinita: pregiudiziale sì, pregiudiziale no*, in *Urb. e app.*, 2007, 963 ss., nonché BERTONI, *Pregiudiziale amministrativa, risarcimento del danno e questioni di giurisdizione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 10, 1087 ss. A livello monografico una trattazione completa del tema è stata fornita da CORTESE, *La questione della pregiudizialità amministrativa*, Padova, 2007; FANTI, *Tutela demolitoria e risarcitoria dell'interesse legittimo innanzi al giudice ordinario e amministrativo*, Milano, 2006. Tra i molteplici contributi in materia, si segnalano ALLENA, *La pregiudizialità amministrativa fra annullamento e tutela risarcitoria*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 105 ss.; BARBIERI, *Qualche motivo a favore della pregiudizialità della tutela demolitoria rispetto alla tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, *ivi*, 471 ss.; CAPONIGRO, *La pregiudiziale amministrativa tra l'essenza dell'interesse legittimo e l'esigenza di tempestività del giudizio*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); CARINGELLA, *La pregiudiziale amministrativa: una soluzione antica per un problema attuale*, in [www.ildirittopericoncorsi.it](http://www.ildirittopericoncorsi.it); CAVALLARI, *La pregiudiziale amministrativa: le ragioni di una soluzione*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); CHIEPPA, *La pregiudiziale amministrativa*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); *Id.*, *È possibile optare per il solo risarcimento del danno da provvedimento amministrativo illegittimo, senza avvalersi degli effetti conformativi del giudicato di annullamento?*, in *Dir. & form.*, 2005, 376; COMPORTI, *Pregiudizialità amministrativa: natura e limiti di una figura a geometria variabile*, *ivi*, 2005, 280 ss.; CONSOLO, *Piccolo discorso sul riparto di giurisdizioni, il dialogo tra le Corti e le esperienze dei tempi*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 631; CORRADINO, *Sulla pregiudiziale amministrativa*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); CRISCENTI, *Dalla pregiudizialità e giurisdizione e ritorno (nota a Cass. 7 gennaio 2008, n. 35)*, in [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it); FIASCONARO, *La pregiudiziale amministrativa e i profili di criticità nella posizione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); GAROFALO, *Eventualità del risarcimento del danno e pregiudiziale amministrativa*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); GASPARI CASARI, *In tema di pregiudiziale amministrativa*, in *Studi in onore di L. Mazzarolli*, IV, Padova, 2007, 215 e ss.; GISONDI, *Pregiudizialità e giudizio sul rapporto*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) (ove alla nota 3 si rinviengono ulteriori riferimenti bibliografici sul tema); GOTTI, *Spunti di riflessione sul rapporto tra azione risarcitoria e pregiudiziale di annullamento: un problema la cui soluzione non è più rinviabile*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2007, 2183; LOTTI, *La pregiudiziale di annullamento: argomenti di diritto civile a confronto*, *ivi*, 1828; STANCANELLI, *Qualche osservazione sulla pregiudiziale amministrativa nel giudizio di risarcimento del danno*, in *Studi in onore di L. Mazzarolli*, *cit.*, 437 e ss.; VERDE, *La pregiudizialità dell'annullamento nel processo amministrativo per risarcimento del danno*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 971 ss.; VOLPE, *Alcune considerazioni in tema di pregiudizialità amministrativa*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); VILLATA, *Pregiudizialità amministrativa nell'azione risarcitoria per responsabilità da provvedimento?*, in *Studi in onore di L. Mazzarolli*, *cit.*, 469 e ss. e in *Dir. proc. amm.*, 2007, 271, cui si rimanda per l'ampiezza e puntualità dei riferimenti di dottrina e giurisprudenza.

suo massimo livello (2) ha affermato il principio che l'azione risarcitoria per danni conseguenti ad attività provvedimentoale presuppone l'avvenuta impugnazione nell'ordinario termine di decadenza dell'atto illegittimo pregiudizievole, in ragione (principalmente) dell'impossibilità di un accertamento incidentale da parte del giudice degli interessi della illegittimità di un atto divenuto inoppugnabile. Ed invero, secondo i principi generali, al G.A. non è dato disapplicare atti amministrativi non regolamentari. Da qui il fondamentale corollario della inammissibilità di azioni risarcitorie cc.dd. pure, proposte in relazione a provvedimenti amministrativi non impugnati nei termini e non rimossi in autotutela dall'amministrazione ovvero in sede giustiziale (3). Del resto, la proponibilità di un'autonoma domanda risarcitoria, sganciata

---

(2) Cons. St., ad. pl., 26 marzo 2003, n. 4, in *Foro amm. C.d.S.*, 2003, 3, 885 ss., con nota di CIRILLO, *L'annullamento dell'atto amministrativo e il giudizio sull'antigiuridicità ingiusta dell'illegittimo esercizio dell'azione amministrativa*; in *Dir. proc. amm.*, 2003, 866 ss., con nota di D'ATTI, *Il diritto europeo e la questione della pregiudizialità amministrativa*, da ultimo, Cons. St., ad. pl., 22 ottobre 2007, n. 12, in *Urb. e app.*, 2008, 339, ove la Plenaria ha compiuto una vera e propria ricostruzione sistematica dell'azione risarcitoria nel processo amministrativo, ribattendo alle argomentazioni espresse dalle Sezioni Unite nelle famose ordinanze gemelle n. 13659 e 13660 del 13 giugno 2006 ed individuando sette ragioni a sostegno della pregiudizialità. Sulla dec. n. 12/2007 si vedano i commenti di CLARICH, *La pregiudizialità amministrativa riaffermata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato: la linea del Piave o l'effetto boomerang?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 55; DI MAJO e MADDALENA, *La giurisdizione esclusiva del g.a. in merito ai comportamenti amministrativi*, in *Il corriere del merito*, 2008, 119; C.E. GALLO, *L'Adunanza Plenaria conferma la pregiudiziale amministrativa*, in *Urb. e app.*, 2008, 346; PLAISANT, *Accessione invertita, è scontro tra Consiglio di Stato e Cassazione*, in *Dir. prat. amm.*, 2007, 11, 84.

(3) Sul tema della pregiudizialità amministrativa, relativamente ad una fattispecie di occupazione illegittima, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si è espressa con decisione n. 9 del 30 luglio 2007, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), cui la questione era stata deferita dal Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., con ordinanza 2 marzo 2007, n. 75, *ivi*. In tale ultimo arresto i Giudici di Palazzo Spada escludono che la regola della pregiudizialità operi ove l'atto sia stato rimosso in sede amministrativa, in autotutela o su ricorso di parte, oppure qualora il danno non sia prodotto dalle statuizioni costitutive contenute nell'atto, ma sia materialmente causato dalle particolari modalità della sua esecuzione; sulla base di premessa, il Consiglio esclude l'operatività della regola della pregiudizialità nel caso di azione risarcitoria proposta a seguito dell'irreversibile trasformazione del fondo operata dalla P.A. sulla base di un'occupazione d'urgenza alla quale non sia seguita, nei termini previsti dalla dichiarazione di p.u., l'emissione del decreto di esproprio. È evidente, infatti, che, in tale ipotesi, alcun onere di previa impugnazione del provvedimento dannoso può accollarsi al suo destinatario, considerato che il danno lamentato non discende da eventuali illegittimità dell'atto dichiarativo quanto direttamente dalla mancata conclusione del procedimento e dalla omessa adozione al termine dei lavori dell'atto di trasferimento, che ha impedito la stabilizzazione degli effetti *medio tempore* prodotti dagli atti intermedi ad esso finalizzati sul piano causale.

Prima dell'intervento dell'Adunanza Plenaria si sono registrate posizioni davvero contraddittorie tra le diverse sezioni del Consiglio di Stato: da ultimo, per la soluzione dell'ammissibilità del ricorso non preceduto dall'impugnativa del provvedimento: Cons. St., sez. V, 21 giugno 2007, n. 3321, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), che, pur richiamando l'indirizzo delle Sezioni

dalla preventiva caducazione dell'atto produttivo di danno, comporterebbe la trasformazione della natura stessa della tutela, che verrebbe a perdere la sua

---

unite a sostegno del superamento della teorica della pregiudizialità, precisa, in ogni caso, che “*ciò non impedisce di riconoscere l'interesse del ricorrente ad ottenere una sentenza di annullamento del provvedimento impugnato, idonea a spiegare effetti anche nel giudizio civile, quanto meno con riferimento al presupposto oggettivo dell'azione di responsabilità*”; Cons. St., sez. V, 31 maggio 2007, n. 2822, *ivi*, e Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 18 maggio 2007, n. 386, *ivi*, n. 5/2007; in senso decisamente opposto: Sez. IV, 8 maggio 2007, n. 2136, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. St., sez. IV, 8 giugno 2007, n. 3034, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), che conclude per l'inammissibilità della pretesa risarcitoria di un pubblico dipendente in ragione della omessa impugnazione degli atti autoritativi della P.A. datrice, “*in ossequio ai principi affermati dall'Adunanza Plenaria (decisione 26 marzo 2003, n. 4), secondo cui l'esercizio della pretesa risarcitoria fondata sulla affermata lesione di un interesse legittimo deve intendersi impedito a chi ha omesso di impugnare, nel termine decadenziale, il provvedimento amministrativo asseritamente produttivo del danno del quale si domanda il ristoro*”; alla medesima conclusione approda Cons. St., sez. V, 12 luglio 2007, n. 3922, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), che ribadisce il principio della necessaria pregiudiziale di annullamento rispetto alla pronuncia di risarcimento.

La giurisprudenza di primo grado si dimostra ancora compatta nell'aderire alla tesi favorevole alla pregiudizialità patrocinata dalla decisione n. 4/2003 dell'Adunanza Plenaria: cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. III *ter*, 5 novembre 2007, n. 10853, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), ove il Collegio sostiene che, per accogliere una domanda di risarcimento dei danni provocati da un atto illegittimo dell'Amministrazione, è indispensabile che il giudice abbia pronunciato un preventivo annullamento del provvedimento amministrativo o almeno che abbia accertato l'illegittimità di una condotta omissiva o commissiva della Pubblica Amministrazione, con la conseguenza che atteso il nesso di necessaria pregiudizialità intercorrente fra le due domande, l'infondatezza della domanda principale di annullamento degli atti impugnati, trae seco anche quella della domanda subordinata risarcitoria che va anch'essa respinta; T.A.R. Piemonte, sez. II, 28 settembre 2007, n. 2990, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); T.A.R. Emilia Romagna, Parma, 1 agosto 2007, n. 432, *ivi*; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 23 luglio 2007, n. 746, *ivi*; T.A.R. Valle d'Aosta, 11 luglio 2007, n. 88, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 19 giugno 2007, n. 6214, in [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it); T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 7 giugno 2007, n. 1629, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it); T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 31 maggio 2007, n. 5871, in [www.iusna.net](http://www.iusna.net) – rivista di giurisprudenza amministrativa napoletana; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 23 aprile 2007, n. 1174, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 16 aprile 2007, n. 651, in *Guida al diritto*, n. 20/2007, 97, con nota di CARUSO, *Con l'impugnazione immediata dell'atto il privato può ottenere il bene della vita*; T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 22 marzo 2007, n. 273, in [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it); T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 4 luglio 2006, n. 3710, in *Foro amm. TAR*, 2006, 2652, con nota di CALSOLARO, *Per la pregiudiziale amministrativa: la doppia anima dell'interesse legittimo*; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 11 luglio 2006, n. 581, *ibidem*, 2570; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 3 agosto 2006, n. 7797, in *Il Corriere del merito*, 2006, 1207; T.A.R. Basilicata, 2 febbraio 2007, n. 3, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 16 aprile 2007, n. 651, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it).

Non mancano, tuttavia, decisioni che riducono o addirittura escludono l'operatività della pregiudizialità: T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 5 giugno 2007, n. 1469, in [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it), che esclude l'onere della previa impugnazione dell'atto lesivo qualora la controversia afferisca ad un diritto soggettivo, quale, nel caso di specie, quello alla salute, considerato, per sua natura, fondamentale ed insuscettibile di affievolimento da parte della P.A., anche in ragione della copertura costituzionale di cui fruisce ai sensi dell'art. 32 Cost.; T.A.R.

precipua *natura rimediale e completiva*, la quale – riconosciuta e ribadita dalla Corte costituzionale – vuole, in linea con il disposto dell'art. 7, legge n. 205/2000, che il giudice amministrativo conosca anche di un eventuale risarcimento del danno, storicamente concepito come diritto patrimoniale consequenziale. Essendo la tutela risarcitoria complementare a quella di annullamento, deve necessariamente inserirsi nel sistema complessivo di tutela accordato dal giudice amministrativo, incentrato, a Costituzione invariata, sull'impugnazione del provvedimento amministrativo e sull'effetto conformativo impresso dalla sentenza sulla successiva azione amministrativa; rispetto a tale sistema, il potere di risarcire il danno da illegittimo esercizio della funzione pubblica si atteggia come aggiuntivo, scontando le caratteristiche proprie della struttura stessa della tutela del giudice amministrativo.

La giurisprudenza si è interrogata, con esiti invero piuttosto contraddittori, in ordine all'estensibilità della regola della pregiudizialità amministrativa ai casi in cui il danno lamentato non derivi da un'attività commissiva, bensì dalla mera inerzia dell'amministrazione protrattasi per un lasso temporale più o meno lungo. La questione involge inevitabilmente la tematica del silenzio ed, in particolare, la possibilità per il G.A., adito soltanto con l'azione risarcitoria, di accertare l'illegittimità della condotta omissiva tenuta da una pubblica amministrazione al solo fine di pronunciare sulla domanda di risarcimento danni. In altri termini, occorre interrogarsi sull'ammissibilità di una simile domanda allorquando all'inerzia del soggetto pubblico corrisponda l'inerzia del danneggiato, che abbia ommesso di utilizzare gli strumenti apprestati dall'ordinamento per l'accertamento in via principale della illegittimità della condotta omissiva serbata ai suoi danni, ossia lo speciale rito delineato dall'art. 21 *bis*, legge T.A.R.

È ben evidente come la problematica non sia di agevole soluzione, poiché la mancanza di un atto amministrativo (il comportamento inerte dell'amministrazione) rende non pertinente il riferimento all'assenza del potere disapplicativo in capo al G.A.; inoltre, l'eventuale decorso del termine (ora) annuale di "impugnazione" del silenzio non osta alla reiterabilità dell'istanza, ai sensi dell'art. 2, comma 5, legge n. 241/1990, nella formulazione risultante dall'art. 3, comma 6-*bis*, d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con modificazioni, dalla legge 14 maggio 2005, n. 80.

## 2. Presupposti per la risarcibilità del danno da ritardo.

L'indagine diretta a verificare l'estensibilità della teorica della pregiudiziale al danno da silenzio e da ritardo deve necessariamente prendere le

---

Liguria, sez. II, 12 aprile 2007, n. 633, in *www.giustamm.it*, che, richiamando l'indirizzo delle Sezioni Unite al quale il tribunale dichiara di aderire, decisamente esclude l'onere della previa impugnazione dell'atto lesivo, qualora l'interessato opti per la sola tutela risarcitoria, nel qual caso la legittimità dell'atto, divenuto ormai inoppugnabile, verrà conosciuta *incidenter tantum* dal giudice amministrativo.

mosse dall'individuazione dei presupposti per la giustiziabilità di pretese risarcitorie aventi ad oggetto danni derivanti non già da determinazioni attive della P.A., bensì dal silenzio dalla stessa serbato sull'istanza del privato o dal ritardo con cui è stato definito il procedimento.

Orbene, tra le fattispecie di responsabilità della P.A. la dottrina e la giurisprudenza hanno avuto modo di enucleare anche quella correlata al ritardo o al silenzio nella conclusione del procedimento amministrativo.

Tutte le classificazioni del danno da ritardo s'incentrano sulla netta distinzione tra una prima forma di responsabilità, prospettabile per il solo fatto della violazione dell'obbligo formale di provvedere entro il termine, a prescindere, quindi, dall'esito finale dell'istanza, ed una seconda tipologia di responsabilità, relativa ai danni connessi al mancato o ritardato godimento dell'utilità finale, che presuppone il giudizio prognostico circa la sussistenza del diritto del privato a quel godimento.

Secondo una classificazione elaborata in dottrina (4), il danno da ritardo può essere distinto nelle seguenti tre sottocategorie:

a) danno derivante dalla tardiva emanazione di un provvedimento legittimo e favorevole dopo l'annullamento di un precedente atto illegittimo sfavorevole;

b) danno provocato dalla mera tardività con cui è stato emanato un provvedimento legittimo e sfavorevole;

c) danno derivante dalla tardiva emanazione di un provvedimento legittimo ma sfavorevole.

Secondo questa tesi le tre ipotesi sono nettamente distinte tra loro: nel primo caso si tratta di una responsabilità da provvedimento, essendo il danno provocato dall'illegittimo diniego (che andrà, quindi, impugnato entro l'ordinario termine decadenziale) e dal conseguente ritardo nell'emanazione del provvedimento richiesto; le altre due ipotesi riguardano, invece, danni (da ritardo procedimentale) non direttamente causati da provvedimenti illegittimi, poiché in entrambi i casi i provvedimenti sono legittimi.

Secondo la tripartizione fatta propria dalla giurisprudenza (5), al c.d. danno da ritardo possono essere ricondotte tre ipotesi diverse tra di loro, incentrate, le prime due, sul provvedimento tardivo rispetto ai tempi procedurali, la terza sul rifiuto di provvedere:

1) adozione tardiva di un provvedimento legittimo, ma sfavorevole al destinatario;

2) adozione del provvedimento richiesto, favorevole all'interessato, ma emesso in ritardo;

3) inerzia, e dunque mancata adozione del provvedimento richiesto.

---

(4) CHIEPPA, *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 691; ID., *Brevi riflessioni sul danno da ritardo*, in *Dir. & formazione*, n. 2, 2003, 217 ss.

(5) Cons. St., sez. IV, 7 marzo 2005, n. 875, *Foro amm. C.d.S.*, 2005, 721.

Nel caso di inerzia, il privato, attivando la specifica tutela di cui all'art. 21 *bis*, legge T.A.R., può conseguire il provvedimento espresso (che, comunque, non può essere emesso direttamente dal giudice, come chiarito dalla giurisprudenza) (6). Tuttavia, il conseguimento del provvedimento espresso, ancorché favorevole, lascia comunque in vita un possibile profilo di danno, in relazione al ritardo con il quale il provvedimento è stato conseguito. È evidente, in questo caso, che il ritardo nell'emanazione del provvedimento favorevole all'istante vale a connotare in termini di illegittimità l'attività della P.A.. In ogni caso, in tale ipotesi, pur essendo superfluo il giudizio prognostico, non è sufficiente il solo accertamento del ritardo per la statuizione circa l'obbligo del risarcimento del danno, essendo necessario scrutinare le ragioni del ritardo, vale a dire accertare se l'amministrazione non ha rispettato il termine finale del procedimento per dolo o colpa, ovvero se la sua inerzia possa ritenersi giustificata. In ordine alla non imputabilità delle cause del ritardo, la giurisprudenza puntualizza che «*l'Amministrazione non può addurre a giustificazione del proprio obbligo di provvedere rimasto inadempito un fatto interno alla sua organizzazione, al punto da farlo assurgere addirittura a causa di forza maggiore ossia una vis cui resists non potest in grado di far venir meno il suo dovere istituzionale di provvedere. D'altronde, anche secondo il diritto comune per "causa non imputabile" – ai sensi dell'art. 1218 cod. civ. – in grado di esonerare il debitore da responsabilità da inadempimento deve intendersi quell'impedimento assolutamente imprevedibile ed estraneo alla sfera del debitore, cioè tale che egli non avrebbe potuto in alcun modo prevedere e controllare, mentre ogni altro evento tale da rendere più oneroso o difficoltoso l'adempimento non potrebbe, in ogni caso, esentare il debitore da responsabilità facendo venir meno l'inadempimento colpevole*» (7).

Situazione analoga a quella sopra indicata si verifica nell'ipotesi in cui il provvedimento favorevole all'istante interviene con ritardo (senza che il privato agisca avverso l'iniziale inerzia dell'amministrazione, ai sensi dell'art. 21 *bis*, legge T.A.R.): si pensi al caso del rilascio tardivo di un permesso di costruire, in relazione al quale sono prospettabili i danni consistenti nell'aumento dei costi del materiale di costruzione, dovuti al decorso del tempo ovvero ancora al rilascio in ritardo di una concessione demaniale per una stagione ormai trascorsa. Anche in questo caso, in sede di pretesa risarcitoria

---

(6) Da ultimo, Cons. St., sez. IV, 10 ottobre 2007, n. 5311, in *Urb. e app.*, 2008, 351, con nota di ROCCO, *Appello incidentale improprio e accertamento della fondatezza della pretesa fatta valere nell'istanza inevasa*, ove la Sezione, nell'affermare che il giudice può conoscere della fondatezza della pretesa allorché non siano richiesti provvedimenti amministrativi dovuti o vincolati in cui non c'è da compiere alcuna scelta discrezionale, ribadisce la sussistenza del limite dell'impossibilità di sostituirsi all'amministrazione, che potrà essere condannata ad adottare un provvedimento favorevole dopo aver valutato positivamente l'an della pretesa, ma nulla di più.

(7) T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 31 ottobre 2007, n. 10329, in *www.lexitalia.it*.

per danno da ritardo, il G.A. non deve limitarsi al solo accertamento dell'illegittimità del provvedimento (per violazione del termine procedimentale), ma deve estendere la sua indagine alla valutazione della colpa della P.A., intesa come apparato. Peraltro, atteso che secondo l'orientamento giurisprudenziale di cui si darà *infra*, la fattispecie risarcitoria non si esaurisce nel superamento dei termini procedimentali, la pretesa relativa al danno da ritardo va, ad esempio, esclusa in ragione della particolare complessità della fattispecie e del sopraggiungere di evenienze non imputabili all'amministrazione, che inducono ad escludere la sussistenza del requisito soggettivo della colpa in capo all'amministrazione stessa (8). Tale avviso è, del resto, espresso da autorevole dottrina togata (9), secondo cui: «*in un'ottica – non infrequente – di collaborazione tra il richiedente e l'amministrazione, può anche accadere che il termine sia superato non per anomalie dell'azione amministrativa, ma o per obiettive esigenze o perché lo stesso richiedente – consapevole della complessità del caso – anche informalmente svolge opera di persuasione sulla accoglibilità della istanza, tale da indurre l'amministrazione ad una maggiore ponderazione*». Occorre, quindi, che il ritardo sia dipeso da un comportamento inescusabile; in tal caso, sussisterà l'elemento della colpevolezza dell'apparato amministrativo (la rimproverabilità del ritardo).

Controversa (fino al recente arresto dell'Adunanza Plenaria) è apparsa la questione se competeva la tutela risarcitoria laddove l'amministrazione adotti un provvedimento sfavorevole, legittimo, ma con ritardo rispetto ai tempi ordinari del procedimento: è questa l'ipotesi del c.d. da ritardo mero, che s'identifica nella lesione dell'interesse procedimentale (e, dunque, non collegata al bene della vita) del privato alla tempestiva conclusione del procedimento, nel termine di cui all'art. 2, legge n. 241 del 1990, che prescinde dalla lesione del bene finale della vita al cui conseguimento l'istanza era rivolta.

In questa ipotesi si pone, in particolare, la questione, strettamente collegata al problema più generale della natura giuridica della responsabilità da illecito della P.A., se, rispetto al bene della vita, vi sia un distinto e autonomo interesse del soggetto nel rapporto con l'amministrazione, vale a dire l'interesse alla tempestività dell'agire amministrativo, risarcibile a prescindere dalla possibilità di conseguire o meno il bene della vita richiesto ed indipendentemente dalla successiva emanazione e dal contenuto del provvedimento oggetto dell'istanza.

In quest'ottica si muoveva l'art. 17, comma 1, lett. f), legge n. 59 del 1997, che ipotizzava «*forme di indennizzo automatico e forfettario*», pur se

---

(8) T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 22 febbraio 2007, n. 623, in *Guida al dir.*, 2007, 87, con nota di NUNZIATA, *Principio di pregiudizialità soddisfatto se c'è stato il giudizio sul silenzio-rifiuto*.

(9) MARUOTTI, *La struttura dell'illecito amministrativo lesivo dell'interesse legittimo e la distinzione tra l'illecito commissivo e quello omissivo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

a favore del richiedente, qualora l'amministrazione non avesse adottato tempestivamente il provvedimento, anche se negativo. Tuttavia, tale disposizione, contenuta in un disegno di legge delega, non ha mai trovato attuazione, 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.

In questa direzione sembrerebbe muoversi un recente d.d.l. c.d. Nicolais (A.S. 1859), approvato dal Consiglio dei Ministri in data 22 settembre 2006, recante norme in materia di efficienza delle amministrazioni pubbliche e di riduzione degli oneri burocratici per i cittadini e per le imprese, che prevede una tutela indennitaria e risarcitoria del privato a fronte della violazione da parte dell'amministrazione dei termini procedurali, disancorata dalla necessaria dimostrazione della spettanza del bene della vita, così concependo il tempo come bene a sé stante e la relativa violazione come danno risarcibile. In particolare, tale d.d.l. introduce l'art. 2 bis, legge n. 241 del 1990, secondo cui: «*le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'articolo 1, co. 1-ter, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, indipendentemente dalla spettanza del beneficio derivante dal provvedimento richiesto. 2. Indipendentemente dal risarcimento del danno di cui al co. 1 e con esclusione delle ipotesi in cui il silenzio dell'amministrazione competente equivale a provvedimento di accoglimento dell'istanza, in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento, le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'art. 1, co. 1-ter, corrispondono ai soggetti istanti, per il mero ritardo, una somma di denaro stabilita in misura fissa ed eventualmente progressiva, tenuto conto anche della rilevanza degli interessi coinvolti nel procedimento stesso*».

Il problema di fondo consiste, quindi, nello stabilire se sia o meno risarcibile il danno da ritardo indipendentemente dalla fondatezza della pretesa azionata dal privato con l'istanza. In altri termini, occorre stabilire se l'affidamento del privato nella certezza dei tempi dell'azione amministrativa sia meritevole di tutela in sé, a prescindere dal conseguimento dell'utile finale cui l'istanza era preordinata.

Parte della dottrina (10) ritiene ipotizzabile la responsabilità della P.A. per il solo fatto del ritardo, in assenza quindi di ogni indagine sulla spettanza del bene della vita o dell'utilità finale, rilevando che «*non è ontologicamente corretto limitare le lesioni dell'interesse legittimo al solo provvedimento (allorché esso sia, non solo illegittimo, ma anche sfavorevole)*. Ogni

---

(10) CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, 156 ss.; SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 1, 35; TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2000, 90.

*violazione di principi e di regole che riguardino qualsiasi aspetto dell'azione amministrativa, in quanto impedisca, complichino o ritardi la determinazione (o il mantenimento) di un favorevole assetto degli interessi (finali), per ciò stesso lede l'interesse legittimo, anche se l'azione amministrativa si conclude in un provvedimento sfavorevole (e legittimo). L'inerzia, il ritardo nell'adozione del provvedimento, l'andamento contraddittorio, confuso, inutilmente gravoso dell'amministrazione provocano la lesione dell'interesse legittimo, allo stesso modo in cui provoca lesione il provvedimento finale sfavorevole» (11).*

Altra dottrina (12), sviluppando queste osservazioni, ha acutamente osservato che è da evitare ogni confusione tra la natura procedimentale della regola violata (quella, appunto, al rispetto dei termini procedimentali) e gli interessi che quella stessa regola vuole proteggere; in tal senso, si richiama la disciplina della partecipazione a una gara pubblica, che presenta senza dubbio aspetti meramente procedurali, in relazione ai quali l'interesse protetto è anzitutto quello a partecipare ad armi pari con gli altri concorrenti, il che, tuttavia, non impedisce al giudice di ravvisarvi un bene della vita, direttamente tutelato dalla disciplina della gara. Altrettanto, ritiene questa dottrina di poter affermare con riferimento alla disciplina del termine del procedimento, che è diretta a fornire certezza temporale all'istante in ordine ad ogni aspetto della sua partecipazione al procedimento: l'impegno di risorse, la rinuncia ad altre opportunità, l'esigenza di avvalersi di circostanze favorevoli che non abbiano durata indefinita, ecc. Pertanto, conclude questa dottrina, anche queste situazioni, aventi senz'altro dimensione sostanziale, diverse da quella diretta al conseguimento dell'utilità finalita', meritano adeguata protezione risarcitoria.

È evidente che l'accoglimento della tesi favorevole alla risarcibilità dell'interesse legittimo per il solo fatto del ritardo imputabile alla P.A. muove dalla ricostruzione dogmatica della responsabilità della P.A. come responsabilità da contatto o paracontrattuale, più vicina a quella contrattuale che a quella aquiliana, che scaturisce dalla violazione dei doveri funzionali di legalità, imparzialità ed efficienza gravanti sull'amministrazione, analoghi agli obblighi di protezione nelle obbligazioni di diritto privato e svincola la tutela risarcitoria dal giudizio sulla spettanza del bene della vita o della *chance* di conseguirlo, concentrandosi sugli obblighi procedimentali, in cui il contatto qualificato si concreta (13).

---

(11) In questi termini si esprime, in particolare, SCOCA, *op. cit.*

(12) CLARICH - FONDERICO, *La risarcibilità del danno da mero ritardo dell'azione amministrativa*, in *Urb. e app.*, 2006, 67.

(13) Per questa ricostruzione della responsabilità della P.A., si veda CACCIAVILLANI, *Il risarcimento del danno da atto amministrativo illegittimo*, in *Giust. civ.*, 2000, I, 1579 ss.; PROTTO, *La responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi come responsabilità da contatto amministrativo*, in *Resp. civ.*, 2001, 213. Per le critiche

La tutela risarcitoria, secondo questa ricostruzione, viene, quindi, accodata in relazione alla violazione degli obblighi procedurali, tra cui quello alla definizione tempestiva del procedimento amministrativo, a prescindere dalla spettanza o meno del bene della vita. L'esistenza di un rapporto amministrativo dà luogo ad un'ipotesi di contatto sociale qualificato tra l'amministrazione e l'amministrato da cui scaturisce un affidamento meritevole di tutela, che prescinde dalla sicura acquisizione del bene della vita e la cui violazione dà titolo ad un risarcimento nei limiti del c.d. interesse negativo, correlato all'eliminazione della situazione di incertezza determinata dal comportamento della P.A. e non già all'utilità finale che il privato aspirava a conseguire con la presentazione dell'istanza (14). L'apertura di un procedimento amministrativo determinerebbe il sorgere fra l'amministrazione ed il soggetto privato di un rapporto giuridico autonomo, a struttura complessa, nel cui ambito si formerebbero a carico del soggetto pubblico dei veri e propri obblighi di protezione della sfera del privato a cui sarebbero correlati specifici diritti del soggetto privato al comportamento diligente e conforme alla buona fede della P.A. Una di queste posizioni soggettive attive sarebbe il diritto a che l'amministrazione eserciti i propri poteri autoritativi espressamente e nei tempi prefissati, come espressamente sancito dall'art. 2, legge n. 241 del 1990, al quale corrisponderebbe una posizione debitoria del sogget-

---

esprese in dottrina alla tesi del contatto amministrativo qualificato, si veda TORCHIA, *Giustizia amministrativa e risarcimento del danno fra regole di diritto processuale e principi di diritto sostanziale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 567. In giurisprudenza, a sostegno della tesi – invero minoritaria – della responsabilità da contatto amministrativo qualificato, si vedano Cass. civ., sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157, in *Foro amm. C.d.S.*, 2003, 2, 480, con nota di SIRACUSANO, *La nuova (e « vera ») svolta della Cassazione sulla c.d. risarcibilità dell'interesse legittimo: i doveri di comportamento della pubblica amministrazione verso la logica garantistica del rapporto*; in *Resp. civ. e prev.*, 2003, 3, 752, con nota di ROLANDO, *Ancora un passo avanti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*; Cons. St., sez. V, 8 luglio 2002, n. 3796; Cons. St., sez. VI, 20 gennaio 2003, n. 204; T.A.R. Veneto, sez. I, 20 novembre 2003, n. 5778; da ultimo, T.A.R. Lazio, sez. III-ter, 21 febbraio 2007, n. 1527; ID., sez. III-ter, 5 novembre 2007, n. 10852 (tutte in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)). La questione relativa alla natura della responsabilità della P.A. era stata sottoposta alla Plenaria, la quale, tuttavia, con la sentenza 14 febbraio 2003, n. 2, in *D & G – Dir. e giust.*, 2003, 11, 40, con nota di PROIETTI, *Sulla natura della responsabilità dell'amministrazione restano i dubbi. Interessi legittimi: irrisolto il contrasto giurisprudenziale*, ha respinto l'appello, senza pronunciarsi sul punto, in mancanza di impugnazione del capo della decisione di primo grado concernente l'obbligo del risarcimento dei danni.

(14) In tal senso, T.A.R. Puglia, Bari, 17 maggio 2001, n. 1761, richiamata da T.A.R. Lazio, sez. III-ter, 5 novembre 2007, n. 10852, entrambe in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), ove si è precisato che la configurazione della responsabilità da contatto qualificato, risarcibile solo nella misura dell'interesse negativo, se da una parte rappresenta la doverosa riparazione di un danno ingiusto, dall'altra scongiura una iperprotezione del ricorrente, nell'ipotesi in cui questo, una volta ottenuto il risarcimento del danno per equivalente, riesca anche a realizzare il proprio interesse pretensivo in ragione dell'effetto ripristinatorio e conformativo del giudicato di annullamento.

to pubblico tributario del relativo potere, il cui inadempimento determinerebbe una responsabilità da contatto, ossia contrattuale della P.A. verso il privato. In tal modo si riconduce il danno risarcibile non alla perdita dell'utilità sostanziale cui il privato aspira, ma all'inadempimento del rapporto che si genererebbe in relazione all'obbligo imposto dall'art. 2, attribuendo pertanto autonomo rilievo risarcitorio, indipendentemente dalla soddisfazione dell'interesse finale, all'obbligo dell'amministrazione di rispettare il termine del procedimento.

Dopo un'iniziale presa di posizione per così dire aperturista, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha decisamente escluso che il tempo sia esso stesso bene della vita, la cui lesione può dar luogo a risarcimento, concludendo nel senso che l'unico bene della vita tutelabile in sede risarcitoria è quello cui si correla l'istanza presentata all'amministrazione, rimasta inevasa ovvero evasa con ritardo. Dunque, la spettanza del bene della vita costituisce presupposto essenziale del danno da ritardo. L'interesse pretensivo suscettibile di tutela risarcitoria è solo quello al conseguimento dell'utilità finale richiesta con l'istanza o, in altri termini, al rilascio di un provvedimento vantaggioso per l'istante.

Prima dell'arresto della Plenaria, la giurisprudenza di primo grado si è mostrata decisamente critica verso la tesi della risarcibilità del danno da ritardo mero.

In tal senso si è chiaramente espressa T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 13 gennaio 2005, n. 56 (15): «*in primo luogo va osservato come la formula "danno da ritardo" sia un sintagma, un'entità di sintesi in cui sono inglobati il "diritto" ad una prestazione (la tempestiva conclusione del procedimento) e l'interesse al bene della vita che l'esecuzione della prestazione soddisfa (il rilascio del provvedimento). Tale entità soffre, però, intrinseca cesura: al diritto di prestazione non corrisponde l'interesse sostanziale finale, ma solo quello strumentale. Infatti, oggetto immediato della pretesa non è il provvedimento favorevole ma un provvedimento purché sia. Il nostro ordinamento non concepisce, in linea di massima, il danno punitivo. Il fatto illecito produce l'obbligazione risarcitoria se ed in quanto esista una lesione da riparare. Pertanto, il danno da ritardo non è risarcibile di per sé. Danno da ritardo risarcibile ex art. 2043 c.c. può essere solo quello che determina una lesione dell'aspettativa (di interesse legittimo) al rilascio del provvedimento favorevole e non già il danno da mero inadempimento dell'obbligo di provvedere*».

Si respinge, quindi, la tesi dottrinale che identifica un diritto soggettivo a fronte del dovere dell'amministrazione di conclusione del procedimento. Da un lato, si sostiene che non può richiamarsi il modello di tutela pensato per il diritto alla ragionevole durata del processo, che postula una indebita

---

(15) La decisione è commentata da DIDONNA, *Enti e ritardi, giro di vite sui risarcimenti*, in *D & G – Dir. e giust.*, 2005, 10, 97; MICARI, *Il c.d. «danno da ritardo» ed i corollari tratti da una sentenza-trattato del TAR Puglia*, in *Giur. merito*, 2006, 2, 435.

equiparazione tra procedimento e processo; dall'altro lato, non potrebbe qualificarsi la pretesa alla conclusione del procedimento amministrativo nell'area dei diritti relativi, facendo leva sulla prescrizione di cui all'art. 2, legge n. 241/1990, poiché «*se così fosse, il danno da ritardo darebbe luogo ad un'ipotesi di responsabilità contrattuale. Il che appare difficilmente compatibile con il quadro dipinto dalla sentenza 204/04 della Corte Costituzionale. Di più, la tesi del diritto di credito si scontra con l'analisi del lato passivo del rapporto giuridico, cioè il dovere della P.A. di provvedere: nel sistema della funzione amministrativa non è ravvisabile un'obbligazione in senso tecnico che abbia ad oggetto la conclusione del procedimento, trattandosi di una tipica attività autoritativa, per quanto regolata da fonti normative puntuali*».

Sviluppando la nota impostazione dottrinale sopra richiamata (16), la IV Sezione del Consiglio di Stato con la citata ordinanza n. 875/2005, nel rimettere la relativa questione all'Adunanza Plenaria, aveva ricostruito il danno da ritardo come lesione conseguente alla violazione dell'interesse procedimentale al rispetto dei tempi posti dall'ordinamento, optando per l'autonoma risarcibilità di tale interesse.

A fondamento della risarcibilità del danno da mero ritardo si pone, da un lato, l'adesione da parte della Sezione alla tesi della natura contrattuale della responsabilità della P.A. (da contatto amministrativo qualificato), che, com'è noto, prescinde da un giudizio prognostico sulla spettanza del bene della vita, rendendo così risarcibili anche meri interessi procedurali e, dall'altro lato, l'individuazione tra le norme che disciplinano il procedimento, accanto a disposizioni che costituiscono mere situazioni procedurali (ad esempio, le norme in tema di partecipazione), di norme dirette a tutelare interessi sostanziali del privato, qualificabili essi stessi come autonomi (rispetto all'utilità finale oggetto dell'istanza) beni della vita, tra i quali annoverare anche le norme che fissano la tempistica procedimentale, sicché il privato ha titolo ad un risposta certa e tempestiva indipendentemente dal contenuto della stessa. In quest'ottica, sarebbe suscettibile di autonoma valutazione e meritevole di tutela risarcitoria l'affidamento qualificato del privato al rispetto da parte dell'amministrazione procedente dei canoni di correttezza comportamentale da osservare durante l'*iter* procedimentale. Secondo questa impostazione, dunque, è necessario procedere ad una considerazione non più unitaria ed uniforme, ma rigorosamente differenziata, delle diverse aspettative che si connettono all'osservanza delle norme procedurali, le quali hanno, nell'ambito del diritto amministrativo attuale, la precipua ed immancabile finalità di riequilibrare il rapporto fra amministrazione e cittadino, ponendo a carico della prima doveri di correttezza che non possono ritenersi immediatamente finalizzati alla più favorevole disciplina di un inte-

---

(16) SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, cit.; CLARICH, *Termine del procedimento*, cit., 148, che ricostruisce in termini di diritto soggettivo la posizione soggettiva tutelata a fronte dell'obbligo formale di provvedere.

resse materiale di base del cittadino stesso (17). Se ne deduce, in tale prospettiva interpretativa, che il diritto di ricevere risposta alla propria richiesta di provvedimento e quello di vedere concluso il procedimento tempestivamente e senza aggravamenti rappresenterebbero non soltanto situazioni strumentali alla soddisfazione di un interesse materiale qualificabili *sub specie* di interesse legittimo, ma appunto diritti in sé e per sé. In altri termini per effetto dell'art. 2, legge n. 241 del 1990 sorgerebbe in capo alla P.A. una posizione obbligatoria che, pur avendo come oggetto della relativa prestazione l'esercizio di un potere pubblicistico, non troverebbe contrapposta una situazione giuridica soggettiva di mero interesse legittimo, ma una vera e propria posizione creditoria, avente la consistenza del diritto soggettivo. In tale contesto ricostruttivo la situazione giuridica soggettiva correlata all'obbligo di cui all'art. 2, legge n. 241 del 1990 non attiene, dunque, ad interessi procedurali meramente formali e strumentali, ma piuttosto ad interessi sostanziali e dev'essere qualificata alla stregua di un vero e proprio diritto soggettivo. L'art. 2 non si pone quale norma di azione, diretta a regolare il potere autoritativo della pubblica amministrazione (rispetto alla quale sorgono esclusivamente posizioni di interesse legittimo), ma come norma di relazione diretta a disciplinare il rapporto fra l'amministrazione ed il soggetto privato, in un ambito in cui l'esercizio del potere amministrativo si presenta quale mero oggetto della prestazione comportamentale imposta al soggetto pubblico, senza che assumano alcun rilievo le modalità ed il contenuto dell'agire amministrativo.

Secondo questa tesi, dunque, l'inerzia dell'amministrazione su un procedimento avviato ad istanza di parte non costituisce esercizio del potere, ma semplice fatto di inadempimento, rispetto al quale non si può configurare un interesse legittimo, ma un diritto soggettivo a conseguire l'adempimento della prestazione dedotta in obbligazione, consistente nel tempestivo esercizio del potere autoritativo attribuito dalla legge alla pubblica amministrazione, in senso favorevole o sfavorevole per il soggetto privato coinvolto. La conclusione cui conduce tale ricostruzione è che l'amministrazione che provveda in ritardo o che non provveda affatto è tenuta, a prescindere da ogni indagine sulla spettanza del bene della vita o dell'utilità finale, a risarcire i danni conseguenti alla situazione di incertezza circa il rilascio o meno del provvedimento richiesto in cui è stato colpevolmente lasciato colui che ha presentato l'istanza.

Nel motivare a sostegno dell'autonoma risarcibilità del danno da ritardo la Sezione, nell'ordinanza n. 875/2005, conclude affermando che «*occorre procedere a una selezione degli interessi procedurali, individuando quel-*

---

(17) A tal proposito ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, aggiornamento, II, Milano, 2004, 985, parla di «*doveri di protezione, tendenti a garantire il rispetto dovuto alla persona in quanto tale, a prescindere dal fatto che dalla loro osservanza possa o meno derivare una situazione di vantaggio*».

*li che possono dar luogo a mere situazioni strumentali, da far valere come tali in sede di impugnazione del provvedimento (si pensi alle situazioni riconducibili alla partecipazione procedimentale) e quelli che invece possono costituire, se lesi, oggetto di danno risarcibile, in quanto rappresentano essi stessi un «bene della vita» ritenuto dall'ordinamento meritevole di autonoma protezione. Tra questi interessi procedimentali potrebbe essere annoverato proprio e significativamente l'interesse allo svolgimento dell'azione amministrativa in tempi certi. L'affidamento del privato alla certezza dei tempi dell'azione amministrativa sembra – nell'attuale realtà economica e nella moderna concezione del cd. rapporto amministrativo – essere interesse meritevole di tutela in sé considerato, non essendo sufficiente relegare tale tutela alla previsione e all'azionabilità di strumenti processuali a carattere propulsivo, che si giustificano solo nell'ottica del conseguimento dell'utilità finale, ma appaiono poco appaganti rispetto all'interesse del privato a vedere definita con certezza la propria posizione in relazione a un'istanza rivolta all'amministrazione».*

La questione è stata risolta in senso negativo dall'Adunanza Plenaria (18), la quale, discostandosi nettamente dalla ricostruzione della IV Sezione, ha concluso che il ritardo è risarcibile solo quando il privato può aspirare al provvedimento favorevole, mentre quando il provvedimento adottato in ritardo è (legittimamente) negativo, il ritardo dell'agire amministrativo non è fonte autonoma di risarcimento. Così motiva la Plenaria tale conclusione: «*il sistema di tutela degli interessi pretensivi – nelle ipotesi in cui si fa affidamento 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")*».

Alla luce della descritta evoluzione giurisprudenziale, è da ritenere che nell'attuale quadro normativo (così come in quello antecedente alle riforme del 2005), tra i tipi di illecito dell'amministrazione non può essere annove-

---

(18) Dec. 15 settembre 2005, n. 7, in *Foro it.*, 2006, III, 1, con nota di SIGISMONDI; in *Giust. civ.*, 2006, 6, 1329, con nota di MICARI, *Provvedimento amministrativo negativo tardivo: l'adunanza plenaria sul danno da ritardo «mero» infittisce la «rete di contenimento»*.

La tesi che aggancia la risarcibilità del danno da ritardo all'utilità finale oggetto dell'istanza, escludendo la risarcibilità del danno correlato alla mera violazione dei tempi procedurali (c.d. danno da ritardo mero), è stata ribadita dalla giurisprudenza successiva all'arresto della Plenaria: in tal senso, T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 14 settembre 2006, n. 8107; Cons. St., sez. VI, 17 maggio 2006, n. 2862; T.A.R. Lombardia, Brescia, 2 febbraio 2006, n. 108; Cons. St., sez. VI, 30 gennaio 2006, n. 321 (tutte in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)); da ultimo, Cons. St., sez. IV, 29 gennaio 2008, n. 248, in *Guida al dir.*, 2008, 10, 95, con nota critica di FORLENZA, *L'attività discrezionale della P.A. riduce i poteri d'indagine del giudice*.

rato quello caratterizzato dal mero decorso del termine di conclusione del procedimento, benché la legge consenta l'immediata proposizione del ricorso al G.A., affinché sia ordinata l'emanazione del provvedimento conclusivo del procedimento. Del resto, salvi i casi di silenzio significativo e quelli in cui il termine è perentorio perché posto a presidio dell'interesse legittimo difensivo, il decorso del termine non incide sui poteri istituzionali dell'amministrazione di provvedere sull'istanza: il suo obbligo si perpetua e il tardivo esercizio della funzione pubblica non comporta di per sé l'illegittimità del provvedimento finale (che – salva la sua impugnabilità – determina l'assetto complessivo degli interessi). Il soggetto istante è titolare non di un diritto soggettivo, ma di una mera aspettativa legittima all'adempimento dell'obbligo imposto dall'art. 2, legge n. 241/1990, il quale sarebbe, infatti, dettato prevalentemente a tutela dell'interesse pubblico sotteso all'azione amministrativa e solo indirettamente a salvaguardia degli interessi del privato, nei limiti in cui questi si pongano come strumento per realizzare tale assetto teleologico (19). La violazione dell'obbligo di assolvere adempimenti pubblicistici aventi ad oggetto lo svolgimento di funzioni amministrative determina la lesione di un interesse pretensivo del privato, ed, in particolare, di un interesse legittimo procedimentale, avente valore solo formale e non coincidente con l'interesse sostanziale introdotto nel procedimento e consistente nella pretesa al bene della vita. Ne consegue che, essendo in presenza di un interesse procedimentale puramente formale, connesso a quello sostanziale in via meramente strumentale, il relativo *vulnus* non potrebbe essere considerato di per sé *contra jus*, ossia a prescindere dal vaglio della sua incidenza rispetto all'integrità dell'interesse legittimo sostanziale teleologicamente orientato al conseguimento del bene della vita perseguito dal soggetto privato, con la conseguenza di dovere ritenere irrisarcibile la lesione del mero interesse procedimentale (20) all'esercizio del potere autoritativo da parte della P.A. Pertanto, il mero ritardo nella conclusione del procedimento consente all'interessato di attivare la tutela speciale *ex art. 21 bis* e non anche di formulare di una domanda risarcitoria, la quale, comunque, secondo la tesi preferibile che nega la c.d. pregiudiziale del rito del silenzio, è astrattamente proponibile ed ammissibile. Se, invece, l'istanza sia accolta o respinta dopo la scadenza del termine finale del procedimento, in assenza di statuizioni rese ai sensi del medesimo art. 21 *bis*, si applicano i principi sulla tutela dell'interesse legittimo leso dal provvedimento autoritativo, e cioè quelli sull'illecito commissivo: qualora l'atto sia ritualmente impugnato e risulti illegittimo (non rilevando di per sé la tardività del riscontro dell'istanza), valuterà il giudice se – oltre alla doverosa emanazione dell'atto ulteriore, ai sensi dell'art. 26, legge T.A.R. – l'amministrazione debba risarcire il danno, ove sussistano tutti gli elementi dell'illecito.

---

(19) In tal senso, DI LIETO, *Interessi pretensivi e oggetto del giudizio sul silenzio-rifiuto: i confini tra processo e procedimento*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2004, 5, 1618.

(20) Su tale figura si veda GIANNINI, *Diritto amministrativo*, 1993, Milano, 77.

### 3. La tesi favorevole alla c.d. pregiudizialità del giudizio ex art. 21 bis.

È in questo quadro che si pone la questione relativa alla necessità o meno di qualificare l'inadempimento (pubblicistico) dell'amministrazione con la specifica tutela di cui all'art. 21 bis ai fini dell'accesso alla tutela risarcitoria.

La prevalente giurisprudenza amministrativa di primo grado ha optato per la soluzione favorevole all'applicazione della regola della pregiudizialità anche ai casi di danno cagionato da comportamento inerte dell'amministrazione (21), affermando che, ai fini del risarcimento del danno degli interessi legittimi, occorre la previa declaratoria dell'illegittimità del contegno omissivo tenuto dall'amministrazione, sicché l'azione risarcitoria non può essere ammissibilmente esperita in difetto del previo svolgimento del giudizio "impugnatorio" (del silenzio), che assume rilievo pregiudiziale ai fini della devolvibilità al sindacato giurisdizionale della pretesa in questione. In altre parole, poiché, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa, l'azione risarcitoria può essere esperita solo dopo avere chiesto ed ottenuto una declaratoria di illegittimità del provvedimento causativo del danno, alla stessa maniera il danno da ritardo può essere risarcito solo a condizione che il danneggiato abbia preventivamente agito ex art. 21 bis, legge T.A.R. Così come l'azione di impugnazione del provvedimento funge da pregiudiziale in senso logico ai fini dell'azione di risarcimento danni consequenziali all'illegittimità del provvedimento medesimo, simmetricamente il ricorso avverso il silenzio della P.A. funge anch'esso da pregiudiziale in senso logico ai fini dell'azione per i danni conseguenti all'inerzia o al ritardo dell'amministrazione nell'adottare un dato provvedimento.

Secondo questa tesi, il previo esperimento della procedura del silenzio-rifiuto rileva come requisito per il risarcimento del danno da ritardo sotto due distinti profili: 1) su un piano sostanziale per la stessa configurabilità di un ritardo imputabile; 2) su un piano processuale per l'accertamento, riservato al giudice amministrativo, dell'esistenza di un obbligo pubblicistico di provvedere e della sua violazione. In quest'ottica si è affermato che, nella prospettiva tracciata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 204/2004, in

---

(21) T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 10 maggio 2006, n. 3432, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, 11 luglio 2003, n. 1111, *ivi*; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 6 ottobre 2005, n. 1631, in *Il Corriere del merito*, 2006, 183, con nota adesiva di FRANCAVILLA, *Pregiudiziale amministrativa, rito del silenzio e risarcimento del danno da omissione provvedimento*; T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 13 gennaio 2005, n. 56, *cit.*; da ultimo, la tesi della pregiudizialità del giudizio sul silenzio-rifiuto rispetto alla proposizione della domanda risarcitoria è sostenuta, sia pur in modo eventuale ed ipotetico rispetto alla fattispecie all'esame del Collegio, da T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 22 febbraio 2007, n. 623, in *giustizia-amministrativa.it*, ove si afferma che, in sede di pretesa risarcitoria per danno da ritardo, l'eccezione di inosservanza del principio di pregiudizialità è superata dalla circostanza che il procedimento amministrativo si sia concluso solo dopo l'attivazione da parte dell'interessato di un giudizio sul silenzio-rifiuto.

cui il ritardo non è più considerato un nudo comportamento materiale, bensì un comportamento amministrativo, forma dell'azione pubblica, equipollente a quella per provvedimenti, la domanda di risarcimento del danno derivato al privato dal ritardo con il quale l'amministrazione ha emesso un provvedimento dallo stesso richiesto dev'essere preceduta dal preventivo accertamento giurisdizionale dell'illegittimità del ritardo medesimo, dal momento che «anche nell'ipotesi di danno da ritardo il privato può far evidenziare l'illegittimità dell'azione amministrativa in via pregiudiziale all'azione di risarcimento. Se abbia omissso di farlo è questione che va risolta in senso affermativo, alla luce delle coordinate generali, da cui non vi è ragione di discostarsi a seconda dello strumento (atto o comportamento) che l'ente adotti nell'esercizio della funzione pubblica autoritativa» (22).

Non essendo concesso al G.A. di sindacare in via incidentale la legittimità dell'esercizio del potere, la conclusione non potrebbe essere che quella della inammissibilità di un'azione risarcitoria per condotte omissive di una pubblica amministrazione la quale non faccia seguito all'esperimento del ricorso *ex art. 21 bis*, legge T.A.R. Ciò tanto più dopo la riscrittura dell'art. 2, legge n. 241 del 1990, per effetto dell'art. 3, comma 6 *bis*, legge n. 80/2005, che attribuisce al G.A. adito con il rito del silenzio il potere di conoscere della fondatezza dell'istanza, rito che assurgerebbe, secondo questa impostazione, a strumento privilegiato (ed esclusivo) di emersione dell'illegittimità dell'inerzia dell'amministrazione.

Tale indirizzo pretorio ha trovato adesione da parte di autorevole dottrina togata (23), che, ricostruendo gli elementi costitutivi dell'illecito omissivo della P.A., ha evidenziato come, affinché la condotta omissiva dell'amministrazione si ponga *contra ius* (ossia risulti lesiva della posizione sostanziale di interesse legittimo), sia necessario che il soggetto leso abbia proposto il ricorso *ex art. 21 bis* contro il silenzio e che il giudice amministrativo lo abbia accolto, ordinando la conclusione del procedimento.

Si afferma, in particolare, che la condanna al risarcimento del danno per l'illecito omissivo presuppone: 1) il silenzio-inadempimento, seguito dal tipico ricorso dell'interessato ai sensi dell'art. 21 *bis*; 2) la mancata esecuzione della sentenza che ordini all'amministrazione di provvedere. Ne consegue che l'illecito omissivo è obiettivamente qualificato dal particolare disvalore della condotta dell'amministrazione, che non rispetta le statuizioni del giudice (ovverosia quello adito ai sensi dell'art. 21 *bis*). Poiché l'ordinamento attribuisce rilievo centrale alla sentenza che accerti la sua perduranza,

---

(22) T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 13 gennaio 2005, n. 56, *cit.*

(23) MARUOTTI, *La struttura dell'illecito amministrativo lesivo dell'interesse legittimo e la distinzione tra l'illecito commissivo e quello omissivo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); alle medesime conclusioni era, in precedenza, pervenuto SASSANI, *Il regime del silenzio e l'esecuzione della sentenza*, in *Il processo davanti al giudice amministrativo. Commento sistematico alla l. n. 205 del 2000* (a cura di SASSANI e VILLATA), Torino, 2001, 293 ss.

l'antigiuridicità del silenzio si verifica con questa doppia fase omissiva: la fattispecie può dar luogo all'illecito omissivo nel grave caso in cui non sia data esecuzione alla sentenza resa ai sensi dell'art. 21 *bis*.

In mancanza di una diversa indicazione da parte del legislatore, la sentenza che, accogliendo il ricorso *ex art. 21 bis*, ordina di provvedere costituisce un elemento essenziale ed indefettibile dell'illecito (omissivo). In altri termini, gli esiti del procedimento speciale finiranno per fungere da elemento della stessa fattispecie del danno, la cui valutazione dipenderà proprio dalla conclusione del procedimento sul silenzio. Una volta emessa la sentenza e scaduto il termine fissato dal giudice in relazione alle esigenze del caso concreto, il successivo silenzio-inadempimento risulta una omissione contrastante con la pronuncia giurisdizionale e acquista il carattere di condotta antigiuridica, costitutiva dell'illecito (oltre ad assumere un eventuale rilievo di carattere penale).

#### *4. La contraria opinione che esclude il previo esperimento del rito del silenzio ai fini della proponibilità dell'azione risarcitoria.*

Si è andata, tuttavia, formando un'opinione esattamente opposta (24), secondo cui la pregiudiziale del rito del silenzio non sarebbe necessaria nel giudizio avente ad oggetto il risarcimento del danno da c.d. ritardo puro (ossia non legato alla rivendicazione della spettanza del bene della vita).

A tale conclusione si perviene rilevando che il rito del silenzio è finalizzato ad ottenere un provvedimento positivo, «sicché non appare coerente con la ratio dell'istituto imporre di ricorrere ad esso vuoi al fine di accertare, in prospettiva, la spettanza del bene della vita, vuoi al fine di accertare in via principale l'obbligo di adempimento da utilizzare, in realtà incidentalmente, nel distinto giudizio risarcitorio» (25). Secondo questa tesi, l'inerzia protratta oltre il termine fissato dalla legge (ovvero in sede di regolamento adottato ai sensi dell'art. 2, legge n. 241/1990) è direttamente qualificata dalla norma, per effetto della violazione dei tempi procedurali dalla stessa fissati; pertanto, varrebbe unicamente ad aggravare la posizione del privato l'onere di contestazione dell'illegittimità del comportamento inerte dell'amministrazione mediante la previa introduzione dello strumento accelerato di cui all'art. 21 *bis*, legge

---

(24) Si veda, in particolare, Cons. St., sez. IV, 7 marzo 2005, n. 875, *cit.*, che ha rimesso la relativa questione all'Adunanza Plenaria. Si legga il relativo di commento di MICARI, *Provvedimento amministrativo negativo tardivo: l'adunanza plenaria sul danno da ritardo mero infittisce la rete di contenimento*, *cit.*

Nel senso della esclusione della regola della c.d. pregiudiziale amministrativa allorché non vi sia un provvedimento da gravare ed il comportamento illecito dell'amministrazione, nell'esercizio della funzione pubblica, assuma altre forme, come il ritardo o l'omissione colpevole: T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 11 ottobre 2004, n. 7166, in *www.lexitalia.it*; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 11 maggio 2004, n. 1070, *ivi*; T.A.R. Veneto, sez. I, 25 giugno 2003, n. 3414, in *Foro amm. T.A.R.*, 2003, 1883.

(25) Così Cons. St., sez. IV, 7 marzo 2005, n. 875, *cit.*

T.A.R., da cui far discendere l'*an* del risarcimento. Al massimo, la mancata attivazione del giudizio sul silenzio potrà incidere sulla quantificazione del danno, ai sensi dell'art. 1227, comma 2, c.c. (26), ma non sull'*an* del risarcimento, in quanto «*appare inutilmente aggravare la posizione soggettiva del privato in fattispecie che non è riconducibile a quelle cui si riferisce la tematica della pregiudizialità dell'annullamento*»: in questi termini, Cons. St., sez. IV, 7 marzo 2005, n. 875, che così motiva al riguardo «*è possibile una ricostruzione del danno da ritardo inteso come danno conseguente alla violazione dell'interesse procedimentale al rispetto dei tempi posti dall'ordinamento. Tale interesse procedimentale, che si fonda sull'esigenza di certezza nei rapporti tra cittadino e amministrazione, riceve tutela distinta e autonoma rispetto alla tutela accordata alla utilità finale perseguita dal cittadino richiedente e conseguibile all'esito (positivo) del procedimento ed è ascrivibile a un più generale dovere di correttezza procedimentale posto a carico dell'amministrazione nell'esercizio di pubbliche potestà, cui è correlata la tutela dell'affidamento del cittadino che viene a «contatto» con l'amministrazione*».

Il carattere autonomo della violazione del dovere di correttezza (che consegue alla crescente rilevanza del valore della certezza nelle relazioni giuridiche) conduce, ad avviso della Sezione rimettente, ad escludere che l'inaidempimento nei termini all'obbligo di provvedere debba essere azionato con il meccanismo del silenzio; tale meccanismo serve al privato per ottenere l'utilità finale, cioè il provvedimento richiesto, ma non appare necessario nell'economia dell'azione risarcitoria né ai fini della qualificazione dell'inerzia – che è considerata *contra ius* dalla stessa norma che pone il termine – né per accertare la spettanza dell'utilità finale, che non rileva. In ogni caso, il danno risarcibile non potrà, ovviamente, essere quello che discende dalla mancata emanazione del provvedimento, ma solo quello che sia derivato al privato dalla situazione di incertezza protratta oltre il termine; in sostanza, sarà limitato al c.d. interesse negativo.

---

(26) Analogamente alla soluzione proposta da una parte della dottrina (togata e non), con riferimento alla pregiudiziale di annullamento: si veda CARINGELLA, *La pregiudiziale amministrativa: una soluzione antica per un problema attuale*, cit.; CONSOLO, *La Corte regolatrice della giurisdizione e la tutela del cittadino*, in *Corr. giur.*, 2006, 1041 ss.; CORAGGIO, *La pregiudizialità è la soluzione?*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); DE LISE, *Relazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario T.A.R. Lazio, 28 febbraio 2008*, ivi; DE NICTOLIS, *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici alla luce del codice dei contratti pubblici*, Milano, 2007, 575; DE PRETIS, *Azione di annullamento e azione risarcitoria nel processo amministrativo*, in *Dir. & form.*, 2002.

Il ristoro da riconoscersi al privato non sarà costituito dall'integrale reintegrazione della perdita subita dal danneggiato (limitato comunque, per alcuni studiosi, al solo danno emergente, sebbene l'opinione non possa dirsi pacifica), poiché, ai sensi dell'art. 1227 c.c., si sanzionerà la mancata tempestiva «impugnazione» del silenzio provvedimentale ovvero della determinazione amministrativa negativa, secondo quando parenteticamente sostenuto dall'ordinanza di rimessione (con riferimento all'ipotesi di silenzio), limitando così l'esposizione debitoria della Pubblica Amministrazione.

Aderendo alla ricostruzione dottrinale (27) che definisce il rapporto procedimentale ad iniziativa di parte (non quello ad impulso ufficioso, costruito sulla falsariga dello schema civilistico del diritto potestativo) come rapporto giuridico (contrattuale), nell'ambito del quale sussistono situazioni di diritto soggettivo-obbligo di carattere eminentemente formale e distinguendo questa tematica da quella afferente al contenuto positivo o negativo – rispetto al bene della vita finale – della determinazione finale (in ordine alla quale sussisterebbe un «dovere di natura sostanziale» e non un obbligo di natura formale), si afferma che l'art. 2 legge n. 241/1990 abbia inteso codificare il «principio della certezza dell'agire dell'amministrazione», qualificato alla stregua di «principio di ordine pubblico» in funzione preminente di tutela di coloro nella cui sfera giuridica ricadono gli effetti provvedimenti, di qualsiasi segno essi siano. Il termine finale del procedimento amministrativo assume, in questa ricostruzione, valore perentorio ed il significato di «vincolo assoluto» per la P.A., vincolo che questa deve «adempiere», con rilevanti effetti giuridici, interni ed esterni all'organizzazione pubblica, tra i quali (e sempre che non si configuri l'ipotesi di silenzio con significato legalmente tipico) l'inutilità del procedimento di significazione del silenzio-inadempimento.

Nel decidere la questione sottoposta al suo esame dall'ordinanza n. 875/2005, l'Adunanza Plenaria (28), negando la configurabilità del danno da ritardo puro, non ha preso posizione in ordine al problema, logicamente consequenziale ad una tale categoria di danno, della necessità del previo esperimento del giudizio sul silenzio. Una volta statuita l'infondatezza della pretesa sostanziale dell'istante, a seguito dei provvedimenti di rigetto non impugnati, infatti, l'Adunanza Plenaria dichiara espressamente di prescindere dall'affrontare il problema relativo ai requisiti che l'istanza avrebbe dovuto possedere affinché l'inadempienza potesse considerarsi realizzata nella diversa ipotesi in cui si fosse verificata la lesione del bene della vita; nei seguenti termini motiva in proposito la Plenaria: «*il sistema di tutela degli interessi pretensivi – nelle ipotesi in cui si fa affidamento 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*

---

(27) CLARICH, *Termine del procedimento amministrativo e potere amministrativo*, cit., 148 ss.; GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino 2005, 112 s., la quale sostiene che l'osservanza del termine procedimentale tutela il bene della vita (diverso da quello finale) della «certezza dei tempi dell'azione amministrativa», inserendo l'ipotesi nella «doverosità strumentale» dell'azione amministrativa «a garanzia degli interessi secondari» (267 ss., 283 s.), doverosità non riscontrabile negli *officia* privati e da distinguersi dalla «doverosità-finale».

(28) Dec. 15 settembre 2005, n. 7, sulla quale si legga il commento di CLARICH - FONDERICO, *La risarcibilità del danno da mero ritardo dell'azione amministrativa*, in *Urb. e app.*, 2006, 1, 61.

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")»; su questa premessa, la Plenaria esclude che «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 incontrovertibile 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».

Proprio l'affermazione di voler prescindere da «ogni ulteriore profilo in ordine ai requisiti richiesti per potersi considerare realizzata l'inadempienza» potrebbe suggerire la conclusione che evidentemente la Plenaria ritiene tali requisiti necessari per realizzare l'inadempienza. Resta, comunque, il dubbio, in considerazione della particolare stringatezza del passaggio motivazionale sul punto, di quali siano in concreto tali ulteriori requisiti, tenuto conto, peraltro, della sussistenza in giurisprudenza, accanto alla tesi che ritiene necessaria l'attivazione del rito *ex art. 21 bis*, legge T.A.R. ai fini della qualificazione in termini di illiceità del ritardo, di un orientamento (che va consolidandosi) che esclude la necessità, ai fini del perfezionamento della responsabilità da ritardo, dell'attivazione del rito del silenzio. Precedentemente alla novella del 2005, si era, del resto, ritenuto che l'illegittimità del ritardo fosse individuabile nella diffida, quale momento perfezionativo della fattispecie del silenzio-indempimento e, dunque, in un *quid pluris* rispetto alla mera inerzia, ma prescindendo, comunque, dall'accertamento giurisdizionale preventivo (29).

Se, infatti, il breve riferimento agli «ulteriori requisiti» necessari per realizzare l'inadempienza permette, da un lato, di escludere che l'Adunanza Plenaria consideri sufficiente la sola inerzia protratta oltre il termine al fine di ottenere il risarcimento dei danni, dall'altro non consente di stabilire se tale requisito a cui fa riferimento debba consistere nel previo giudizio sul silenzio o nella previa notifica della sola diffida.

Ad ogni modo, occorre considerare che la fattispecie esaminata dall'Adunanza Plenaria si riferiva ad una vicenda anteriore *ratione temporis* all'entrata in vigore del d.l. n. 35/2005 (convertito dalla l. n. 80/2005), che, novellando l'art. 2, legge n. 241/1990, ha fatto venir meno la necessità della diffida al fine di attribuire significato al silenzio.

---

(29) In tal senso, Cons. St., sez. VI, 16 settembre 2004, n. 5995, in *www.lexitalia.it*, ove si è affermato che il termine di prescrizione dell'azione risarcitoria inizia a decorrere da quando si verifica l'evento produttivo del danno e, in particolare, nel caso di silenzio inadempimento, in cui non occorre il previo annullamento giurisdizionale di alcun atto amministrativo, la prescrizione della pretesa risarcitoria inizia a decorrere da quando si verifica il silenzio-inadempimento; conformi, in precedenza, Cons. St., sez. IV, 6 luglio 2004, n. 5020, *ivi*; Id., 4 febbraio 2004, n. 376, *ivi*.

Sul termine prescrizione dell'azione di risarcimento del danno da ritardo si rinvia alle osservazioni che saranno svolte *sub* 8.

### 5. La pregiudizialità è estranea al risarcimento del danno da silenzio.

L'ampliamento delle garanzie riconosciute al privato per effetto dell'eliminazione della diffida (ritenuta dalla stessa Plenaria *condicio sine qua non* per la costituzione delle inadempienze pubblicistiche, almeno fino al sopravvenire dell'art. 6-bis, d.l. n. 35/2005, convertito nella legge n. 80/2005) consente di sostenere che la mancata attivazione da parte del danneggiato del rimedio tipicamente apprestato dal legislatore per reagire al silenzio della P.A. possa valutarsi non già sul piano processuale, quale ragione di inammissibilità della domanda risarcitoria, ma sotto il profilo del merito, in termini di negligenza rilevante ai sensi dell'art. 1227, comma 2, c.c. Peraltro, non si è mancato di sottolineare in dottrina (30) che, poiché il giudizio avverso il silenzio è maggiormente indirizzato verso il conseguimento dell'utilità finale cui l'istanza rimasta inevasa era preordinata (*arg. ex art. 2, comma 5, legge n. 241 del 1990*), ove il privato avesse perso interesse a questo risultato, non vi sarebbe motivo per escludere un'azione autonoma di risarcimento per il danno da incertezza *medio tempore* prodottasi.

Una tale conclusione pare sostenibile, oltreché riguardo all'ipotesi della domanda risarcitoria fondata sul tardivo conseguimento del bene della vita sotteso alla fondata istanza presentata dal privato (31), anche con riferimen-

---

(30) CLARICH - FONDERICO, *op. cit.*, 68.

(31) In tal senso, da ultimo, Cons. St., sez. IV, 29 gennaio 2008, n. 248, *cit.* Non può dubitarsi che in tal caso l'azione risarcitoria non sconta alcuna pregiudizialità: si tratterà di un normale giudizio nel quale, in applicazione del riparto dell'onere della prova fissato dall'art. 2697 c.c., il ricorrente dovrà dimostrare solo il superamento del termine fissato (normativamente o tramite provvedimenti che determinano un autovincolo per l'amministrazione) per il compimento dell'attività ed il concreto danno che tale ritardo gli ha fatto subire (ad esempio, una tardiva erogazione di finanziamenti può essere fonte di danno ove, ad esempio, il percettore abbia dovuto contrarre prestiti per ovviare al ritardo nella disponibilità delle somme dovutegli; ed ancora, si pensi all'ipotesi della tardiva assunzione da parte della P.A., che può generare danni, individuabili nelle spese effettuate in vista dell'assunzione o per intraprendere altre attività lavorative transitorie, o nel patema derivante dall'ingiustificato protrarsi della situazione di disoccupazione: si veda, a tal ultimo proposito, Cass. civ., sez. III, 14 dicembre 2007, n. 26282, in *www.lexitalia.it*). La stessa Adunanza Plenaria nella decisione 15 settembre 2005, n. 7 ha ammesso l'azione risarcitoria, sganciata dall'impugnazione, per il caso di emanazione (tardiva) di provvedimenti favorevoli che, proprio perché tali, non possono essere avversati. A prescindere dalla questione specifica della risarcibilità del danno da ritardo che investe soprattutto aspetti sostanziali (esiste un diritto tutelato al provvedimento tempestivo, favorevole o sfavorevole che sia? Esiste una sanzione risarcitoria per il ritardo, inteso come dannoso di per sé, indipendente dalla fondatezza della pretesa al provvedimento?), è evidente che l'Adunanza Plenaria nega l'esistenza di un'azione risarcitoria autonoma quando l'interesse sia stato leso inoppugnabilmente, ma non nega affatto una azione risarcitoria autonoma davanti al G.A. quando l'interesse sostanziale sia stato soddisfatto (nel caso con il rilascio di un'autorizzazione edilizia), ma con ritardo. Come acutamente evidenziato (DOMENICHELLI, *Le azioni nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 9), senza dubbio la Plenaria era più preoccupata di affermare la giurisdizione amministrativa, negando che la fattispecie rientrasse in quella dei «comportamen-

to al c.d. danno da ritardo puro, che, come illustrato, ha ad oggetto il mero pregiudizio derivante dalla violazione dell'obbligo di comportamento imposto dall'amministrazione, a prescindere quindi dalla soddisfazione dell'interesse finale: in tal caso, infatti, ai fini della risarcibilità del danno da ritardo (puro), al giudice non è richiesto di svolgere un giudizio prognostico sulla spettanza dell'utilità finale, ma solo di accertare la violazione dell'obbligo di comportamento imposto all'amministrazione, sicché l'azione risarcitoria risulta autonomamente proponibile a prescindere dall'attivazione del procedimento del silenzio.

Tale conclusione sembra, inoltre, coerente proprio con l'impianto argomentativo della stessa decisione n. 7/2005 della Plenaria: infatti, nel danno da ritardo come delineato dall'Adunanza Plenaria la lesione del bene della vita è già presupposto per l'esercizio dell'azione. L'illegittimità dell'inerzia serbata dalla P.A. rinviene il suo fondamento in ambito extraprocessuale, ossia nella violazione dei termini procedurali, sicché il preventivo giudizio sul silenzio, comportante l'accertamento della fondatezza della pretesa del privato (ove trattasi di attività vincolata), sarebbe, in tal caso, un inutile doppione del giudizio risarcitorio senza alcuna effettiva utilità, il quale dovrebbe, comunque, essere autonomamente introdotto dal privato, non essendo la domanda risarcitoria azionabile nel giudizio *ex art. 21 bis* (32):

---

ti» lesivi di diritti soggettivi rimessi al G.O. dalla sentenza n. 204, ma «non può esserle sfuggito di aver riaffermato la pregiudiziale amministrativa per... superarla!»

(32) In questo senso si pone la giurisprudenza maggioritaria, che ritiene inammissibile, per incompatibilità del rito, la domanda risarcitoria proposta in via cumulativa nello stesso ricorso introduttivo *ex art. 21 bis: ex pluribus*, solo tra le più recenti, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-ter, 27 luglio 2007, n. 7119; T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 10 luglio 2007, n. 810; Id, sez. II, 16 giugno 2006, n. 847; T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 8 febbraio 2006, n. 399; T.A.R. Piemonte, sez. II, 22 ottobre 2005, n. 3284; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-bis, 9 settembre 2005, n. 6786; Cons. St., sez. IV, 23 aprile 2004, n. 2386; T.A.R. Sardegna, 8 marzo 2004, n. 323; T.A.R. Veneto, sez. II, 19 gennaio 2004, n. 137 (tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*); da ultimo, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-ter, 5 dicembre 2007, n. 12568, *ivi*, in cui il Tribunale, confermando il proprio precedente orientamento (sez. III, 18 maggio 2006, n. 3555; sez. II, 9 settembre 2005, n. 6786; sez. I-ter, 6 luglio 2005, n. 5523; sez. II, 26 gennaio 2005, n. 633; sez. II, 15 dicembre 2004, n. 16125), ha così motivato a sostegno della tesi contraria alla proponibilità con il rito del silenzio di una domanda risarcitoria: «il giudizio speciale sul silenzio inadempimento non è compatibile con le controversie che hanno un oggetto ulteriore rispetto alla situazione di inerzia. Non è quindi ammissibile la domanda – proposta davanti al GA. – con la quale si richiede il risarcimento del danno congiuntamente ad un ricorso presentato avverso il silenzio della P.A. ... (cfr. *ex multis* T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 9 settembre 2005, n. 6786). Ed anche nel caso in cui si ritenga che “L'impossibilità per il giudice di sostituirsi all'amministrazione nell'esercizio del potere amministrativo nella prima fase del rito del silenzio rifiuto esclude la proponibilità, in questa fase, dell'azione di risarcimento danni per perdita di chance ma non di quella per risarcimento specifico delle spese comunque affrontate per far valere il proprio diritto all'emanazione di provvedimenti quanto meno esaustivi dell'interesse strumentale all'eliminazione di atti ritenuti lesivi, con possibilità di nuovi provvedimenti favorevoli. La liquidazione del danno emergente ben può avvenire utilizzando lo strumento previsto dall'art. 35 comma 2

per il carattere aggiuntivo dell'art. 21 *bis* rispetto ad altre forme di tutela (dell'interesse al bene della vita); per la complessità degli accertamenti istruttori che potrebbero all'uopo richiedersi e che un sistema improntato alla concentrazione processuale quale quello delineato nell'art. 21 *bis* potrebbe non consentire; per la necessità che debba essere accertata inequivocabilmente, secondo l'indirizzo della Plenaria, la fondatezza della pretesa, per cui la sentenza definitiva sulla domanda avente ad oggetto il risarcimento dei danni lamentati dal ricorrente per l'illegittimo comportamento omissivo dell'amministrazione può aversi solo dopo che l'amministrazione stessa abbia provveduto in ottemperanza alla decisione che accoglie il ricorso avverso il silenzio (33).

Atteso che in base alla novella del 2005 il silenzio-rifiuto integra una fattispecie di inadempimento che si forma per il mero decorso del termine a provvedere e che legittima il privato ad un'impugnativa sganciata dal termine decadenziale, si dovrà ammettere che l'azione risarcitoria per danni da comportamento inerte della P.A. non debba necessariamente essere preceduta dall'accertamento dell'illegittimità dell'inerzia da parte del giudice del silenzio, potendo essere autonomamente proposta. In questa prospettiva, a sostegno della esclusione della regola della pregiudizialità, potrebbe nondi-

---

*decreto legge n. 80 del 1998, come sostituito dall'art. 7 legge n. 205 del 2000, che consente al giudice amministrativo di stabilire i criteri in base ai quali la P.A. deve proporre a favore dell'avente titolo il pagamento di una somma entro un congruo termine, prevedendo che, qualora permanga il disaccordo, le parti possano rivolgersi nuovamente al giudice per la determinazione delle somme dovute nelle forme del giudizio di ottemperanza" (cfr. da ultimo T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 20 aprile 2006, n. 2883), tuttavia, nella fattispecie all'esame, è mancata sia la richiesta specifica della detta voce di danno sia soprattutto ed a maggiore ragione la prova in ordine ai detti danni».*

Un indirizzo minoritario ritiene ammissibile la domanda di risarcimento del danno, in ragione del ritardo o dell'inerzia imputati alla P.A., formulata congiuntamente al ricorso proposto avverso il silenzio-rifiuto serbato dall'amministrazione sull'istanza del privato, sull'assunto che l'inerzia o l'ingiustificato ritardo comporta la violazione da parte dell'Amministrazione del canone generale di imparzialità e buon andamento ex art. 97 Cost. In tal senso, T.A.R. Puglia, Bari, sez. III-ter, 3 giugno 2004, n. 2371, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ove il Tribunale, dopo aver dichiarato illegittimo il silenzio-rifiuto formatosi sull'istanza del privato, ha ritenuto fondata la domanda di risarcimento dei danni, subiti a causa dell'ingiustificato ritardo nel portare a termine il procedimento, in violazione dei principi di imparzialità, correttezza e buon andamento dell'attività della P.A., sanciti dall'art. 97 Cost.; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 19 aprile 2002, n. 1572, *ivi*, ove si osserva che «il giudizio ex art. 21 bis l. 1034/71 non confligge con l'inserimento, in esso, di una pretesa risarcitoria, ogni qual volta detta pretesa trovi proprio nell'atteggiamento inerte della P.A. il suo fondamento; e poi, perché le concrete caratteristiche del potere esercitato dall'Amministrazione, e la natura dell'interesse azionato in tale giudizio, riguardano non già l'astratta proponibilità, bensì la sussistenza degli elementi costitutivi della responsabilità aquiliana, onde giammai potrebbe derivarne un giudizio d'inammissibilità della relativa domanda».

(33) In tal senso la rigorosa tesi dottrinale riportata *sub* 3.

meno valorizzarsi la differente funzione dell'azione speciale contro il silenzio, che mira a garantire una tutela (di tipo non risarcitorio) in forma specifica dell'interesse legittimo (da distinguere dalla reintegrazione in forma specifica, che, com'è noto, è alternativa al risarcimento per equivalente monetario, ammissibile nei limiti di cui all'art. 2058 c.c.), rispetto all'azione risarcitoria, finalizzata alla reintegrazione patrimoniale della sfera giuridica del soggetto danneggiato conseguente alla violazione dell'interesse procedimentale al rispetto dei tempi posti dall'ordinamento.

Questa diversità di funzioni è, del resto, ben delineata da autorevole dottrina (34), che ha evidenziato come il profilo della risarcibilità dei danni da lesione dell'interesse legittimo è ulteriore rispetto al silenzio propriamente detto. Si tratta di due situazioni differenti: il silenzio come tale è un mero presupposto processuale, ossia un mero fatto (non un atto), rispetto al quale non rilevano né la volontarietà, né (a maggior ragione) la colpa, il cui effetto è quello di rendere proponibile l'azione (il ricorso) diretta a superare l'inerzia e ad ottenere (dall'amministrazione, dal commissario o dal giudice) il provvedimento che chiuda il procedimento. Sotto diverso profilo il silenzio può rilevare anche come atto, o, meglio, fatto illecito (in presenza di volontarietà e di colpa) e può essere oggetto (non più presupposto) di una diversa azione (risarcitoria) diretta alla condanna della P.A. inerte al pagamento dei danni eventualmente provocati dall'inerzia o dal ritardo nel provvedere. Sulla base di tali premesse, conclude questa dottrina osservando che «*il silenzio può essere senz'altro fatto illecito; ma questa configurazione è estranea al silenzio di cui all'art. 21 bis e, quindi, alla tutela specifica approntata dall'ordinamento per contrastare l'inerzia dell'amministrazione e consentire al privato di ottenere il provvedimento che disciplini il suo interesse finale (o sostanziale)*».

Se, dunque, a fini risarcitori, il silenzio rileva come fatto illecito, non si pone alcun problema di pregiudiziale amministrativa, posto che la questione risarcitoria prescinde dalla demolizione di qualsivoglia provvedimento amministrativo, essendo diretta a censurare il comportamento inerte tenuto dall'amministrazione, violativo dell'affidamento del cittadino e contrario all'obbligo di conclusione del procedimento *ex* art. 2, legge n. 241/1990, che canonizza nel nostro ordinamento il principio di doverosità dell'esercizio del potere amministrativo e della certezza dei tempi dell'azione pubblica, come a più riprese precisato dalla giurisprudenza (35). Del resto, la stessa giuri-

---

(34) SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 252.

(35) In tal senso, si segnala, da ultimo, Cons. St., sez. IV, 18 ottobre 2007, n. 5433, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), ove la Sezione ha chiaramente affermato: «*ancor prima delle ulteriori modifiche apportate alla legge 7 agosto 1990, n. 241, la stessa Corte costituzionale ha avuto modo di qualificare come norma di principio e precettiva allo stesso momento la disposizione di cui all'art. 2 della citata legge. Norma di principio, in quanto la certezza dei tempi dell'azione amministrativa e la doverosità dell'esercizio del potere*

sprudenza esclude l'applicazione della regola della pregiudizialità laddove il privato contesti la contrarietà della condotta tenuta dall'amministrazione alle regole di buona fede e correttezza (36).

L'accoglimento della teoria della pregiudizialità non può, poi, fondarsi sull'assunto che l'accertamento dell'illegittimità della condotta omissiva dell'amministrazione mediante il ricorso avverso il silenzio costituisca pregiudiziale in senso logico nel significato che tale nozione ha assunto nel processo amministrativo (37).

Si tratta di una tesi criticabile.

---

*costituiscono elementi qualificanti della riforma introdotta dalla legge sul procedimento amministrativo, atteso che, secondo la Corte costituzionale, il legislatore, con l'art. 2, citato, ha inteso canonizzare "l'efficacia dell'obbligo di provvedere già esistente nell'ordinamento, con esclusione di ogni forma di insabbiamento di procedimenti, anche nelle fasi sub-procedimentali", dando così "applicazione generale a regole... che sono attuazione, sia pure non esaustiva, del principio costituzionale di buon andamento dell'amministrazione (art. 97 della Costituzione) negli obiettivi di trasparenza, pubblicità, partecipazione e tempestività dell'azione amministrativa, quali valori essenziali in un ordinamento democratico" (Corte cost., 23 luglio 1997, n. 262)»; nello stesso senso, Cons. St. sez. V, 7 novembre 2007, n. 5772, ivi: «l'inerzia dell'amministrazione è contraria ai principi di buon andamento della p.a. e dell'affidamento del cittadino nel corretto svolgimento dell'azione amministrativa, che impongono la conclusione di ogni procedimento con provvedimento espresso»; in termini identici si esprime Cons. St., sez. V, 5 febbraio 2007, n. 457, ivi.*

Alle stesse conclusioni perviene la giurisprudenza di primo grado: *ex pluribus*, si cita T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 28 agosto 2007, n. 3112, ivi: «la violazione dell'obbligo di concludere il procedimento mediante l'adozione di un provvedimento espresso ha una rilevanza specifica non solo sul versante del rimedio apprestato dall'ordinamento nei casi di inerzia dell'amministrazione, ossia nelle ipotesi di patente contrasto con il precetto di cui all'art. 2, comma 1 della legge 241/90 a seguito del mancato esercizio, nei termini di legge o regolamentari, della potestà provvedimentale ..., poiché l'obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento espresso costituisce precipitato tecnico del canone di buon andamento della P.A., di cui all'art. 97 Cost., l'interpretazione più conforme a Costituzione del predetto obbligo è quella che non riconosce diritto di cittadinanza ad una potestà soprassessoria della P.A. capace di tramutarsi in un rinvio sine die del pronunciamento sulla fattispecie concreta. Ciò è tanto più vero ogni qualvolta il procedimento sia stato avviato ad iniziativa del privato il quale vanta una posizione giuridicamente qualificata a conoscere in termini inequivocabili la volontà dell'interlocutore pubblico, senza che quest'ultimo possa opporgli incondizionatamente ragioni valevoli a fini di moratoria generalizzata di intere categorie procedimentali».

(36) T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 23 aprile 2007, n. 1175, in *www.lexitalia.it*, ove il principio è stato affermato con riferimento ad una domanda risarcitoria proposta dall'ex aggiudicatario, diretta a censurare non già la disposta revoca dell'aggiudicazione, ma la contrarietà del comportamento tenuto dalla stazione appaltante nelle more della stipulazione della stipulazione del contratto alle regole di correttezza e buona fede di cui all'art. 1337 c.c.; nello stesso senso, Cons. St., sez. V, 6 dicembre 2006, n. 7194, in *Guida al dir.*, 2007, 3, 85, con nota di PONTE, *Alla ricerca di un punto di equilibrio fra i diversi interessi pubblici e privati*.

(37) In tal senso, non condivisibilmente, conclude T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 13 gennaio 2005, n. 56, *cit.*

La qualificazione del ricorso avverso il silenzio come pregiudiziale in senso logico rispetto all'azione risarcitoria per i danni da ritardo o da silenzio non è condivisibile ove si consideri che generalmente, si parla di «pregiudizialità in senso logico» quando la pronuncia su una questione, che logicamente precede la definizione della causa principale, può essere compiuta dallo stesso giudice che detiene la questione principale. La pregiudiziale in senso logico ricorre, quindi, nell'ipotesi in cui la preventiva definizione di una questione si colloca lungo il percorso logico che conduce alla definizione del giudizio finale. Ne consegue che, per la definizione di quella questione, pregiudiziale appunto, non è necessaria un'azione separata da esperire dinanzi ad altro giudice (secondo il meccanismo di cui agli artt. 34 c.p.c., ovvero dell'art. 295 c.p.c., dettato in tema di sospensione del giudizio in attesa della definizione di una questione pregiudiziale ed applicabile al processo amministrativo). La questione pregiudiziale in senso logico è tale perché può e dev'essere definita dallo stesso giudice che si occupa della questione di carattere principale, senza la necessità di instaurare un giudizio autonomo. Si può fare l'esempio di un'azione risarcitoria per inadempimento contrattuale: è evidente che il giudice non può condannare al risarcimento se non accerta, preventivamente, che il debitore è inadempiente. Ma per far questo, non è necessaria un'ulteriore azione (o meglio una preventiva azione) di accertamento, poiché, risolvendo una pregiudiziale in senso logico, il giudice, accertato l'inadempimento del debitore, lo condanna al risarcimento; se, invece, accerta che il debitore non è inadempiente, non accoglie la domanda attrice. Se nella pregiudiziale in senso logico l'azione è unica, ma si rende necessario «pregiudicare» su una questione che logicamente si colloca nel percorso decisionale, ben potrebbe il giudice del risarcimento «pre-giudicare» sull'illegittimità dell'inerzia protratta dell'amministrazione, decidendo così nel merito la domanda di risarcimento del danno, così come un giudice ordinario, accertato pregiudizialmente l'inadempimento del debitore, condanna lo stesso al risarcimento nei confronti del creditore. Come detto, infatti, la pregiudiziale si definisce in senso logico, laddove la preventiva cognizione sulla stessa non costituisce un giudizio autonomo rispetto alla questione principale, ma si inserisce nel percorso logico argomentativo che il giudice obbligatoriamente deve seguire per pervenire alla soluzione finale. In questo senso, quindi, il giudizio risarcitorio presuppone un accertamento pregiudiziale sull'illegittimità dell'inerzia serbata dalla P.A., che rappresenta quell'«elemento della fattispecie costitutiva del diritto al risarcimento, che si pone all'interno del *thema decidendum* da risolvere con efficacia di giudicato» (38).

In definitiva, il giudizio che il G.A. formula sull'illegittimità del comportamento della P.A. (che si manifesta in un ritardo o nella radicale assenza del provvedimento finale) rappresenta una «pregiudiziale in senso logico»

---

(38) In tal senso VERDE, *La pregiudizialità dell'annullamento nel processo amministrativo per risarcimento del danno*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 972.

rispetto al giudizio sul risarcimento del danno non nel significato che la nozione ha assunto nell'ambito del processo amministrativo, ma nella sua corretta accezione, come enucleata dalla dottrina processualcivilista (39). Il privato, cioè, potrà agire contro l'inerzia della P.A. e chiedere in un successivo giudizio una tutela risarcitoria (non proponibile, secondo il richiamato prevalente orientamento della giurisprudenza, nello stesso giudizio avverso il silenzio, in considerazione della specialità e celerità del rito del silenzio, che non consente la delibazione della domanda risarcitoria, che presuppone un giudizio ordinario). Del pari, il privato potrà agire direttamente innanzi al G.A. per ottenere il risarcimento dei danni conseguenti all'illegittimità del comportamento della P.A., qualora non sia più interessato al provvedimento omesso ovvero perché l'amministrazione si è pronunciata, ma con ritardo: in tal caso, secondo quanto osservato, non è necessario esperire il preventivo ricorso per l'annullamento o contro l'inerzia, ma il giudice del risarcimento, a titolo di pregiudiziale in senso logico, valuta l'illegittimità del comportamento amministrativo (contrario a buona fede e che concreta, in ultima analisi, un'ipotesi di inadempimento del vincolo obbligatorio) e condanna al risarcimento danni, ove riscontri la sussistenza dei presupposti che radicano la colpa dell'amministrazione.

Del resto, l'ammissibilità dell'autonoma domanda di risarcimento del danno da silenzio, prescindendo cioè dal mancato rituale accertamento dell'inerzia, non comporterebbe le conseguenze su cui poggia la teorica della pregiudizialità da provvedimento. Ed infatti, di certo non potrebbe sostenersi che la domanda risarcitoria autonoma da silenzio costituirebbe strumento di pratica elusione dei termini decadenziali, i quali sono posti esclusivamente a condizione dell'esercizio dell'azione di annullamento (ipotesi che viene a sostanzarsi ove si ritenga che, in difetto dell'impugnazione nel divisato termine di legge, sia comunque possibile esercitare nel termine prescrizione l'azione risarcitoria avente ad oggetto il danno arrecato da un atto che, quantunque non impugnato, verrebbe ad essere *incidenter tantum* sindacabile con riveniente "disapplicazione", sia pure limitatamente al caso sottoposto al vaglio giudiziale).

Come accennato, esiste una intrinseca differenza tra azione di impugnazione di un provvedimento amministrativo e ricorso avverso il silenzio, tale per cui non è possibile instaurare il parallelo prospettato dalla tesi favorevole all'estensione della teorica della pregiudizialità.

L'azione di impugnazione del provvedimento illegittimo assolve alla funzione di sollecitare il sindacato giudiziario sul corretto esercizio del potere ed è soggetta ad un termine decadenziale (pari a sessanta giorni dalla conoscenza dell'atto di cui si contesta la legittimità): l'instaurazione di un giudizio risarcitorio, senza il preventivo accertamento (con autonomo giudizio) dell'illegittimità del provvedimento, potrebbe comportare un'elusione

---

(39) SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova, 1992, 55 ss.

dello stesso termine. In altre parole, poiché sulla pregiudiziale in senso logico la decisione del giudice acquista l'efficacia della *res iudicata*, si potrebbe verificare l'ipotesi per cui il ricorrente abbia omissivo di impugnare tempestivamente l'atto e chiedi ugualmente il risarcimento dei danni conseguenti. In tal caso, la pronuncia sul risarcimento, richiedendo un accertamento pregiudiziale sull'illegittimità dell'atto consentirebbe, da un lato, di aggirare il termine decadenziale per l'impugnazione di un provvedimento illegittimo; dall'altro lato garantirebbe ugualmente una pronuncia con efficacia di giudicato sull'illegittimità dell'atto medesimo. Ecco perché il risarcimento danni da provvedimento illegittimo non è ammesso, secondo il prevalente orientamento della giurisprudenza amministrativa, nel caso in cui non si sia proposta, con successo, la preventiva impugnazione dell'atto medesimo: respinto il giudizio risarcitorio per mancata tempestiva impugnazione del provvedimento, non c'è più spazio per una pronuncia di annullamento dell'atto illegittimo, poiché il termine breve di sessanta giorni è, verosimilmente, già spirato. L'azione contro il silenzio, viceversa, non è soggetta ad un termine decadenziale, costituendo il termine annuale per la proposizione dell'azione (previsto dall'art. 2, comma 5, legge n. 241/1990, introdotto dalla legge n. 80/2005) un termine di prescrizione breve del diritto d'azione, essendo prevista, alla sua scadenza, la reiterabilità dell'istanza di avvio del procedimento e la possibilità di presentare il ricorso, qualora il ricorrente, diffidando l'amministrazione, abbia dato prova della persistenza dell'interesse all'adozione del provvedimento da parte dell'amministrazione (40).

Il ricorso avverso il silenzio assolve ad una funzione diversa, che non è quella autonoma di «controllare» il corretto esercizio del potere, ma è quella di verificare se il silenzio serbato dall'amministrazione sia legittimo o meno, in relazione alla fondatezza dell'istanza presentata dal privato (41). Più precisamente, l'azione di cui all'art. 21 *bis*, legge T.A.R. è essenzialmente preordinata ad ottenere il provvedimento, viceversa l'azione di risarcimento danni è funzionale ad ottenere un ristoro del pregiudizio subito: ciò significa che il privato può chiedere il risarcimento danni anche nell'eventualità in cui non sia più interessato al provvedimento medesimo, ovvero nell'ipotesi in cui l'amministrazione abbia provveduto, ma con ritardo. In tal caso, il giudice adito in sede di tutela risarcitoria accerta in via pregiudiziale l'illegittimità del silenzio (secondo lo schema della pregiudiziale in senso logico) e condanna l'amministrazione al risarcimento del danno conseguente al ritardo, senza necessità che il privato agisca espressamente contro l'inerzia del-

---

(40) In tal senso, da ultimo, T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 20 luglio 2007, n. 1003, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); negli stessi termini, T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 6 giugno 2006, n. 6747, *ivi*.

(41) È l'opinione della dottrina maggioritaria: per tutti, si veda GRECO, *L'accertamento autonomo, L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, in *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2008, 256.

l'amministrazione. Lo schema è identico al rapporto che intercorre tra inadempimento contrattuale e risarcimento danni conseguenti. E ciò, si badi, a prescindere dall'adesione alla controversa tesi «contatto procedimentale». L'adozione del provvedimento, infatti, prima ancora che essere interpretata come adempimento di un vincolo obbligatorio, costituisce senz'altro adempimento di un obbligo imposto all'amministrazione dalla legge (42).

Inoltre, non è ragionevole sostenere che con la proposizione della domanda risarcitoria autonoma da silenzio si finirebbe per attribuire al giudice, in sede di giudizio risarcitorio (che ha natura di accertamento e di eventuale condanna), un potere disapplicativo di atti amministrativi (non impugnati nel termine decadenziale) fuori dalle ipotesi in cui siffatta potestà è dall'ordinamento positivamente riconosciuta. Ed ancora, è da escludere che la mancata attivazione dello speciale rimedio processuale avverso l'inerzia inciderebbe sulla stabilità e certezza dell'azione amministrativa, che costituiscono valori presidiati dall'inoppugnabilità del provvedimento e che non si attagliano al comportamento inerte, specie ove si consideri la reiterabilità dell'istanza, decorso il termine annuale, ai sensi del comma 5 del novellato art. 2, legge n. 241/1990. Infatti, la previsione della possibilità di riproporre l'istanza chiarisce che allo scadere dell'anno il silenzio dell'amministrazio-

---

(42) Sulla portata precettiva dell'obbligo di provvedere si è espressa anche la Corte costituzionale: sent. 23 luglio 1997, n. 262, in *Cons. Stato*, 1997, II, 1128; *Id.*, sent. 17 luglio 2002, n. 355, in *Foro it.*, 2004, I, 38.

La giurisprudenza ha, di recente, precisato che l'esistenza dell'obbligo di provvedere, oltre che derivare da puntuale previsione normativa, può essere, altresì, desunta dai principi informatori dell'azione amministrativa, in specie quelli di imparzialità, legalità e buon andamento. Si afferma, in tal modo, l'esistenza dell'obbligo di provvedere, oltre che nei casi espressamente riconosciuti dalla legge, in particolari fattispecie nelle quali ragioni di giustizia e di equità impongono l'adozione di un provvedimento: in tal senso, *Cons. St.*, sez. IV, 14 dicembre 2004, n. 7975, in *Urb. e app.*, 2005, 693, con nota di DE PIERO, *La fonte dell'obbligo di dare risposte alle istanze dei privati*; tale decisione si segnala in particolare, per la trasposizione, in ambito pubblicistico, del canone buona fede contrattuale (c.d. buona fede in senso oggettivo, per distinguerla dalla situazione di ignoranza di ledere l'altrui diritto soggettivo: buona fede in senso soggettivo *ex art.* 1147 c.c.) che la P.A. è tenuta a rispettare allorché il privato sia titolare di una posizione qualificata e differenziata, idonea a generare una aspettativa. Nello stesso senso si è espressa la coeva *Cons. St.*, sez. IV, 2 novembre 2004, n. 7068, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, 3129, ove si è precisato che l'obbligo dell'Amministrazione di *clare loqui* si fonda sui doveri di lealtà, correttezza e solidarietà e sulla trasposizione, in ambito pubblicistico, del canone civilistico di buona fede contrattuale e di tutela dell'affidamento. Tale indirizzo interpretativo ha trovato, di recente, conferma in sede pretoria (T.A.R. Lazio, Roma, sez. II *ter*, 11 ottobre 2007, n. 9948; T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 28 marzo 2007, n. 312, entrambe in *www.lexitalia.it*). Una compiuta analisi dei casi nei quali sussiste l'obbligo per l'amministrazione di provvedere sull'istanza del privato, configurandosi, quindi, in caso di inosservanza, il silenzio-inadempimento ricorribile, è stata svolta, di recente, da *Cons. St.*, sez. VI, 11 maggio 2007, n. 2318, in *Guida al dir.*, 2007, 31, 76 ss., con nota di FORLENZA, *Un parametro troppo incerto che espone al rischio dell'arbitrio*, in *Guida al dir.*, 2007, 31, 76 ss.

ne non vale come provvedimento implicito di rigetto dell'istanza (da impugnare ai fini della proponibilità dell'azione risarcitoria), conservando la sua valenza esclusivamente comportamentale di inadempimento all'obbligo di provvedere. Da questo punto di vista, quindi, l'omessa attivazione della tutela speciale di cui all'art. 21 *bis*, legge T.A.R. non varrebbe a far presumere la legittimità del silenzio mantenuto dall'amministrazione; non può, infatti, estendersi all'inerzia il principio, affermato dall'Adunanza Plenaria n. 12 del 2007 con riferimento al danno da provvedimento, secondo cui l'omessa attivazione del rimedio impugnatorio trasforma la presunzione di legittimità dell'atto amministrativo da relativa in assoluta, con conseguente preclusione dell'allegazione dell'ingiustizia del danno provocato dal provvedimento inoppugnabile, ai sensi dell'art. 2043 c.c. (43). Riguardo alla violazione dell'obbligo di provvedere ed al silenzio-inadempimento che ne consegue, in quanto «fatto» non produttivo di effetti giuridici legalmente tipizzati, che si rinnova *de die in diem*, fatto ogni giorno nuovo e diverso (quello del giorno successivo non potrebbe essere considerato meramente confermativo di quello del giorno precedente), non può parlarsi di presunzione di legittimità, afferendo questa al provvedimento amministrativo espresso, che non assume le caratteristiche poc'anzi indicate (44). Il mancato riscontro in sede giurisdizionale dell'illegittimità del silenzio (*rectius*: della violazione dell'obbligo di provvedere) non vale, di certo, a far presumere legittimo un comportamento (omissivo) che resta sostanzialmente *contra ius*, non potendo ritenersi impedito al giudice del risarcimento di accordare la tutela a lui richiesta sul presupposto del mancato completamento della fattispecie risarcitoria (45).

Sotto questo profilo, ancora una volta non convince l'opinione secondo la quale il previo esperimento della procedura del silenzio-rifiuto rileva come requisito per il risarcimento del danno da ritardo e per l'accertamento riservato al G.A. dell'esistenza di un obbligo pubblicistico di provvedere e della sua violazione. In altri termini, secondo questa impostazione, il ricorso avverso il silenzio rifiuto dev'essere instaurato proprio per evidenziare il

---

(43) Per la critica alla tesi della Plenaria si veda CLARICH - FONDERICO, *op. cit.*, 59; VOLPE, *Pregiudiziale amministrativa e sacrifici concettuali del giudice amministrativo*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it); per interessanti spunti critici alla tesi della c.d. presunzione di legittimità del provvedimento amministrativo si veda MICARI, *Il c.d. «danno da ritardo» ed i corollari tratti da una sentenza-trattato del T.A.R. Puglia*, in *Giur. merito*, 2006, 2, 435, il quale conclude affermando che «non di presunzione di legittimità si deve parlare, ma di presunzione del perseguimento dei fini determinati ex iure positivo». In generale, la presunzione di legittimità è oggi considerata inaccettabile e non condivisibile opinione tradizionale da CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 550; MATTARELLA, *Il provvedimento*, in *Trattato dir. amm.*, a cura di CASSESE, *Dir. amm. gen.*, I, Milano, 2003, 813; VILLATA-RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, 316.

(44) In tal senso MICARI, *op. cit.*

(45) È questa la tesi sostenuta in giurisprudenza, in particolare, da T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 13 gennaio 2005, n. 56, *cit.*

momento a partire dal quale il provvedimento amministrativo deve essere emanato. In quest'ottica, il preventivo ricorso avverso il silenzio ha la funzione di accertare se il ritardo nell'adozione dell'atto sia illegittimo: l'adozione tardiva del provvedimento ampliativo farebbe presumere l'illegittimità dell'originaria inerzia, ma nulla direbbe in ordine alla circostanza se il ritardo con cui è stato emanato sia illegittimo.

È ben evidente come una simile argomentazione finisce per vanificare la forza di una disposizione di legge di portata generale (l'art. 2, legge n. 241/1990) che fissa un preciso obbligo dell'amministrazione di provvedere in modo espresso ed entro un certo termine, canonizzando nel nostro ordinamento il principio di doverosità dell'esercizio del potere amministrativo e della certezza dei tempi dell'azione pubblica (46), poiché si rimette al giudice il potere di stabilire e di verificare (proprio) l'esistenza di un obbligo pubblicistico di provvedere e la sua violazione. Per tale ragione, la soluzione favorevole alla pregiudizialità va respinta, proprio per le implicazioni e i rischi che essa comporta sul piano dell'effettiva tutela giurisdizionale del cittadino.

Tali argomentazioni suggeriscono, quindi, l'abbandono del modello processuale unico tarato sull'impugnazione del provvedimento, non estensibile in materia di silenzio, e l'accoglimento di una pluralità di rimedi processuali, a ciascuno dei quali riconoscere finalità e condizioni differenziate (47). Pertanto, deve ragionevolmente escludersi che la previa o contestuale proposizione dell'azione "impugnatoria" del silenzio costituisca presupposto di ammissibilità dell'azione risarcitoria nell'ipotesi in cui il danno da risarcire derivi da una illegittimità non già di un atto, ma dell'attività della P.A., come, appunto, nel caso di danno da silenzio o da ritardo.

---

(46) In tal senso, si segnala, da ultimo, Cons. St., sez. IV, 18 ottobre 2007, n. 5433, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ove la Sezione ha affermato che la disposizione di cui all'art. 2, l. n. 241/1990 costituisce norma di principio e precettiva, in quanto la certezza dei tempi dell'azione amministrativa e la doverosità dell'esercizio del potere costituiscono elementi qualificanti della riforma introdotta dalla legge sul procedimento amministrativo. Il principio di doverosità dell'azione amministrativa, da intendere non soltanto in senso diacronico (certezza dei tempi di conclusione del procedimento), ma anche in senso per così dire funzionale (esplicitazione delle ragioni poste a fondamento della determinazione amministrativa), ha portata generale e tale da imporsi pure nelle ipotesi in cui la legge ricolleggi all'inerzia dell'amministrazione l'effetto di reiezione dell'istanza del privato, il quale può sempre legittimamente pretendere che la P.A. si pronunci in modo espresso e motivato, come la giurisprudenza non ha mancato di precisare, proprio valorizzando il carattere generale dell'obbligo imposto alla P.A. dall'art. 2, l. n. 241 del 1990 di rispondere in modo espresso e motivato alle richieste dei cittadini (T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-bis, 3 gennaio 2008, n. 8; Id., 17 settembre 2007, n. 8992; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 22 febbraio 2007, n. 625; T.A.R. Campania, Napoli, 12 novembre 2004, n. 16775, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*).

(47) Su questo tema, in generale, si rinvia a CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 557 ss.; GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, cit., 239 ss., ove ulteriori riferimenti bibliografici.

In questa ipotesi non si pone la questione di dover rimuovere un atto esistente ed efficace per agire in via risarcitoria, pur trattandosi di fattispecie rientranti nella giurisdizione del giudice amministrativo, tenuto conto che è innegabile che la *ratio* della riforma, iniziata con il D.Lgs. n. 80/1998 e completata con la legge n. 205 del 2000, sia quella di concentrare davanti ad un unico giudice, quello amministrativo, ogni forma di tutela nei confronti della P.A. quando viene in gioco la lesione di interessi legittimi.

#### 6. *Il progressivo superamento da parte della giurisprudenza della pregiudizialità da silenzio.*

La tesi secondo cui il giudizio *ex art. 21 bis*, legge T.A.R. non costituisce condizione di ammissibilità della domanda di risarcimento del danno da omissione provvedimento è stata, di recente, affermata dalla giurisprudenza, le cui conclusioni trovano adesione in dottrina (48). In particolare, si è osservato che rispetto all'inerzia non si configura alcun onere di avanzare e coltivare con successo l'azione demolitoria, non essendovi un atto che comporti la necessità di un giudicato di annullamento.

Gli argomenti a sostegno di tale indirizzo possono così sintetizzarsi.

Si osserva, in particolare, che l'orientamento giurisprudenziale, secondo cui, una volta concentrata innanzi al G.A. la tutela impugnatoria dell'atto illegittimo e quella risarcitoria conseguente, non è ammissibile l'accertamento incidentale da parte del G.A. dell'illegittimità dell'atto non impugnato nei termini decadenziali al solo fine della domanda risarcitoria, non ha ragion d'essere riguardo al danno da silenzio, dal momento che non viene in rilievo un atto illegittimo (da caducare), ma un comportamento inerte, rispetto al quale non può essere applicata la regola della pregiudizialità amministrativa, la cui applicazione generalizzata, in caso di danni da provvedimenti amministrativi, è stata da ultimo ribadita dal Consiglio di Stato al suo massimo livello (Cons. St., ad pl., 22 ottobre 2007, n. 12).

La responsabilità risarcitoria della P.A. non è originata da un provvedimento illegittimo, ma da un suo comportamento eventualmente illecito, a prescindere dall'esistenza e dalla legittimità o meno di un'attività amministrativa provvedimento ad esso relativa (49). L'azione dannosa si concre-

---

(48) In tal senso CHIEPPA, *La pregiudiziale amministrativa*, in CHIEPPA-LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 658; CORRADINO, *op. cit.*; DE NICTOLIS, *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici alla luce del codice dei contratti pubblici*, Milano, 2007, 553-554; VILLATA, *op. cit.*, 482, il quale sottolinea l'irrelevanza, ai fini della c.d. pregiudiziale amministrativa, delle fattispecie di danno da ritardo, da mancata conclusione del contratto con l'aggiudicatario per difetto di copertura finanziaria, in cui la pretesa risarcitoria è del tutto indipendente dalla validità del provvedimento, poggiando sulla violazione da parte dell'amministrazione di regole di comportamento.

(49) In questo senso si esprime FORLENZA, *op. cit.*, 110, contestando l'affermazione della Plenaria (dec. n. 7/2005), per la quale il non esercitare un potere (così come esercitarlo in ritardo) costituisce «*la fattispecie speculare del suo esercizio*». Di contro, evidenzia

tizza in un *nihil facere*, ossia nell'inerzia, sicché, mancando un atto da annullare, la pregiudiziale amministrativa non trova ingresso. Nella fattispecie, incombando sull'amministrazione l'obbligo di provvedere sull'istanza dell'interessato, laddove tale obbligo sia rimasto inadempito e l'inerzia si sia protratta ben oltre i termini procedurali, al G.A. è consentito dichiarare la responsabilità dell'amministrazione per avere determinato una lesione nella sfera giuridica del ricorrente, senza che venga in rilievo alcun atto da impugnare previamente (o contestualmente) alla proposizione della domanda risarcitoria. Si esclude, quindi, che nel caso in cui sia il comportamento (omissivo) a causare il danno, l'accertamento della sua illegittimità debba pregiudizialmente essere compiuto nel contesto dello strumento attribuito dalla legge al G.A. per conoscere di tale illegittimità, ossia il giudice sul silenzio-rifiuto.

Del resto, il superamento della tesi della natura attizia del silenzio da parte delle decisioni dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 8/1960, n. 10/1978 e n. 16/1989, rende inapplicabile la regola della pregiudizialità (regola, peraltro, fortemente contrastata dalla giurisprudenza di legittimità) (50).

Argomenti a sostegno dell'esclusione della regola della pregiudizialità nei casi di danno da omesso esercizio della funzione pubblica possono trarsi, in primo luogo, dalla decisione n. 9 del 30 luglio 2007 dell'Adunanza

---

l'A. che «non adottare alcun provvedimento significa non esercitare il potere, così come adottare il provvedimento in ritardo significa tenere, per un tempo definito, un comportamento non conforme alle regole prescritte. In ambedue le ipotesi ci si trova di fronte a comportamenti, che non possono essere ritenuti il reciproco del provvedimento amministrativo».

(50) Si veda, da ultimo, Cass. civ., sez. un., ord. 7 gennaio 2008, n. 35, in *www.lexitalia.it*, sulla quale si legga il commento di CRISCENTI, *op. cit.*; già, Id., sez. I, 17 ottobre 2007, n. 21850, *ivi*; Id., sez. un., 13 giugno 2006, n. 13659 e 13660, in *Corr. merito*, 2006, 1096, con nota di MADDALENA, *Risarcimento degli interessi legittimi al G.A., ma senza pregiudiziale amministrativa*; in *Urb. e app.*, 2006, 1175, con nota di LAMORGESE, *Riparto della giurisdizione e pregiudizialità amministrativa: le Sezioni Unite non convincono*; in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 1100, con nota di CAVALLARO, *Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa: giurisdizione e pregiudizialità*; in *Dir. proc. amm.*, 2006, 1007, con nota di MALINCONICO, *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi: riparto di giurisdizione e rapporto tra tutela demolitoria e risarcitoria. In particolare il caso dell'occupazione illegittima*; in *Giust. civ.*, 2006, 2000; Id., ord. 26 maggio 2004, n. 10180, in *Giust. civ.*, 2005, 9, 2223, *L'adunanza plenaria di fronte alla problematica ma necessaria sistematicità del diritto (giurisprudenziale) amministrativo*; Id., sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157, in *Foro amm. C.d.S.*, 2003, con nota di SIRACUSANO, *La nuova (e «vera») svolta della Cassazione sulla c.d. risarcibilità dell'interesse legittimo: i doveri di comportamento della pubblica amministrazione verso la logica garantistica del rapporto*; in *Resp. civ. e prev.*, 2003, 3, 752, con nota di ROLANDO, *Ancora un passo in avanti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*. In tal senso, com'è noto, si pone la storica sentenza n. 500 del 22 luglio 1999, per il cui commento si rimanda, tra gli altri, alle note di PALMIERI, PARDOLESI e A. ROMANO, in *Foro it.*, 1999, I, 3201.

Plenaria del Consiglio (51), cui la questione era stata deferita dal Cons. Giust. Amm., con ordinanza 2 marzo 2007, n. 75.

In tale ultimo arresto i Giudici di Palazzo Spada escludono che la regola della pregiudizialità operi ove l'atto sia stato rimosso in sede amministrativa, in autotutela o su ricorso di parte, oppure qualora il danno non sia prodotto dalle statuizioni costitutive contenute nell'atto, ma sia materialmente causato dalle particolari modalità della sua esecuzione; in forza di tale premessa, il Consiglio esclude l'operatività della regola della pregiudizialità nel caso di azione risarcitoria proposta a seguito dell'irreversibile trasformazione del fondo operata dalla P.A. sulla base di un'occupazione d'urgenza alla quale non sia seguita, nei termini previsti dalla dichiarazione di p.u., l'emissione del decreto di esproprio. È evidente, infatti, che, in tale ipotesi, alcun onere di previa impugnazione del provvedimento dannoso può accollarsi al suo destinatario, considerato che il danno lamentato non discende da eventuali illegittimità dell'atto dichiarativo quanto direttamente dalla mancata conclusione del procedimento e dalla omessa adozione al termine dei lavori dell'atto di trasferimento, che ha impedito la stabilizzazione degli effetti *medio tempore* prodotti dagli atti intermedi ad esso finalizzati sul piano causale (52).

La tesi che esclude l'applicabilità della regola della pregiudizialità nel caso di danno da comportamento inerte è stata, di recente, affermata da Cons. St., sez. IV, 8 maggio 2007, n. 2136 (53), ove la Sezione sostiene che la tutela dell'interesse legittimo implica che l'oggetto principale del giudizio è l'atto autoritativo lesivo, che dev'essere impugnato, «*al di fuori dei casi di silenzio inadempimento*»; ancora più chiaramente, si era in precedenza

---

(51) Sulla quale si legga il commento di PLAISANT, *La Plenaria non scioglie i dubbi sulla pregiudiziale*, in *Diritto e pratica amministrativa*, 2007, 9, 98.

(52) L'operatività della regola della pregiudiziale amministrativa in caso di danno originato da un comportamento illecito era stata già esclusa da parte della giurisprudenza: Cons. St., sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3338, in *Riv. giur. edilizia*, 2002, 6, 1357, con nota di MARI, *Tutela risarcitoria degli interessi legittimi: pregiudiziale amministrativa e natura della reintegrazione in forma specifica*; id., sez. IV, 15 febbraio 2002, n. 952, in *Dir. & formazione*, 2002, 690; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-ter, 20 giugno 2005, n. 5109, in *www.giustizia-amministrativa.it*. L'ammissibilità dell'azione risarcitoria c.d. pura, ovvero non collegata alla principale ordinaria azione impugnatoria, in caso di danno da comportamento inerte, era stata affermata anche da T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 11 ottobre 2004, n. 7166, *ivi*, «*posto che l'elemento causativo del danno è da rinvenirsi non già in un provvedimento annullato in sede giurisdizionale perché illegittimo ma in un comportamento inerte dell'Amministrazione. Ne consegue che il giudice amministrativo ben può accertare l'illegittimità dell'inerzia della P.A. senza che tale esame costituisca elusione del termine decadenziale di impugnazione di provvedimenti né disapplicazione di atti amministrativi*» e da Cons. St., sez. VI, 14 maggio 2004, n. 5995, *ivi*, decisione che riprende le argomentazioni espresse dal Consiglio nella sentenza n. 3338/2002, *cit*.

(53) In *Foro amm. C.d.S.*, 2007, 6, 1828, con nota di LOTTI, *La pregiudiziale di annullamento: argomenti di diritto civile a confronto*.

espressa Cons. St., sez. V, 18 gennaio 2006, n. 125 (54), che così motiva sul punto: «*ben conosce il Collegio l'orientamento giurisprudenziale (che ha avuto autorevole suggello nella decisione del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria 26 marzo 2003, n. 4) secondo cui una volta concentrata presso il giudice amministrativo la tutela impugnatoria dell'atto illegittimo e quella risarcitoria conseguente, non è possibile l'accertamento incidentale da parte del giudice amministrativo della illegittimità dell'atto non impugnato nei termini decadenziali al solo fine di un giudizio risarcitorio e che l'azione di risarcimento del danno può essere proposta sia unitamente all'azione di annullamento che in via autonoma, ma che è ammissibile solo a condizione che sia impugnato tempestivamente il provvedimento illegittimo e che sia coltivato con successo il relativo giudizio di annullamento, in quanto al giudice amministrativo non è dato di poter disapplicare atti amministrativi non regolamentari; nella fattispecie che ci occupa, tuttavia, non viene in rilievo – come sopra osservato – un atto illegittimo, bensì comportamento inerte, rispetto al quale non può essere invocata la regola della pregiudizialità. Orbene, precisato che l'Amministrazione aveva l'obbligo giuridico di provvedere sull'istanza dell'interessato, che tale obbligo è rimasto inadempito e che tale inerzia si è protratta ben oltre i tempi procedurali ..., il Collegio non può che dare atto – sussistendone tutti i requisiti – della responsabilità dell'amministrazione comunale per avere determinato una lesione nella sfera giuridica dell'appellante»; nella stessa direzione si pone Cons. St., sez. IV, 11 dicembre 2007, n. 6346 (55), ove la Sezione esclude che sulla domanda risarcitoria possa incidere la questione della pregiudizialità amministrativa, trattandosi, invece, di ordinaria azione risarcitoria per asserita lesione di interessi legittimi, in relazione alla quale dovrà esclusivamente verificarsi la sussistenza dei presupposti del danno risarcibile nonchè, da ultimo, Cons. St., sez. IV, 29 gennaio 2008, n. 248, sia pur con riferimento alla sola ipotesi della domanda di risarcimento del danno da ritardo nell'adozione di provvedimento favorevole, il solo risarcibile secondo l'impostazione della Plenaria n. 7/2005.*

### 7. Il danno da omessa ripianificazione delle zone bianche.

Tuttavia, il quadro giurisprudenziale sembra lontano dal trovare un assetto definito, sol che si consideri che l'operatività del meccanismo della pregiudiziale amministrativa è stata affermata recentemente dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato (56) in relazione al danno da comportamento omissivo dell'amministrazione per mancata nuova regolamentazione urbani-

(54) In *Foro amm. C.d.S.*, 2006, 1, 162.

(55) In [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

(56) Cons. St., sez. V, 22 febbraio 2007, n. 954, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it); la decisione è commentata da PLAISANT, *La tutela risarcitoria contro i vincoli urbanistici illegittimi*, in *Dir. e prat. amm.*, 2007, 4, 76.

stica dell'area di proprietà del privato istante a seguito della scadenza dei vincoli preordinati all'esproprio o aventi contenuto sostanzialmente espropriativo (57).

Alla scadenza del quinquennio di efficacia del vincolo urbanistico, in assenza di reiterazione, la giurisprudenza amministrativa maggioritaria afferma l'assoggettabilità delle relative zone alla disciplina delle c.d. «zone bianche» (58). Ciò in quanto, per un verso, la scadenza del termine quinquennale di operatività dei vincoli previsti dagli strumenti urbanistici generali in caso di mancata approvazione dei necessari strumenti attuativi determina la perdita di efficacia *ex nunc* e, per altro verso, è escluso che possa rivivere la disciplina urbanistica anteriore all'imposizione del vincolo (59). In altri termini, essendo stata abrogata la disciplina urbanistica precedente e divenuta inefficace quella sopravvenuta, la zona soggetta a vincolo decaduto deve ritenersi soggetta alla disciplina prevista dall'art. 4, ult. comma, legge 28 gennaio 1977, n. 10, che regola l'utilizzabilità dei terreni nei comuni privi di strumenti urbanistici generali: la norma è volta a dettare una disciplina transitoria e con finalità di salvaguardia, in relazione ai casi in cui manchi un'apposita disciplina urbanistica (60).

---

(57) La giurisprudenza considera vincoli preordinati all'espropriazione o che comportano inedificabilità assoluta quelli che svuotano il contenuto del diritto di proprietà, incidendo sul godimento del bene in modo tale da renderlo inutilizzabile rispetto alla sua destinazione naturale ovvero diminuendone significativamente il suo valore di scambio: da ultimo, Cons. St., sez. IV, 27 giugno 2007, n. 3671, in *www.giustizia-amministrativa.it*; in precedenza, *ex pluribus*, Cons. St., sez. IV, 25 maggio 2005, n. 2718, *ivi*. Si precisa, inoltre, che il regime di decadenza quinquennale vale soltanto per i vincoli finalizzati alla espropriazione, oppure che comportano la preclusione completa della attività edificatoria, e non invece per quei vincoli che costituiscono espressione della attività pianificatoria della P.A. e che hanno il solo effetto di imporre alla proprietà l'obbligo di conformarsi alla destinazione impressa al suolo: così, Cons. St., sez. IV, 13 marzo 2008, n. 1095, in *www.lexitalia.it.*, che ha affermato tale principio con riferimento al vincolo di inedificabilità relativo alla "fascia di rispetto stradale", che non ha natura espropriativa, ma unicamente conformativa, in quanto riguarda una generalità di beni e di soggetti ed ha una funzione di salvaguardia della circolazione, indipendentemente dalla eventuale instaurazione di procedure espropriative; tale vincolo, quindi, non è soggetto a scadenze temporali.

(58) In tal senso, da ultimo, Cons. St., sez. V, 28 dicembre 2007, n. 6741; *Id.*, sez. V, 9 maggio 2003, n. 2449; *Id.*, sez. IV, 17 luglio 2002, n. 3999; *id.*, sez. V, 4 agosto 2000, n. 4314 (tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*); *Id.*, sez. IV, 20 maggio 1996, n. 651, in *Cons. Stato*, 1996, I, 777.

Si veda anche, nella giurisprudenza ordinaria, Cass. civ., sez. I, 26 settembre 2003 n. 14333, in *Foro it.*, 2004, I, 792, con nota di TRAVI, *La giurisprudenza della Cassazione sul risarcimento dei danni per lesioni di interessi legittimi dopo la sentenza delle sezioni unite 22 luglio 1999, n. 500/SU*; Cass. civ., sez. I, 26 gennaio 2007, n. 1754, in *Foro amm. C.d.S.*, 2007, 4, 1135.

(59) Sul punto, Russo, *Riflessioni a margine della decadenza dei vincoli urbanistici*, in *Riv. giur. edil.*, 1997, II, 105.

(60) Sulla provvisorietà della disciplina di cui all'art. 4, l. n. 10 del 1977, si veda Cons. St., sez. V, 28 dicembre 2007, n. 6741; *id.*, sez. IV, 11 ottobre 2007, n. 5355; *id.*, sez. IV, 21

La giurisprudenza ha, altresì, precisato che l'applicazione della disciplina relativa ai comuni privi di regolamentazione urbanistica non fa venir meno l'obbligo del comune di procedere, al più presto, all'integrazione del piano divenuto parzialmente inoperante ovvero all'approvazione di un nuovo piano regolatore generale (61). L'amministrazione, a fronte di un vincolo ormai decaduto può anche disporre la rinnovazione, con idonea motivazione; tuttavia, non può rimanere inerte sacrificando indeterminatamente gli interessi del privato. Al riguardo, ritiene la giurisprudenza che, a fronte di una richiesta di ripianificazione di un'area soggetta a vincolo di inedificabilità ormai decaduto, la P.A. è tenuta ad adottare un provvedimento decisorio, dovendo comunque concludere – ai sensi degli artt. 2 e 3, legge n. 241 del 1990 – il procedimento ad istanza di parte con l'adozione di un provvedimento espresso. La decadenza dei vincoli, determinando una situazione di inedificabilità pressoché assoluta, ha carattere provvisorio, dovendo l'Amministrazione procedere il più rapidamente possibile all'obbligatoria integrazione del piano divenuto parzialmente inoperante, potendo il privato, nell'inerzia della Amministrazione, promuovere interventi sostitutivi oppure agire in via giurisdizionale, seguendo il procedimento del silenzio-rifiuto (62).

Peraltro, la giurisprudenza ha, di recente, puntualizzato che, nel caso di decadenza dei vincoli urbanistici preordinati all'espropriazione o che comunque incidano significativamente sul valore economico della proprietà privata, l'obbligo del Comune di procedere alla nuova pianificazione dell'area rimasta

---

febbraio 2005, n. 585; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 26 aprile 2004, n. 3544; T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 6 novembre 2003, n. 13372; T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 5 luglio 2002, n. 674; T.A.R. Veneto, 24 dicembre 2001, n. 4410; T.A.R. Lazio, sez. II, 26 novembre 1999 n. 2470 (tutte in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

La disciplina dei vincoli preordinati all'espropriazione oggi vigente è dettata dall'art. 9, comma 3, del nuovo T.U. sull'espropriazione (d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327), che, codificando sostanzialmente il *dictum* della sentenza n. 179/1999 della Corte costituzionale, stabilisce la decadenza del vincolo e l'applicabilità dell'art. 9 del T.U. in materia edilizia (d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380) «*se non è tempestivamente dichiarata la pubblica utilità dell'opera*»; in ipotesi di omessa ripianificazione, si applica la disciplina dettata per le ipotesi di assenza di pianificazione urbanistica, restando, comunque, in facoltà del proprietario di richiedere l'esercizio del potere pianificatorio.

(61) Cons. St., sez. V, 28 dicembre 2007, n. 6741; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 28 febbraio 2007, n. 1274; Cons. St., sez. IV, 5 aprile 2005, n. 1560; Id., sez. IV, 21 febbraio 2005, n. 585; Id., sez. IV, 22 giugno 2004, n. 4426; Id., sez. IV, 25 agosto 2003, n. 4812; Id., sez. IV, 17 aprile 2003, n. 2015; Id., sez. IV, 27 dicembre 2001, n. 6415; Id., sez. V, 21 maggio 1999, n. 593; Id., sez. V, 2 dicembre 1998, n. 1721; Id., sez. V, 5 maggio 1997, n. 479 (tutte in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)); Id., ad. pl., 2 aprile 1984, n. 7, in *Foro amm.*, 1984, 601.

(62) In tal senso, da ultimo, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-bis, 31 ottobre 2007, n. 10383, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. St., sez. IV, 11 ottobre 2007, n. 5355, sulla quale si legga il commento di ROCCO, *Le aree soggette a vincolo scaduto vanno ripianificate*, in *Dir. e prat. amm.*, 2007, 12, 108 ss.; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 20 luglio 2007, n. 1003, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 6 marzo 2006, n. 581, *ivi*.

priva di disciplina urbanistica non richiede l'iniziativa di parte, ma va ricondotto al novero degli adempimenti attivabili d'ufficio, in quanto risponde prioritariamente al pubblico e generale interesse alla definizione di un razionale ed ordinato assetto del territorio, che tenga conto ed assicuri la salvaguardia dei valori culturali, urbanistici ed ambientali ivi esistenti. Pertanto, l'Amministrazione è tenuta, senza che si ravvisi la necessità di esserne sollecitata da un'apposita istanza del privato interessato, ad avviare il procedimento finalizzato alla riqualificazione dell'area mediante una specifica ed appropriata destinazione urbanistica (63). In tal caso, essendo l'obbligo della P.A. di provvedere imposto d'ufficio dai principi generali che presiedono all'esercizio dell'azione amministrativa, deve ritenersi che, ai fini della formazione del provvedimento tacito di silenzio-rifiuto impugnabile, non sia indispensabile la previa presentazione di un'istanza da parte del soggetto interessato, ma sia, tutt'al più, richiesta la sola notifica di un atto di diffida e messa in mora dell'Amministrazione, ai sensi dell'art. 25, comma 1 e 2, d.P.R. n. 3 del 1957 (64).

La giurisprudenza nega, quindi, che la disciplina edificatoria propria della zona bianca possa, per un verso, costituire un beneficio completo per colui che intende costruire e, per altro verso, possa configurarsi quale pretesto per l'amministrazione per esimersi dal proprio fondamentale obbligo di imprimere specifiche destinazioni alle diverse aree del territorio comunale mediante un assetto coerentemente pianificato (65). Peraltro, la ripianificazione dell'area alla scadenza del vincolo si rende necessaria anche in ragione dell'eventuale sopravvenire di esigenze pubbliche, diverse da quelle poste a fondamento dell'originario assetto urbanistico, che impongano il divieto sull'area, nella quale il precedente vincolo sia decaduto, anche dell'edificazione propria delle cc.dd. zone bianche.

Come si nota, la tutela offerta al proprietario dell'area inutilmente vincolata si traduce nel riconoscimento di un interesse legittimo pretensivo alla riqualificazione dell'area da parte dell'amministrazione, con la precisazione che, comunque, *«in capo al proprietario inciso dalla reiterazione dei vincoli urbanistici a contenuto espropriativo non è ravvisabile alcun affidamento speciale, considerato che l'area era già soggetta a vincolo, con la conseguenza che non è comunque configurabile una aspettativa qualificata ad una destinazione edificatoria in relazione ad una precedente determinazione dell'Amministrazione, ma solo un'aspettativa generica ad una reformatio in melius analoga a quella di ogni altro proprietario che aspira ad una utilizzazione più proficua dell'immobile»* (66).

Nell'ipotesi in cui l'amministrazione comunale non procedesse tempestivamente alla ripianificazione dell'area, la tutela del privato, secondo ripe-

---

(63) Cons. St., sez. V, 28 dicembre 2007, n. 6741, in *www.lexitalia.it*.

(64) Cons. St., sez. V, 28 dicembre 2007, n. 6741, *cit*.

(65) In questi termini, condivisibilmente, ROCCO, *op. cit.*, 111.

(66) T.A.R. Toscana, sez. I, 19 settembre 2007, n. 2685, in *www.giustamm.it*.; nello stesso senso, Cass. civ., sez. I, 26 gennaio 2007, n. 1754 e 26 settembre 2003, n. 14333, *citt*.

tuta affermazione della giurisprudenza, si sostanzia nel diritto di reagire di fronte all'inerzia mediante gli strumenti della richiesta di interventi sostitutivi della regione ovvero dando impulso al meccanismo di tipizzazione del silenzio e la sua successiva impugnazione innanzi al G.A. (67).

È in questo contesto che si pone il problema, di recente affrontato dalla giurisprudenza, relativo alle condizioni di risarcibilità del danno da omessa ripianificazione dell'area per effetto della scadenza degli strumenti urbanistici preesistenti (danno che, ad esempio, può consistere nell'impossibilità per il privato, causata dallo stato di incertezza sulla destinazione del bene, di costruire sull'area interessata da vincoli di inedificabilità decaduti da molti anni).

In relazione a tale fattispecie il Consiglio di Stato (68) ritiene operante il meccanismo della pregiudiziale amministrativa, osservando che, una volta che un vincolo di inedificabilità sia decaduto per il decorso del termine quinquennale di efficacia stabilito dall'art. 2, legge 19 novembre 1968 n. 1187, se il Comune non ha provveduto a pianificare nuovamente l'area interessata il proprietario può sì pretendere il risarcimento dei danni causati dal protrarsi dello stato di incertezza sull'impiego del bene, ma la domanda risarcitoria presuppone che il Comune sia rimasto inerte anche dopo l'intervenuto accertamento in sede giurisdizionale del silenzio dallo stesso serbato a seguito della diffida dell'interessato. Sicché, qualora l'interessato abbia ommesso di far constatare l'inattività dell'amministrazione, alla quale nella sostanza ha in tal modo mostrato di prestare acquiescenza, il ritardo in questione non comporta l'obbligo di risarcire il danno.

Alla medesima conclusione era pervenuta la Suprema Corte (69), affermando che, dopo l'attivazione della procedura della messa in mora, di cui all'art. 25, d.P.R. 25 gennaio 1957, n. 3, e l'accertamento, innanzi al giudice amministrativo dell'illegittimità del silenzio del Comune sull'istanza di ripianificazione dell'area bianca di proprietà del ricorrente, «*l'eventuale profilo di danno che il protrarsi dello stato d'incertezza può arrecare alla sfera soggettiva del proprietario, al di là della mera attribuzione di poteri di reazione procedimentale all'inerzia amministrativa, scaturisce solo all'esito di un accertamento giudiziale dell'inadempimento all'obbligo della ripianificazione, cui il proprietario dell'area dimostri di avere specifico interesse, attivando la procedura di annullamento del silenzio. In virtù della pronuncia si crea nel ricorrente un'aspettativa qualificata ad ottenere una discipli-*

---

(67) Cons. St., sez. IV, 11 ottobre 2007, n. 5355; Id., sez. IV, 21 febbraio 2005, n. 585; Id., sez. IV, 27 dicembre 2001, n. 6415; Id., sez. V, 13 dicembre 1999, n. 2107; Id., sez. IV, 22 febbraio 1999, n. 209; Id., sez. IV, 13 agosto 1997, n. 827 (tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*); Id., sez. IV, 25 settembre 1995, n. 745, in *Foro amm.*, 1995, 1844; Cass. civ., sez. I, 26 gennaio 2007, n. 1754 e 26 novembre 2003, n. 14333, *citt.*

(68) Cons. St., sez. V, 22 febbraio 2007, n. 954, *cit.*; nello stesso senso, Cons. St., sez. VI, 31 marzo 2006, n. 1637, in *Foro amm. C.d.S.*, 2006, 3, 998.

(69) Cass. civ., sez. I, 26 settembre 2003, n. 14333 e 26 gennaio 2007, n. 1754, *citt.*

*na dell'area, quale che sia, ma comunque idonea a porre fine allo stato di incertezza urbanistica. Solo in caso di persistente inerzia successiva alla tipizzazione del silenzio, potrebbe verificarsi un fatto lesivo commisurabile agli obblighi di correttezza e buona fede che i nuovi principi in tema di responsabilità amministrativa esigono nel momento in cui si instaura tra cittadino e pubblica amministrazione un contatto qualificato».*

È evidente come questa impostazione riproponga la necessità di un (pre-) accertamento da parte del giudice amministrativo dell'illegittimità della condotta omissiva della P.A., sul ritenuto presupposto che l'inerzia che dà titolo al risarcimento può essere solo quella protratta dopo l'accertamento dell'illegittimità del silenzio. Detto in altri termini, l'ammissibilità della domanda risarcitoria è condizionata al positivo esperimento del rimedio in forma specifica, costituito dal ricorso diretto a far dichiarare l'illegittimità dell'inerzia dell'amministrazione in ordine alla ripianificazione urbanistica dell'area.

La tesi suscita perplessità e si espone alle medesime obiezioni svolte, in generale, riguardo alla trasposizione della regola della pregiudizialità all'azione risarcitoria per danno da silenzio e da ritardo.

Come detto, a seguito della riforma recata dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15 (ribadita dalla legge 14 maggio 2005, n. 80) la diffida (70) non rappresenta più presupposto condizionante l'ammissibilità del ricorso *contra silentium* (si veda il comma 4-bis dell'art. 2, legge n. 241 del 1990, inserito dall'art. 2, legge n. 15 del 2005) (71); inoltre, il legislatore con l'art. 3, comma 6-bis (introdotto in sede di conversione dalla legge n. 80/2005), d.l. n. 35/2005, nel riformulare l'art. 2, legge n. 241 del 1990, ha introdotto al comma 5 di tale articolo, la previsione secondo la quale il G.A., nei giudizi contro il silenzio-rifiuto, «*il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza*».

La prevalente giurisprudenza è pervenuta alla conclusione che, nonostante le ambiguità lessicali del nuovo testo dell'art. 2, legge n. 241/1990, il G.A., in sede di ricorso avverso il silenzio-rifiuto, non possa sostituirsi agli apprezzamenti discrezionali della P.A., potendo valutare la fondatezza della pretesa solo a fronte di istanze dirette ad ottenere provvedimenti vincolati ovvero nelle sole ipotesi manifesta fondatezza (ove trattasi di provvedimenti vincolati) o infondatezza della pretesa sostanziale, essendo diseconomico obbligare la P.A. a provvedere laddove l'atto espresso non potrà che essere di rigetto. In particolare, da ultimo, Cons. St. sez. VI, 11 maggio 2007, n. 2318 (72) ha affermato che lo scrutinio della fondatezza dell'istanza è con-

---

(70) Ritenuta dalla giurisprudenza necessaria ai fini dell'esperimento dell'azione risarcitoria da parte del proprietario per i danni derivanti dallo stato di incertezza conseguente alla omessa ripianificazione dell'area una volta decaduto un vincolo di inedificabilità: in tal senso, T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 26 aprile 2004, n. 3544, in *www.lexitalia.it* e Cons. St., sez. IV, 28 gennaio 2002, n. 456, in *Riv. giur. edilizia*, 2002, I, 671.

(71) Sulla nuova norma si veda, in particolare, il lavoro monografico di GIOVAGNOLI, *I silenzi della pubblica amministrazione*, Milano, 2005.

(72) In *www.giustizia-amministrativa.it*.

sentito: «a) nelle ipotesi di manifesta fondatezza, allorché siano richiesti provvedimenti amministrativi dovuti o vincolati in cui non c'è da compiere alcuna scelta discrezionale che potrebbe sfociare in diverse soluzioni, e fermo restando il limite della impossibilità di sostituirsi all'amministrazione (in altri termini si potrà condannare l'amministrazione ad adottare un provvedimento favorevole dopo aver valutato positivamente l'an della pretesa ma nulla di più); b) nell'ipotesi in cui l'istanza è manifestamente infondata, sicché risulti del tutto diseconomico obbligare la P.A. a provvedere laddove l'atto espresso non potrà che essere di rigetto». In ogni caso, «l'eventualità che l'istanza presentata dal privato sia diretta ad ottenere un provvedimento espressione di discrezionalità amministrativa se, infatti, preclude al Giudice amministrativo di pronunciarsi sulla fondatezza dell'istanza nel giudizio contro il silenzio-rifiuto, non gli impedisce, tuttavia, di dichiarare l'obbligo dell'Amministrazione rimasta inerte di provvedere sulla richiesta del privato (impregiudicato il contenuto dell'emanando provvedimento). Si arriverebbe altrimenti alla conclusione, inaccettabile e priva di qualsiasi fondamento normativo, di ritenere che contro l'inerzia della P.A. non vi sia tutela in tutti i casi in cui l'istanza del privato rimasta inevasa solleciti l'esercizio di poteri discrezionali» (73).

Orbene, la previsione del potere del giudice di verificare la fondatezza dell'istanza induce a ritenere che sarebbe consentito al Giudice di accertare incidentalmente – ovvero secondo la tecnica della c.d. pregiudizialità logica di cui si è detto – la violazione dell'obbligo di provvedere sull'istanza di ripianificazione presentata dall'interessato anche in mancanza di una pronuncia che accertasse come formalmente illegittimo il silenzio dell'Amministrazione, e ciò anche in considerazione dell'impossibilità per il giudice del silenzio di accertare la fondatezza della pretesa alla luce della natura largamente discrezionale dell'attività richiesta all'Amministrazione in materia. La scelta di ripianificare rientra nella sfera strettamente politica e, quindi, attiene alla selezione degli interessi per il perseguimento dell'interesse pubblico, al principio di rappresentatività e non può essere assunta dall'autorità giudiziaria, politicamente non responsabile: sarebbe, infatti, illogico che l'ordinamento consentisse al giudice, che difetta di rappresentatività, di sostituire la propria volontà a quella dell'amministrazione. Muovendo da queste premesse è ragionevole ritenere che l'impugnazione del silenzio-ina-

---

(73) Nel senso dell'ammissibilità del sindacato sulla fondatezza della pretesa nei soli casi di attività vincolata ovvero nell'ipotesi di fondatezza o infondatezza manifesta della pretesa sostanziale, si vedano, ancora, solo tra le più recenti: T.A.R. Toscana, sez. III, 23 gennaio 2008, n. 36; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 15 novembre 2007, n. 11253; Cons. St., sez. IV, 10 ottobre 2007, n. 5311; T.A.R. Umbria, 26 luglio 2007, n. 580; T.A.R. Puglia, Bari, sez. II bis, 14 settembre 2007, n. 8953; Id. 12 settembre 2007, n. 2127; T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 31 maggio 2007, n. 5863; T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 16 marzo 2007, n. 744; T.A.R. Lazio, sez. I bis, 24 gennaio 2007, n. 473; T.A.R. Abruzzo, Pescara, 10 gennaio 2007, n. 45 (tutte in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

dempimento formatosi sulla richiesta del privato di una nuova determinazione sulla destinazione urbanistica, non può che determinare, alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali anche successivi alla riforma del 2005, l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di dettare una nuova disciplina urbanistica: in tal senso, si esclude che il G.A. possa sindacare la fondatezza della pretesa sostanziale del ricorrente e pronunciarsi in modo soddisfacente rispetto all'interesse, in concreto, fatto valere, qualora trattasi di attività connotata da margini di discrezionalità amministrativa. In altri termini, non potrà il G.A., adito in sede di silenzio avverso il silenzio-rifiuto dell'amministrazione di procedere alla ripianificazione dell'area, accogliere la domanda volta ad ottenere un ordine atto a vincolare, nei contenuti, l'azione amministrativa (enunciando l'obbligo di imprimere all'area una determinata destinazione), giacché, laddove l'attività dovuta sia subordinata alla verifica di determinati presupposti e per giunta contrassegnata – come nella specie – da un elevato tasso di discrezionalità amministrativa, non può ritenersi consentito al giudice, in fase cognitoria, imporre all'amministrazione il contenuto di un provvedimento, ovvero di sostituirsi ad essa nel provvedere (74).

Ed allora non paiono sussistere dubbi in ordine alla tenuta delle conclusioni alle quali si era giunti in precedenza in ordine all'ammissibilità di un'autonoma domanda risarcitoria "pura", che prescindendo dall'accertamento dell'illegittimità dell'inerzia all'esito dell'attivazione della tutela speciale *ex art. 21 bis*, posto che l'elemento causativo del danno è da rinvenirsi non già in un provvedimento annullato in sede giurisdizionale perché illegittimo ma in un comportamento inerte dell'Amministrazione.

Anche nella fattispecie in esame è dato al giudice del risarcimento accertare l'illegittimità dell'inerzia della P.A. senza che tale esame costituisca elusione del termine decadenziale di impugnazione di provvedimenti né disapplicazione di atti amministrativi.

Può, al riguardo, richiamarsi quanto osservato in ordine alla natura dell'inerzia, che costituisce, come detto, una fattispecie di inadempimento che si forma con il mero decorso del termine di conclusione del procedimento, in relazione alla quale non risulta più necessaria alcuna diffida a provvedere, tanto più ove si consideri che la giurisprudenza ha di recente precisato che l'obbligo di ripianificazione dell'area a seguito della decadenza quinquennale dei vincoli va ricondotto agli adempimenti attivabili d'ufficio, in quanto imposto dai principi generali che presidono all'esercizio dell'azione amministrativa, sicché non occorre alcun atto formale dell'interessato, essendo sufficiente una mera diffida che faccia constare l'illegittimità dell'omissione (75). La violazione del termine per provvedere alla ripianificazione dell'area

---

(74) T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 6 marzo 2006, n. 581, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

(75) Cons. St., sez. V, 28 dicembre 2007, n. 6741, *cit.*

(76) connoterà in termini di illegittimità il comportamento (omissivo) dell'amministrazione. Sicché, anche in questo, varrebbe unicamente ad aggravare la posizione del privato costringerlo ad attivare il rimedio di cui all'art. 21 *bis*, il cui esito altro non sarebbe che quello di dichiarare l'obbligo dell'amministrazione – già sussistente *ex lege* – di provvedere a ripianificare l'area, non potendo il giudice esaminare la fondatezza dell'istanza, in considerazione della natura ampiamente discrezionale del potere di ripianificazione urbanistica. Sarà, allora, il giudice del risarcimento che, autonomamente e direttamente, accerterà, in via incidentale e secondo lo schema della pregiudizialità in senso logico, la violazione dell'obbligo di provvedere e, in via principale, la meritevolezza della pretesa, ossia la spettanza del bene della vita, che, secondo il noto orientamento della giurisprudenza amministrativa, consente il passaggio a riparazioni per equivalente (77). È, quindi, il giudice, adito in sede risarcitoria, a dover effettuare un giudizio prognostico sulla spettanza del titolo, ai soli fini del risarcimento, essendo, comunque, impedito al giudice del silenzio l'accertamento della fondatezza dell'istanza. Ragionando diversamente, la rigorosa subordinazione dell'azione risarcitoria a quella di accertamento dell'illegittimità della condotta omissiva dell'amministrazione rischia di trasformarsi in una sorta di *non liquet* da parte del giudice amministrativo, il quale non riuscendo a ravvisare nella decisione resa ai sensi dell'art. 21 *bis*, legge T.A.R. alcun accertamento in ordine alla spettanza del bene della vita (*rectius*: sulla fondatezza della pretesa), non potrebbe (mai) pronunciarsi sulla domanda risarcitoria, rinviandone l'esame all'esito del riesercizio del potere amministrativo da parte della P.A.(78).

Tuttavia, si è ben consapevoli che la tesi proposta risulta eversiva e distonica rispetto all'attuale assetto della giurisprudenza, preoccupata di evitare che il giudice amministrativo finisca per sindacare, in sede risarcitoria, l'esercizio della discrezionalità. È ovvio intendere, infatti, che ove si consentisse, nel caso in esame, al privato di proporre fruttuosamente l'azione risarcitoria senza previa attivazione del rito *ex art. 21 bis*, legge T.A.R., il giudice amministrativo finirebbe per dover verificare la spettanza del bene della vita, in relazione ad attività connotata da alto tasso di discrezionalità (ad esempio, quello costituito dalle aspettative edificatorie legate alla valutazione dell'ente locale di procedere all'attività di ripianificazione). Vi sarebbe il rischio che il giudice si sostituisca all'amministrazione, sia pure in modo virtuale e nella sola prospettiva risarcitoria, rischio che diventa

---

(76) Tale termine, laddove non sia fissato dalla legislazione regionale (è il caso, ad esempio, della Lombardia: art. 7, l. reg. 11 marzo 2005, n. 12; del Lazio: art. 50, l. reg. 22 dicembre 1989, n. 38; della Sicilia: art. 27, l. reg. 27 dicembre 1978, n. 71), ovvero per effetto di un provvedimento di auto-organizzazione comunale, è quello ordinario di novanta giorni, di cui all'art. 2, l. n. 241 del 1990 nuova formulazione.

(77) Cons. St., ad. pl., 15 settembre 2005, n. 7, *cit.*

(78) In tal senso, con riferimento alla pregiudiziale di annullamento, si esprime GISONDI, *op. cit.*

tanto più consistente quanto più sono intensi i margini di valutazione rimessi alla seconda nel riconoscere al privato, asseritamente leso, il bene della vita (79). Evenienza questa che viene individuata in quelle ipotesi in cui l'attività dell'amministrazione sia connotata da margini di discrezionalità amministrativa pura, anziché solo tecnica: in questa ipotesi si prospetta il rischio di un'ingerenza del giudice – chiamato a formulare il giudizio prognostico sulla spettanza del bene non ottenuto con la determinazione illegittima ed annullata – nella sfera davvero esclusiva dell'amministrazione, quella afferente il merito amministrativo e le valutazioni di pura opportunità e convenienza alla stessa spettanti nella prospettiva dell'ottimale perseguimento dell'interesse pubblico. In questi casi, connotati dalla persistenza in capo all'amministrazione di significativi spazi di discrezionalità amministrativa pura, si esclude che il giudice possa indagare sulla spettanza del bene della vita, ammettendo il risarcimento solo dopo e a condizione che l'Amministrazione, riesercitato il proprio potere, abbia riconosciuto all'istante il bene stesso: nel qual caso, il danno ristorabile non potrà che ridursi al solo pregiudizio determinato dal ritardo nel conseguimento di quel bene. Con riferimento al mancato esercizio del potere discrezionale, non sarebbe, quindi, neppure concepibile – per la valutazione di una domanda risarcitoria – una indagine prognostica su quanto, in ordine all'istanza, l'amministrazione potrebbe decidere tra più possibili soluzioni conformi all'ordinamento.

È ben evidente come alla base di tale impostazione conservatrice si ponga la preoccupazione che, per effetto dell'abbandono della pregiudiziale, il giudice finisca per sindacare, con riferimento al silenzio-inadempimento, l'esercizio della discrezionalità; il che, sostanzialmente, conduce a negare sempre e comunque la sussistenza di un danno risarcibile in tutti i casi in cui l'interesse legittimo pretensivo attenga all'esercizio di un potere amministrativo discrezionale, ammettendosi il risarcimento esclusivamente in relazione all'esercizio del potere vincolato "ampliativo" del patrimonio del privato. Ma se così è, le ragioni che conducono a negare il sindacato del giudice a fronte del potere discrezionale non esercitato (comportamento omissivo) sono le stesse addotte dalla giurisprudenza a sostegno dell'impossibilità di sindacare l'esercizio illegittimo del potere (provvedimento espresso). Sicché, alcuna differenza tra il non esercitare un potere ovvero il suo tardivo esercizio, che costituiscono comportamenti, ed il provvedere espressamente. È questa, in sostanza, la conseguenza alla quale conduce l'adesione alla tesi dell'Adunanza Plenaria n. 7 del 2005, secondo cui il danno da omissione provvedimento presuppone la spettanza del bene della vita per la cui realizzazione è necessaria l'emanazione dell'atto richiesto; pertanto, anche nel caso di condotta omissiva il divieto di sindacato incidentale sull'esercizio del

---

(79) In questi termini, da ultimo, Cons. St., sez. IV, 29 gennaio 2008, n. 248, *cit.*; in precedenza, Cons. St., sez. VI, 15 aprile 2003, n. 1945, in *Riv. giur. edilizia*, 2003, I, 1009, 1547.

potere finirebbe per rispondere alle medesime finalità riscontrate nell'ipotesi di attività (positiva) amministrativa illegittima.

Tuttavia, muovendo da una diversa prospettiva, i noti problemi relativi alla formulabilità del giudizio prognostico sul normale e prevedibile sbocco del procedimento e sulla spettanza del bene della vita (da affrontare diversamente a seconda della natura vincolata, tecnico-discrezionale o discrezionale in senso classico dell'attività amministrativa) non conducono all'inammissibilità dell'autonoma domanda risarcitoria, che andrebbe comunque ritenuta proponibile, ma incidono sul diverso piano della sua fondatezza e del *quantum* del risarcimento. L'omessa attivazione della tutela specifica avverso il silenzio rileverà nella prospettiva della reiezione di domande risarcitorie relative a danni che tale ricorso, con l'effetto coattivo sulla P.A. ad esso conseguente, avrebbe verosimilmente consentito di evitare o limitare.

Infine, non sembra ragionevole precludere al cittadino la possibilità di proporre autonoma azione risarcitoria, onde ottenere il risarcimento del danno per equivalente monetario correlato all'inerzia dell'amministrazione, laddove la diretta attuazione del rapporto di diritto pubblico non sia più utile per il cittadino, oppure quando l'adozione tardiva del provvedimento non copra tutti i danni dallo stesso subiti *medio tempore*.

#### 8. Termine prescrizione dell'azione di risarcimento dei danni conseguenti a ritardo o inerzia.

Escluso che l'azione risarcitoria per danno da silenzio e da ritardo debba essere soggetta al preventivo annullamento di alcun atto e, quindi, al preventivo ricorso contro il silenzio, resta il problema di individuare il momento a partire dal quale inizia a decorrere il termine di prescrizione per l'azione di risarcimento, nella consapevolezza che il giudice amministrativo adito per il risarcimento debba, preventivamente, valutare l'effettiva inerzia della P.A. (ossia la sussistenza dell'obbligo di provvedere e la condotta inadempiente dell'amministrazione). La questione cruciale, a questo punto, diventa quella relativa all'individuazione del momento a partire dal quale si deve calcolare il danno da ritardo. Detto in altri termini: quando comincia a decorrere il termine di prescrizione per l'azione di risarcimento dei danni conseguenti al ritardo o all'inerzia? E quindi: a partire da quale momento si ha danno da ritardo risarcibile?

Come detto, secondo l'impostazione dell'Adunanza Plenaria, «il danno da ritardo non è risarcibile di per sé», con la conseguenza che danno da ritardo risarcibile *ex art.* 2043 c.c. può essere solo quello che determina una lesione dell'aspettativa dell'interesse legittimo al rilascio di provvedimento favorevole e non già il danno da mero inadempimento dell'obbligo di provvedere. In quest'ottica, poi, ritenere che il ritardo nell'emanazione di un atto sia risarcibile comporta conoscere il momento in cui l'atto doveva essere emanato.

La *ratio* di siffatto ragionamento può essere ravvisata nella necessità di collegare il risarcimento al pregiudizio che il privato ha subito per effetto del ritardo con cui l'amministrazione ha emanato l'atto (secondo il paradigma della responsabilità aquiliana). Ciò significa che il problema dell'individua-

zione del momento a partire dal quale si configura il danno da ritardo presuppone, in realtà, una diversa soluzione a seconda che si acceda alla natura paritaria o autoritativa del rapporto tra amministrazione e cittadino ovvero sia che si accolga la tesi che qualifica come contrattuale o extracontrattuale (aquiliana) la natura della responsabilità dell'amministrazione per lesione di interessi legittimi.

Infatti, nell'ipotesi tradizionale per la quale l'amministrazione risponde del danno da ritardo a titolo di responsabilità extracontrattuale, il termine di prescrizione è quinquennale, ma tale termine comincerà a decorrere a partire dal momento in cui il privato effettivamente abbia subito un pregiudizio a causa del ritardo o dell'inerzia della P.A. È possibile, cioè, che nel momento in cui spira il termine dell'amministrazione a provvedere, il privato ancora non abbia subito alcun danno, e pertanto non è a partire da tale evento che può essere calcolato il decorso del tempo per l'instaurazione del giudizio risarcitorio. Il danno da fatto illecito, come conseguenza immediata e diretta del comportamento omissivo dell'amministrazione, può verificarsi anche a distanza di tempo, rispetto al decorso del termine per provvedere che la legge n. 241/1990 impone all'amministrazione, e può essere dovuto proprio al prolungato ritardo con cui l'amministrazione svolge la propria azione (c.d. inerzia perdurante). Ovviamente, incombe sul privato che instaura il giudizio risarcitorio la prova del pregiudizio subito e del tempo in cui tale pregiudizio sia stato prodotto. Proprio per questa ragione, tende a prevalere in giurisprudenza la tesi che configura il ritardo illegittimo dell'amministrazione nel provvedere sull'istanza del privato come illecito permanente che cessa solo al momento dell'adozione dell'atto che definisce il procedimento e pone fine all'inadempimento dell'obbligo di conclusione del procedimento imposto dall'art. 2, legge n. 241 del 1990. Ne consegue che il termine di prescrizione della conseguente pretesa risarcitoria comincia a decorrere solo dal momento della cessazione dell'illecito (80).

Viceversa, nel caso in cui si accolga la tesi che individua nel rapporto tra amministrazione e cittadino un vincolo obbligatorio (c.d. contatto amministrativo qualificato), l'inerzia dell'amministrazione costituisce un'ipotesi di inadempimento del vincolo (ovvero di ritardo nell'adempimento): in questo caso a decorrere dal momento in cui spira per l'amministrazione il termine per provvedere, essa è «inadempiente». Ma è evidente che in questa ipotesi la stessa P.A. risponde del ritardo (o del radicale inadempimento) a titolo di responsabilità contrattuale, sicché trova applicazione il principio dell'inversione dell'onere della prova, di cui all'art. 1218 c.c., con la conseguenza che sarà l'amministrazione a dover provare che il ritardo è dovuto a causa ad essa non imputabile: la prova che il privato danneggiato deve fornire attiene alla

---

(80) In tal senso, T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 8 novembre 2005, n. 18675, in *Foro amm. T.A.R.*, 2005, 11, 3695.

misura del risarcimento, alla sua quantificazione in termini monetari, ma non al nesso di causalità tra condotta omissiva dell'amministrazione e pregiudizio subito, poiché esso, in caso di responsabilità contrattuale, è *in re ipsa*. Infine, il termine di prescrizione secondo questa ricostruzione comincia a decorrere dallo spirare del termine assegnato all'amministrazione per provvedere ed è (quello ordinario) decennale (81).

---

(81) In senso opposto si è espressa, anche di recente, la giurisprudenza, secondo cui il termine di prescrizione della domanda risarcitoria è quinquennale ed inizia a decorrere da quando matura il silenzio-inadempimento: Cons. St., sez. V, 31 dicembre 2007, n. 6908, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. St., sez. VI, 14 maggio 2004, n. 5995, *cit.*, ove si sostiene, da un lato, che la responsabilità dell'amministrazione per danno da ritardo va ricondotta al paradigma della responsabilità aquiliana, dall'altro lato, si osserva che il termine di prescrizione del giudizio risarcitorio va collegato allo spirare del termine per provvedere, che segna l'inizio del fatto illecito generatore del danno.

## **Per una lettura critica e costituzionalmente orientata della recente disciplina riguardante la revoca degli “atti amministrativi che incidono su rapporti negoziali”<sup>(\*)</sup>**

*di Arianna Scacchi<sup>(\*\*)</sup>*

*SOMMARIO: 1.- Il potere di autotutela della P.A. 2.- La responsabilità da atto lecito della P.A. ed il conseguente diritto all'indennizzo. 3.- La responsabilità precontrattuale della P.A. 4.- La disciplina normativa prevista dall'art. 21 nonies della legge 241 del 1990 in materia di annullamento d'ufficio. 5.- La risoluzione degli accordi ex art. 11 della legge 241 del 1990. 6.- La riduzione dell'indennizzo conseguente alla “conoscenza o conoscibilità da parte del privato della contrarietà dell'atto all'interesse pubblico. 7.- La riduzione dell'indennizzo per concorso colposo del privato. 8.- La riduzione dell'indennizzo per concorso di soggetti diversi dal danneggiato. 9.- La “dubbia” costituzionalità del nuovo comma 1 bis dell'art. 21 quinquies della legge 241 del 1990.*

### *1. Il potere di autotutela della P.A.*

L'art. 12, comma 4, del decreto legge 31 gennaio 2007, n. 7, contenente “*Misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo sviluppo di attività economiche e la nascita di nuove imprese*” – successivamente confermato dall'articolo 13, comma 8 *duedecies* della legge di conversione n. 40 del 2007 – ha introdotto talune importanti novità in merito alla revoca dei provvedimenti amministrativi da parte della P.A.

In particolare, mediante l'aggiunta di un nuovo comma 1 *bis* al precedente art. 21 *quinquies* della legge generale sul procedimento amministrativo n. 241 del 1990 è stato espressamente previsto che “*Ove la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea incida su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati è parametrato al solo danno emergente e tiene conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico*”.

Prima di procedere all'esame della nuova previsione normativa, appaiono necessarie alcune brevi premesse.

---

<sup>(\*)</sup> Il presente lavoro, che si pubblica per l'interesse e l'originalità del raccordo tra l'esercizio del potere di revoca da parte della P.A. e le regole civilistiche e comunitarie, giunge a conclusioni non del tutto condivise dalla direzione della *Rassegna* (G.F.).

<sup>(\*\*)</sup> Ricercatore dell'Università di Roma “Tor Vergata”.

La facoltà di revoca degli atti amministrativi – elaborata dalla prevalente dottrina (1), pur in assenza di espresse previsioni normative al riguardo e codificata dal legislatore italiano soltanto con la legge n. 15 del 2005 (che ha aggiunto alla legge n. 241 del 1990 l'art. 21 *quinquies*) è da sempre stata considerata quale tipica manifestazione del cd. “potere di autotutela” della P.A.

Stando alla definizione tradizionalmente accolta in dottrina (2) l'autotutela amministrativa consiste in “*quella parte di attività amministrativa con la quale la stessa pubblica amministrazione provvede a risolvere i conflitti, potenziali o attuali, insorgenti con gli altri soggetti, in relazione ai suoi provvedimenti od alle sue pretese*”.

Essa si risolve, pertanto, nella possibilità riconosciuta dalla legge all'amministrazione di “farsi ragione da sé”, vale a dire di realizzare coattivamente i propri interessi, mediante i mezzi amministrativi a sua disposizione, salvo ogni sindacato giurisdizionale.

L'autotutela in senso stretto si distingue, tra l'altro, dall'autodichia, consistente nell'esercizio di attività formalmente giurisdizionale da parte dell'amministrazione, in quanto attività non obiettiva e neutrale, ma tesa al perseguimento di un interesse della P.A. parziale e soggettivo.

La tesi attualmente prevalente (3) riconduce sotto l'egida definitoria di “autotutela amministrativa” sia l'attività provvedimentale che si esplica mediante atti tipici (c.d. “autotutela decisoria”), sia l'attività di esecuzione non provvedimentale (c.d. “autotutela esecutiva”).

L'“autotutela decisoria” è a sua volta distinguibile in autotutela “sugli atti” ed autotutela “sui rapporti”; la prima si esplica in ordine alla validità degli atti e comprende sia la cd. “autotutela diretta o non contenziosa” in cui l'amministrazione esercita i suoi poteri spontaneamente oppure in adempimento di un preciso dovere, sia la cd. “autotutela indiretta o contenziosa” dove il potere della P.A. si fonda sull'azione, o ricorso, dell'interessato, assumendo una connotazione fortemente giurisdizionale, anche se la controversia in tal caso si conclude con un atto che tende a soddisfare non soltanto l'interesse del privato ricorrente ma, altresì, seppur indirettamente, l'interesse pubblico dell'amministrazione.

L'“autotutela esecutiva” riguarda, invece, comportamenti tenuti da soggetti in rapporto giuridico con l'amministrazione, che non appaiono conformi

(1) In merito all'istituto della revoca si citano, tra gli altri: RAGGI, *La revocabilità degli atti amministrativi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1917, 217; RESTA, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1935; ALESSI, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1942; PAPARELLA, *Revoca*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 204; CORPACI, *Revoca e abrogazione del provvedimento amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino 1996, 324; FERRARI, *Revoca nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino 1996, 335; IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999.

(2) BENVENUTI, *Voce Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc.dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 537.

(3) BENVENUTI, *Voce “Autotutela”*, cit. 538; SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 1989, 196; CASSESE, *Diritto amministrativo*, Milano, 2000, 829.

a pretese della P.A. (fondate su norme di legge o su precedenti atti amministrativi) e si esplica in decisioni di condanna o mediante l'applicazione di sanzioni al fine comune di garantire l'oggetto e l'utilità del rapporto medesimo.

Si parla, infine, di una cd. "autotutela legata" con riferimento agli accordi stipulati dalla P.A. con i privati, ai quali – secondo una parte della dottrina (4) – sarebbero applicabili soltanto i procedimenti di revisione, vale a dire quelli che incidono sull'efficacia dell'atto, ma non anche i procedimenti di riesame. Un'ipotesi di "autotutela legata" è attualmente prevista dalla legge 241 del 1990 con specifico riferimento agli accordi stipulati ai sensi dell'art. 11, ove il potere di recesso unilaterale della P.A. è esercitabile soltanto con l'osservanza di due condizioni: 1) la sopravvenienza di motivi di pubblico interesse; 2) l'obbligo di liquidare un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato.

Autorevole dottrina (5) limita, in realtà, il concetto di autotutela amministrativa alla sola autotutela esecutiva, preferendo parlare con riferimento alle decisioni di autotutela decisoria sugli atti, di procedimenti di secondo grado (6), ovvero di procedimenti di riesame, di revisione e di regolarizzazione, aventi ad oggetto un provvedimento precedentemente adottato dallo stesso organo di controllo, ovvero da un organo gerarchicamente inferiore ma, comunque nell'esercizio delle medesime funzioni amministrative, e finalizzati rispettivamente ad eliminare vizi di legittimità i primi (annullamento), vizi di opportunità i secondi (revoca) e la mancanza di atti strumentali o della necessaria documentazione gli ultimi.

Conformemente alla prevalente dottrina, anche l'orientamento della giurisprudenza amministrativa è da tempo pacifico nel riconoscere un generale "potere di revoca" degli atti amministrativi da parte della P.A., richiamando a fondamento di tale conclusione, una prerogativa dell'amministrazione funzionale alla tutela degli interessi pubblici di cui la stessa è affidataria.

In particolare, partendo dalla tradizionale definizione di "autotutela" quale potestà attribuita dall'ordinamento alla P.A., in funzione essenzialmente strumentale rispetto alla realizzazione dei suoi fini istituzionali, se ne fa discendere il riconoscimento di un generale "potere di ritiro" dei provvedimenti amministrativi, precedentemente adottati, qualora gli stessi risultano essere inficiati da vizi di legittimità o di merito (7).

---

(4) GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1993, 549 ss. e CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997, 586 ss. e 637 ss.

(5) GIANNINI, in *Diritto amministrativo*, cit., 549, che espressamente afferma "l'autotutela è il nome di una potestà a sé stante, che è attribuita all'amministrazione per realizzare l'interesse pubblico così come reso concreto nel provvedimento, e che si esercita per atto volontario, se e in quanto l'amministrazione ritenga di doverla esercitare; l'amministrazione, in altre parole, sapendo che il provvedimento imperativo ha comunque prodotto il suo effetto, può fermarsi qui attendendo gli eventi, ma può decidere di andare oltre, esercitando la potestà di autotutela e ponendo il provvedimento in esecuzione"

(6) GIANNINI, *I procedimenti amministrativi*, Milano, 1969.

(7) In particolare, in merito alla distinzione tra annullamento di atti amministrativi illegittimi, revoca degli atti divenuti inopportuni o non più rispondenti all'interesse pubblico

Mentre l'annullamento d'ufficio, frutto anch'esso dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, si traduce in un ritiro discrezionale, con efficacia retroattiva di un provvedimento *ab origine* illegittimo, sul presupposto dell'esistenza di un concreto interesse pubblico alla sua caducazione, che non può semplicemente coincidere con l'esigenza di ripristino della legalità violata attraverso il provvedimento viziato; la revoca viene, al contrario, identificata con il provvedimento mediante il quale la P.A., per motivi di opportunità, fa cessare, con efficacia *ex nunc*, gli effetti di un precedente atto amministrativo, a seguito di nuove circostanze (cd. sopravvenienze) che rendono *ex post* inopportuno un provvedimento originariamente adeguato e conforme all'interesse pubblico sotteso al potere esercitato.

Con specifico riferimento ai provvedimenti amministrativi "connessi" con atti di natura negoziale stipulati tra il privato e la P.A., dottrina e giurisprudenza concordano nel ritenere che il suddetto potere di autotutela possa essere esercitato anche a seguito della sopravvenuta aggiudicazione del contratto, mentre discusso è l'esercizio di un siffatto potere nel caso in cui si sia già addivenuti alla sua stipulazione.

Ciò in quanto, stando ad una tesi di natura essenzialmente privatistica, la stipulazione comporterebbe la nascita di un correlativo diritto soggettivo in capo al privato che impedirebbe di rimuovere in sede di autotutela i provvedimenti presupposti alla stipulazione del contratto (8). Di conseguenza all'amministrazione sarebbe consentito agire soltanto attraverso le vie precostituite dal sistema civilistico, vale a dire chiedendo l'annullamento dell'atto negoziale in forza dell'eventuale vizio del procedimento di formazione di volontà dell'amministrazione.

Il prevalente orientamento giurisprudenziale ritiene che il potere di autotutela della P.A. è un potere di carattere generale, ed in quanto tale non è suscettibile di subire limiti assoluti, né *ratione temporis*, né per la sopravvenienza di un diritto soggettivo derivato dalla stipulazione di un atto di natura essenzialmente privata (9).

Qualora il contratto sia già stato stipulato od anche parzialmente eseguito, l'esercizio del potere di autotutela deve, però, essere esercitato nel rispetto di precisi e rigorosi parametri, in grado di evidenziare la sussistenza di un interesse pubblico tale da motivare la scelta compiuta dall'amministrazione.

---

primario, rimozione (o abrogazione) per la sopravvenienza di circostanze di fatto o di diritto che rendono illegittima la permanenza di un provvedimento, mero ritiro di atti preparatori o non ancora resi esecutivi dall'autorità di controllo: SANDULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, cit., 718 ss.; CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, 1991; CAVALLO, *Provvedimenti ed atti amministrativi*, in *Trattato di Diritto Amministrativo*, Padova, 1993, 351 ss.; CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2001, 660 ss.

(8) CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, tomo II, Milano, 2005, 2030 ss.

(9) In dottrina sul punto, in particolare: GRECO, *I contratti della P.A. tra pubblico e privato*, Milano, 1986.

La prevalente giurisprudenza amministrativa (10) ritiene che in tali casi l'esercizio del potere di autotutela da parte della P.A. dovrebbe essere esercitato nel rispetto dei seguenti parametri: 1) obbligo di motivazione; 2) sussistenza di specifiche e concrete ragioni di interesse pubblico, non riconducibili alla mera esigenza di ripristino della legalità violata mediante l'adozione del provvedimento successivamente annullato; 3) ragionevole arco di tempo trascorso dall'adozione del provvedimento annullato; 4) adeguata istruttoria; 5) rispetto delle regole del contraddittorio procedimentale.

La dottrina più recente ha, tuttavia, negato l'esistenza di un siffatto generale potere di revoca degli atti amministrativi da parte della P.A., valorizzando essenzialmente il concetto di *"legittimo affidamento riposto dal cittadino nella validità ed efficacia di un precedente provvedimento amministrativo a lui favorevole"*.

Per legittimo affidamento deve essenzialmente intendersi quella posizione soggettiva consolidatasi in capo ad un soggetto privato ogni qual volta una determinata situazione a lui favorevole viene ad assumere un grado di stabilità nella sua sfera giuridica tale da poter far ragionevolmente presumere la sua effettiva realizzazione.

Il principio del cd. *"legittimo affidamento"* quale tutela dell'interesse privato, nei termini sopra indicati, è stato introdotto e valorizzato nell'ambito della giurisprudenza comunitaria (11), la quale ha più volte ribadito che una determinata situazione di vantaggio – assicurata ad un privato da un atto specifico e concreto dell'autorità amministrativa – non può essere da quest'ultima successivamente rimossa, se non previo indennizzo della posizione favorevole precedentemente acquisita.

Facendo riferimento ai fondamentali principi di certezza del diritto e di stabilità dei rapporti giuridici si è affermato che determinati atti dell'autorità amministrativa, seppur illegittimi, non possono essere *"rimossi"*, in quanto il legittimo affidamento generato nei privati, non può essere sacrificato neppure in ragione di motivi di interesse pubblico.

---

(10) Si vedano al riguardo: Cons. di Stato, sez. V, sent. n. 661 del 3 febbraio 2002, in *Urbanistica e appalti*, n. 4/2000; Cons. di Stato, sent. n. 1224 del 28 febbraio 2002, n. 1224.

(11) Si veda, in materia di *"Aiuto di Stato"*, la pronuncia della II Sez. della Corte di Giustizia nelle cause riunite C-182/03 e C-217/03.

Sui principi generali di diritto amministrativo comuni agli Stati membri e sulla costruzione di un diritto amministrativo europeo: AIROLDI, *Lineamenti di diritto amministrativo comunitario*, Milano, 1990; FALCON, *Dal diritto amministrativo nazionale al diritto amministrativo comunitario*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1991, 351; CASSESE, *Il problema della convergenza dei diritti amministrativi: verso un modello amministrativo europeo?*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1992, 23; FRANCHINI, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria*, Padova 1992, 1-26; PICOZZA, *Il regime giuridico del procedimento amministrativo comunitario*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1994, 321; CASSESE, *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo* diretto da M. Chiti e G. Greco, Milano, 1997, 15; PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, II ed. Padova, 2005.

Le suddette argomentazioni sembrano essere state confermate a seguito dell'emanazione della legge n. 241 del 1990 e delle recenti modifiche ad essa apportate dalla legge n. 15 del 2005.

Ciò in quanto, non soltanto l'attuale art. 1 della legge in questione espressamente richiama tra i principi dell'azione amministrativa anche quelli di diritto comunitario, ma la stessa legge nazionale ha ulteriormente rafforzato il legittimo affidamento del privato, attraverso la previsione di una sua attiva partecipazione al procedimento amministrativo volto all'adozione del provvedimento di cui lo stesso risulta essere destinatario (12).

In particolare, il provvedimento amministrativo scaturito da una proficua "collaborazione" tra P.A. e destinatario determina in quest'ultimo una ragionevole aspettativa di stabilità della decisione a lui favorevole assunta a seguito del procedimento.

La maggiore stabilità della determinazione amministrativa, dovuta all'espletamento di un'attenta e completa istruttoria, cui è chiamato ad intervenire attivamente lo stesso destinatario del provvedimento (nonché eventuali contro-interessati) renderebbe, pertanto, ingiustificata nella maggior parte dei casi, una futura modificazione del provvedimento precedentemente emesso, con l'unica eccezione rappresentata dal sopravvenuto mutamento della situazione di fatto originariamente presupposta.

Nonostante tali rilievi, posti in luce dalla dottrina più recente, le norme contenute nel nuovo art. 21 *quinquies* della legge 241 del 1990 si discostano parzialmente dalle suddette conclusioni cui era giunta anche la giurisprudenza maggioritaria.

La nuova normativa sembra, infatti, riconoscere all'amministrazione un'illimitata potestà di revoca degli atti amministrativi, ivi compresi quelli che "*incidono su connessi rapporti negoziali*". Su questi ultimi, in particolare, saranno incentrate le nostre brevi riflessioni, in virtù della peculiare incidenza della revoca dell'atto amministrativo su un connesso o conseguente "contratto" di natura privatistica, seppur stipulato da una pubblica amministrazione.

---

(12) Si ricorda che uno dei principali obiettivi della n. 15 del 2005 consiste nell'effettiva attuazione del principio di trasparenza, precedentemente codificato dalla legge 241 del 1990, inteso nella duplice accezione di rendere conoscibile all'esterno l'*iter* seguito dalla P.A. al fine dell'adozione del provvedimento, e di rendere, altresì, permeabile il processo decisionale pubblico al contributo ed alle istanze, e più in generale all'apporto collaborativo, dei privati. Ciò, al fine di pervenire ad un'amministrazione il più possibile concordata, e dunque condivisa, e di ridurre conseguentemente il contenzioso sul provvedimento. In quest'ottica, la legge 241, così come novellata dalla legge 15, disciplina al Capo III (artt. 7-13) la c.d. partecipazione del privato al procedimento amministrativo, prevedendo una serie di istituti diretti a dare effettiva attuazione a tale principio. Trattasi, in particolare: *a*) della comunicazione di avvio del procedimento (artt. 7 e 8); *b*) dei diritti di intervento e di partecipazione (artt. 9 e 10); *c*) della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza (art. 10 *bis*); *d*) degli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento (art. 11); *e*) della disciplina dei procedimenti relativi ai provvedimenti attributivi di vantaggi economici (art. 12).

Nello specifico, il nuovo comma 1-*bis* dell'art. 21 *quinquies* prevede – nel caso in cui la revoca dell'atto amministrativo, incide su un rapporto di natura negoziale – il diritto in capo al soggetto danneggiato ad un indennizzo, il cui ammontare è commisurato al solo danno emergente e tiene, altresì, conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo revocato all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione in cui è incorsa la P.A. in merito alla compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico.

La disposizione completa la disciplina generale della revoca degli atti amministrativi, già introdotta dalla legge 15 del 2005 mediante la previsione dell'art. 21 *quinquies* della legge 241 del 1990, che al comma 1 espressamente stabilisce che “*Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. La revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti. Se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo. Le controversie in materia di determinazione e corresponsione dell'indennizzo sono attribuite alla giurisdizione del giudice amministrativo*”.

Mediante l'introduzione del nuovo comma il legislatore italiano ha, pertanto, esteso anche all'attività privatistica della P.A., la precedente previsione normativa inizialmente concernente la sola revoca degli atti amministrativi, prevedendo a carico delle amministrazioni pubbliche un semplice obbligo di “indennizzo” per il pregiudizio arrecato al soggetto interessato, limitato al solo danno emergente e per lo più ulteriormente riducibile nelle ipotesi specificamente previste dalla stessa norma.

## 2. La responsabilità da atto lecito dell'amministrazione ed il diritto all'indennizzo.

I primi commenti (13) concernenti la disposizione in esame hanno incentrato l'attenzione prevalentemente sull'aspetto relativo alla quantificazione dell'indennizzo riconosciuto al privato, ritenendo condivisibile la scelta operata dal legislatore di limitarlo al solo danno emergente, venendo, in questo caso, in rilievo una cd. “responsabilità da atto lecito dell'amministrazione (14)”.

---

(13) GIOVAGNOLI, *I criteri per la quantificazione dell'indennizzo in caso di revoca del provvedimento: le novità del decreto Bersani*, in *Urbanistica ed appalti*, n. 4 del 2007, 401 e ss.

(14) Sulla discussa nozione di “atto lecito dannoso” nell'ambito della dottrina civilistica: RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, 205 che espressamente afferma “*la categoria dell'atto lecito dannoso...è rigorosamente indotta dai dati di diritto positivo, di fronte alla impossibilità di rinvenire in taluni casi un obbligo preesisten-*

Si è evidenziato, in particolare, che il presupposto essenziale ai fini dell'applicazione della disciplina prevista dal comma 1 *bis* dell'art. 21 *quinquies* e della conseguente limitazione del pregiudizio subito dal privato al solo danno emergente, consiste nel fatto che il provvedimento di revoca dell'atto incidente su un connesso rapporto negoziale è stato legittimamente adottato dall'amministrazione interessata, nel rispetto dei presupposti e delle condizioni previste dalla stessa disposizione di legge.

Conseguentemente, non è precluso al privato di ottenere il ristoro integrale del danno subito in conseguenza della revoca di un precedente atto amministrativo, nel caso in cui quest'ultima sia stata disposta in difformità dei suddetti presupposti di legge e presenti caratteri di illegittimità.

In tal caso il privato dovrà dimostrare – anche in assenza di un previo giudizio di annullamento – l'illegittimità della revoca e domandare non più il solo indennizzo (che presuppone un pregiudizio causato da un atto lecito), ma il risarcimento del danno subito in conseguenza del fatto illecito compiuto dall'amministrazione (15).

---

*te al risarcimento e violato con il contegno dannoso*"; FRANZONI, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2004, 1081 e ss.. Un esame critico della nozione è stato, tuttavia, svolto da: TORREGROSSA, *Il problema della responsabilità da atto lecito*, Milano 1964 e da TUCCI, *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, 264, secondo il quale "anche negli atti leciti dannosi si può ritenere che sussista un danno ingiusto, volendo con ciò indicare che il danno si sostanzia nella lesione di un interesse del danneggiato tutelato dall'ordinamento giuridico."

(15) Deve, tra l'altro, evidenziarsi il contrasto attualmente esistente tra la giurisprudenza civile e quella amministrativa in merito alla cd. "pregiudiziale amministrativa".

Con sentenza n. 21850 del 17 ottobre 2007 la Cassazione ha ribadito quanto già affermato dalle Sezioni Unite nelle due celebri ordinanze del 13 giugno 2006, n. 13659, e n. 13660, affermando che "al fine di ottenere il risarcimento dei danni derivanti da lesione di interessi legittimi non è necessario il previo annullamento dell'atto illegittimo e dannoso (c.d. pregiudiziale amministrativa), essendo sufficiente l'accertamento della illegittimità dell'atto stesso; opinare diversamente significherebbe restringere la tutela che spetta al privato di fronte alla pubblica amministrazione. L'accertamento della illegittimità dell'atto non può perciò risultare precluso dalla inoppugnabilità del provvedimento, né il diritto al risarcimento può essere per sé disconosciuto da ciò che invece concorre a determinare il danno, ovvero sia la regolazione che il rapporto ha avuto sulla base del provvedimento e che la pubblica amministrazione ha mantenuto nonostante la sua illegittimità". Aggiungendo, inoltre, che "Il giudice, ai fini di accordare il risarcimento dei danni derivanti da lesione di interessi legittimi, seguendo lo schema normativo delineato dall'art. 2043 c.c., deve: a) accertare la sussistenza di un evento dannoso; b) stabilire se il danno sia qualificabile come danno ingiusto, in relazione alla sua incidenza su un interesse rilevante per l'ordinamento, che può essere indifferentemente un interesse tutelato nelle forme del diritto soggettivo assoluto o relativo, ovvero nelle forme dell'interesse legittimo o altro interesse (non elevato ad oggetto di immediata tutela ma) giuridicamente rilevante (in quanto preso in considerazione dall'ordinamento a fini diversi da quelli risarcitori, e quindi non riconducibile a mero interesse di fatto); c) accertare, sotto il profilo causale, facendo applicazione dei noti criteri generali, se l'evento dannoso sia riferibile a una condotta (positiva o omissiva) della A". Al contrario, la giurisprudenza amministrativa è ferma nel ritenere

Tali conclusioni non sembrano, a nostro modesto avviso, pienamente condivisibili per una serie di diverse argomentazioni.

Innanzitutto, appare particolarmente difficile per il privato riuscire a dimostrare l'illegittimità della revoca disposta dalla P.A., data l'ampia formulazione utilizzata dalla legge, la quale consente il "ritiro" di un provvedimento precedentemente adottato, non soltanto "per sopravvenuti motivi di interesse pubblico" o "di mutamento della situazione di fatto", ovvero in presenza di "circostanze sopravvenute", tali da richiedere necessariamente una nuova valutazione dell'interesse pubblico di cui l'amministrazione interessata è affidataria.

La revoca può essere disposta anche nel caso di "nuova valutazione dell'interesse pubblico originario", che non essendo dipesa da sopravvenuti motivi di interesse pubblico né da sopravvenuti mutamenti della situazione di fatto – dovendosi, altrimenti, ritenere priva di autonoma valenza giuridica una siffatta previsione normativa – è presumibilmente dovuta ad un'erronea valutazione operata precedentemente dalla stessa amministrazione.

Al riguardo, è opportuno ricordare come l'attuale orientamento della Corte di Giustizia europea esclude un potere di revoca da parte dell'amministrazione, nel caso in cui la medesima abbia commesso un errore di valutazione, ovvero abbia dato prova nel comportamento tenuto nei confronti dell'interessato di negligenza o di imprecisione.

Pertanto, una tale interpretazione della disposizione in esame, in grado di legittimare il potere di revoca della P.A. anche nelle ipotesi di iniziale erronea valutazione dell'interesse pubblico di cui la stessa è affidataria, sembra porsi in aperto contrasto con l'attuale orientamento comunitario.

---

necessaria la cd. "pregiudiziale" dell'annullamento del provvedimento lesivo rispetto al risarcimento del danno. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella recentissima pronuncia n. 12 del 22 ottobre 2007 ha, in particolare, ribadito che la necessità di tale pregiudiziale trova fondamento nella "natura principalmente impugnatoria dell'azione innanzi al giudice amministrativo, cui spetta non solo di tutelare l'interesse privato ma di considerare e valutare gli interessi collettivi che con esso si confrontano e, non solo di annullare, bensì di "conformare" l'azione amministrativa affinché si realizzi un soddisfacente e legittimo equilibrio tra l'uno e gli altri interessi. Queste essenziali circostanze, mentre si riflettono sui diversi caratteri del giudizio amministrativo rispetto a quello civile..., sembrano spiegare e giustificare e la priorità dell'azione impugnatoria, nel cui ambito soltanto è possibile e doveroso esercitare compiutamente l'anzidetto vaglio di legittimità nonché misurare spessore e valenza così della dedotta situazione soggettiva come della denunciata lesione, e la posta "consequenzialità" rispetto ad essa, dell'azione risarcitoria".

Il Consiglio di Stato ha, inoltre, posto a fondamento della necessità della pregiudiziale l'espressa formulazione dell'art. 7 della legge T.A.R. che qualifica l'azione risarcitoria, come "consequenziale" all'azione costitutiva di legittimità. Ma tale conclusione si presta a taluni rilievi critici in quanto sembra confondere l'effetto con la causa e ritiene che le azioni risarcitorie consequenziali regolate dall'art. 7 cit. siano solo quelle che riguardano la lesione di un interesse legittimo (sul punto VOLPE *Pregiudiziale amministrativa e sacrifici concettuali del giudice amministrativo* in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it)).

A ciò deve aggiungersi che un potere di revoca connesso ad una semplice *“nuova valutazione dell’interesse pubblico originario”* comporta una discrezionalità per l’amministrazione talmente ampia, da dover essere – secondo quanto rilevato da autorevole dottrina (16) – *“attentamente controllata, caso per caso, nel suo corretto esercizio”*.

In presenza di un’espressa motivazione del provvedimento di revoca da parte della P.A., la quale sostenga che la nuova valutazione dell’interesse originario si è resa necessaria in virtù di un’erronea valutazione iniziale dovuta essenzialmente a fattori estranei e ad essa non imputabili, diventa estremamente difficile per il privato fornire la prova dell’illegittimità della revoca.

Ciò in quanto egli non possiede di fatto gli elementi necessari per poter sindacare l’opportunità e la correttezza delle scelte operate dall’amministrazione, soprattutto nei casi in cui quest’ultime risultano essere frutto della ponderazione di una serie di interessi pubblici e privati di cui solo la P.A. interessata è depositaria.

La tesi che ritiene giustificabile la quantificazione dell’indennizzo nei termini di cui al nuovo comma dell’art. 21 *quinquies* in tutti i casi in cui la revoca sia stata legittimamente disposta, non sembra, inoltre, tenere in adeguata considerazione l’ulteriore circostanza in base alla quale la norma si riferisce letteralmente ai soli casi in cui *“la revoca di un atto amministrativo... incida su rapporti negoziali”* e non anche a quelli previsti nei commi precedenti in cui la revoca incide esclusivamente su rapporti di natura amministrativa.

Al riguardo, è importante premettere che non risulta affatto facile procedere in concreto all’individuazione dei casi in cui la revoca di un provvedimento amministrativo è in grado di incidere su connessi o conseguenti *“rapporti negoziali”*.

A nostro modesto avviso l’espressione sembra poter ricomprendere due diverse ipotesi.

Per *“rapporti negoziali”* devono, innanzitutto, intendersi sia quelli derivanti da contratti che accedono ad un precedente provvedimento amministrativo (es. contratto stipulato a seguito di concessione amministrativa), sia quelli derivanti da contratti legati ad un precedente provvedimento da un nesso di necessaria presupposizione (es. contratto di appalto stipulato a seguito del provvedimento di aggiudicazione).

Per *“rapporti negoziali”* potrebbero, tuttavia, intendersi anche tutti i rapporti derivanti da contratti *“dipendenti”* dalla situazione giuridica soggettiva assicurata dal provvedimento amministrativo revocato (es. il concessionario di un dato bene o servizio stipula con soggetti terzi successivi contratti che presuppongono l’esercizio del diritto costituito dal provvedimento amministrativo).

---

(16) CERULLI IRELLI, *Osservazione generali sulla legge di modifica della legge n. 241 del 1990*, in [www.giust.amm.it](http://www.giust.amm.it).

In quest'ultimo caso la revoca del provvedimento amministrativo non esaurirebbe la sua efficacia nell'ambito dei rapporti tra la P.A. ed il privato destinatario dell'atto in questione, ma inciderebbe, altresì, su ulteriori, seppur connessi, rapporti contrattuali stipulati tra privati in conseguenza dell'acquisita situazione giuridica successivamente revocata, generando l'ulteriore problema relativo alla sorte di tali rapporti nonché quello delle relative pretese indennitarie o risarcitorie spettanti eventualmente anche a tali successivi contraenti (17).

Conviene, per ora, limitare l'analisi al caso più semplice in cui la revoca del provvedimento amministrativo incide su un solo conseguente contratto stipulato tra la P.A. ed il privato.

Ciò premesso, si può ritenere che la limitazione dell'indennizzo al solo danno emergente, nonostante l'esplicito riferimento della legge ai soli casi in cui “*la revoca di un atto amministrativo... incida su rapporti negoziali*”, valga, in realtà, in tutti i casi di revoca. Tale soluzione sembra potersi dedurre dal combinato disposto della norma in esame con il comma 1 dello stesso art. 21 *quinquies* della legge 241 del 1990, ai sensi del quale “*l'indennizzo è dovuto ogni volta che la revoca comporti pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati*”.

Se così non fosse, dovrebbe ipotizzarsi che, poiché il legislatore ha limitato la misura dell'indennizzo da corrispondere al privato soltanto con riferimento ai casi in cui la revoca dell'atto amministrativo incide su rapporti negoziali, in tutti gli altri casi in cui tale revoca incide solo su precedenti rapporti amministrativi, l'indennizzo può includere anche il lucro cessante.

Ma tale interpretazione indurrebbe all'inaccettabile conclusione in base alla quale il legittimo affidamento riposto dal privato in merito alla validità ed all'efficacia di un provvedimento amministrativo dal quale deriva una sua specifica “*situazione di vantaggio*”, risulterebbe maggiormente tutelato rispetto all'affidamento riposto dal privato-contraente in merito alla validità ed all'efficacia di un contratto stipulato con la P.A., nonostante il suo assoggettamento alle norme e alla conseguente responsabilità previste dal diritto privato.

### 3. La responsabilità precontrattuale della P.A.

Stando a quanto espressamente previsto dall'art. 1 comma 1 *bis* della legge 241 del 1990 “*La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*”.

Essa, qualora agisca *iure privatorum* deve ritenersi equiparata ad un qualsiasi contraente privato, conseguentemente tenuto all'osservanza dei

---

(17) In tali casi il giudice civile ha sempre rivendicato il potere – nel giudicare le relative controversie tra privati – di disapplicare l'atto amministrativo “presupposto” ai sensi degli artt. 4 e 5 della legge 2248/ 1865.

principi, delle regole e delle connesse responsabilità previste dalla vigente normativa civilistica (18).

In realtà, il fondamentale problema esegetico e dogmatico posto dall'art. 1 della legge n. 241 del 1990 consiste proprio nell'accertare quale sia l'effettiva portata e l'ambito di applicazione di tale discussa disposizione normativa (19).

Se con essa il legislatore avesse semplicemente inteso legittimare l'uso del diritto privato da parte della P.A. in tutti i casi in cui non si tratti di eser-

---

(18) Al riguardo, deve comunque evidenziarsi che la Corte Costituzionale nel dichiarare, con la celebre sentenza n. 204/2004, l'illegittimità costituzionale dell'art. 33, comma 1, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, nella parte in cui prevede che "sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi" anziché le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge n. 241 del 7 agosto 1990, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore (così come era previsto dall'art. 33, comma 2, lettere *c* e *d*), ha effettuato talune importanti premesse, nelle quali sembra ribadire che la cura dell'interesse pubblico si attua prevalentemente attraverso l'adozione di atti di natura autoritativa.

In particolare, la Corte ribadisce che la materia dei pubblici servizi può essere oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se in essa la P.A. agisce esercitando il suo potere autoritativo ovvero, attesa la facoltà, riconosciuta dalla legge, di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo, se si vale di tale facoltà (la quale, tuttavia, presuppone l'esistenza del potere autoritativo).

Gli stessi rilievi vengono effettuati nel dichiarare, altresì, l'illegittimità costituzionale dell'art. 34 del D.Lgs. n. 80 del 1998, quale recata dall'art. 7, comma 1, lettera *b*), della legge n. 205 del 2000, nella parte in cui, comprende nella giurisdizione esclusiva – oltre "gli atti e i provvedimenti" attraverso i quali le pubbliche amministrazioni svolgono le loro funzioni pubblicistiche in materia urbanistica ed edilizia – anche "i comportamenti", nei quali la pubblica amministrazione non esercita – nemmeno mediatamente, e cioè avvalendosi della facoltà di adottare strumenti intrinsecamente privatistici – alcun pubblico potere.

(19) Sul punto tra gli altri: DE MARZO, *Attività consensuale e attività autoritativa della a.*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 4/2005, 382, parla di "portata assai residuale del comma 1-bis dell'art. 1 della Legge 241/1990"; CARINGELLA, *Profili generali della riforma*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 4/2005, 377, "la norma si limita a esternare un principio ormai assodato da circa un ventennio, ossia quello della generale capacità negoziale della pubblica amministrazione e della soggezione dell'attività paritetica alle normali regole del diritto comune". Secondo SATTA, *La riforma della legge 241/90: dubbi e perplessità* in <http://www.giustamm.it>, "il comma 1-bis si presta a gravi equivoci" poiché la dizione secondo cui la a. "agisce secondo le norme del diritto privato" sarebbe molto più ampia della locuzione "utilizza gli strumenti del diritto privato" e consentirebbe di affermare che l'amministrazione sia svincolata dalla regola dell'interesse pubblico. Per TRAVI, *La legge n. 15/2005: verso un nuovo diritto amministrativo?*, in *Corriere Giuridico.*, 4/2005, 449, "non è chiaro quale potrà essere la portata pratica di questa disposizione".

Secondo GIACCHETTI, *Giurisdizione amministrativa e legge n. 15/2005, cit.*, 395 ss., la norma avrebbe introdotto un'affermazione di principio di alto valore sistematico, vale a dire la sottoposizione dell'attività amministrativa non autoritativa da chiunque esercitata in regi-

citare un potere pubblico, mediante l'adozione di atti autoritativi, il suddetto articolo non avrebbe alcuna effettiva portata innovativa, in quanto si sarebbe limitato a prevedere quanto già ritenuto pacifico sul presupposto della riconosciuta capacità di diritto privato di tutti i soggetti dell'ordinamento giuridico e quindi anche della P.A.

È ormai pacifico, infatti, che l'amministrazione possa ricorrere al diritto privato per la cura dei propri interessi, mentre si discute semmai in merito ai caratteri e ai limiti ai quali può essere assoggettata l'attività dell'amministrazione retta dal diritto privato, nonché in merito alla conseguente legittimità e fondatezza di talune "regole speciali" tradizionalmente giustificate in virtù del carattere pubblico del soggetto agente.

Tuttavia, non sembra nemmeno corretto affermare che la portata della norma sia tale da consentire una rilettura globale degli istituti del diritto amministrativo in chiave privatistica; in modo che la determinazione amministrativa anziché essere qualificata come atto o provvedimento amministrativo dovrebbe essere ricondotta, di volta in volta, alla nozione di atto giuridico in senso stretto o di negozio giuridico con tutte le conseguenze che ne discendono sia sul piano del regime giuridico sia della conseguente tutela giurisdizionale.

Secondo una diversa interpretazione (20) *"la ratio della norma deve, in realtà, essere ricercata in tutti quei casi di esercizio dell'azione amministrativa non autoritativa in cui l'esperienza giuridica dell'ultimo secolo ha costruito moduli di azione di diritto pubblico. Così ad esempio, il procedimento amministrativo di concessione in luogo di un contratto di affitto o di locazione o di uso, il procedimento amministrativo di aggiudicazione per la scelta del contraente negli appalti pubblici in luogo delle trattative negoziali. Si potrebbero aggiungere i procedimenti amministrativi di gestione del rapporto di lavoro del personale pubblico in luogo dei semplici poteri datoriali se questo settore non fosse stato (ma solo in parte, come è noto) oggetto della recente privatizzazione"*.

Si citano, altresì, i casi delle sovvenzioni (contributi, sussidi, ausili finanziari etc.), nonché *"tutti i casi in cui lo strumento autoritativo può essere sostituito da quello negoziale, in virtù del consenso del soggetto privato nella cui sfera l'effetto è destinato a prodursi; la vendita in luogo dell'espro-*

---

me di diritto privato al rispetto dei medesimi canoni di economicità, efficacia, pubblicità e trasparenza del procedimento amministrativo. Ciò avrebbe quindi condotto, secondo le linee evolutive indicate dall'ord. della "plenaria" del Consiglio di Stato n. 1 del 2000, anziché secondo quelle tratteggiate dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 204 del 2004, *"non a una (inimmaginabile) privatizzazione del pubblico, ma ad una pubblicizzazione del privato perché nell'amministrazione di diritto privato l'hardware è (apparentemente) destinato a rimanere lo stesso ma il software è destinato ad essere radicalmente cambiato"*.

(20) CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir amm.*, n. 2/2003, 249 e *Il negozio come strumento di azione amministrativa*, in [www.giust.it](http://www.giust.it), n. 6/2002.

*priazione, l'affitto in luogo della requisizione, la costituzione negoziale di servitù in luogo della costituzione coattiva, e così via. La presenza della norma produce la conseguenza, non di poco conto invero, che lo strumento negoziale vada privilegiato sempre, ove possibile, in luogo di avviare il procedimento autoritativo. E ciò in esercizio della capacità negoziale, senza ulteriori vincoli di diritto pubblico (a parte ovviamente quelli di bilancio)".*

Ciò premesso, deve evidenziarsi che, a differenza di quanto avviene nei rapporti amministrativi puri e semplici, nel caso di rapporti negoziali la revoca dell'atto amministrativo da parte della P.A., pur essendo disposta nel rispetto dei presupposti e delle condizioni previste dalla legge e dovendosi ritenere formalmente legittima, può risultare non conforme ai canoni di "correttezza e buona fede" che anche l'amministrazione, come qualsiasi altro contraente, è tenuta ad osservare nel momento in cui agisce secondo gli strumenti, le regole e le conseguenti responsabilità proprie del diritto privato.

In particolare, risulta ormai da tempo acquisito che: 1) anche la P.A., qualora agisca *iure privatorum*, è tenuta all'osservanza dei doveri di correttezza e di buona fede posti dagli artt. 1337 e 1338 c.c. (21); 2) la responsabilità precontrattuale della P.A. è configurabile anche nell'ambito di un procedimento di evidenza pubblica, ove le regole di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c. si aggiungono alle disposizioni codicistiche che regolano la gara.

Una recente pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (22), dopo aver confermato la propria giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art. 6 della legge n. 205 del 2000, ha ritenuto configurabile una responsabilità precontrattuale ai sensi dell'art. 1337 c.c. in testa all'Amministrazione che, avendo portato a termine la procedura di evidenza pubblica, pervenendo sino all'aggiudicazione, aveva successivamente revocato l'aggiudicazione per mancanza delle disponibilità finanziarie necessarie all'esecuzione dell'opera appaltata.

Ciò in quanto, pur essendo la revoca dell'aggiudicazione (e di tutti i precedenti atti della procedura ad evidenza pubblica) essenzialmente valsa a porre al riparo l'interesse pubblico dalla stipula di un contratto che l'amministrazione non avrebbe potuto fronteggiare per carenza delle risorse finanziarie, resta il fatto che la legittimità di una siffatta revoca, in tal senso sufficientemente motivata, non impedisce di qualificare "*la mancanza di ogni vigilanza e coordinamento sugli impegni economici che la P.A. veniva assumendo con l'aggiudicazione del contratto*" come un comportamento disattento e contrario alle regole di correttezza e buona fede di cui all'art. 1337 c.c.

---

(21) Cass. sent. n. 9129 del 10 dicembre 1987, in *Giust. civ. Mass.*, 1987 e da ultimo Cass., n. 2525 del 7 febbraio 2006 e Cass. n. 12629 del 26 maggio 2006, in *Foro It. Rep.*, 2006, voce *Opere pubbliche*, n. 82.

(22) Cons. di Stato, Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6, che ha affermato la giurisdizione amministrativa esclusiva, ai sensi dell'art. 6 della legge n. 205 del 2000 ove la condotta scorretta sia collegata ad un procedimento di evidenza pubblica.

Facendo applicazione dei suddetti principi, sembra potersi dedurre che nel caso in cui la revoca dell'atto amministrativo da parte della P.A. risulti, comunque, contraria ai doveri di cui agli artt. 1337 c.c. e 1338 c.c., non può ritenersi esaustivo il riconoscimento nei confronti del danneggiato di un mero indennizzo, in virtù dell'asserita legittimità dell'azione amministrativa.

In tal senso una recente sentenza del T.A.R. Lazio (23) ha espressamente chiarito che, anche a seguito dell'entrata in vigore del nuovo art. 21 *quinquies* della legge 241/1990, *“una responsabilità precontrattuale in capo alla P.A. è configurabile anche nel caso in cui il provvedimento di revoca sia stato legittimamente adottato, al fine di porre al riparo l'interesse pubblico dalla stipula di un contratto che l'amministrazione non ritiene più adeguato e rispondente all'originario parametro valutativo”*.

La legittimità dell'atto di revoca non elimina, infatti, il profilo relativo alla valutazione del comportamento della stessa Amministrazione con riguardo al rispetto del dovere di buona fede e correttezza nell'ambito del procedimento di formazione della volontà negoziale.

Pertanto, in base al principio del legittimo affidamento generato nei confronti del soggetto destinatario di un precedente atto amministrativo, è necessario distinguere tra la legittimità della revoca disposta, in presenza di preminenti esigenze pubbliche che ne giustificano l'adozione, e la conformità del comportamento complessivamente tenuto dall'amministrazione ai canoni della buona fede e correttezza nelle trattative di cui all'art. 1337 c.c.

Sulla base di tali premesse, la stessa giurisprudenza amministrativa conclude sostenendo che *“a fronte di comportamenti della stazione appaltante che integrino la violazione dei doveri di correttezza e di buona fede, il privato avrà diritto, nonostante la legittimità dell'atto di revoca, non al semplice indennizzo, ma al risarcimento del danno da lesione del cd. interesse negativo, commisurato alle spese sostenute per partecipare alla gara e alla perdita, ove dimostrata, della chance di aggiudicarsi altre gare d'appalto”*.

Tale risarcimento spetterà al privato nonostante la legittimità del provvedimento di revoca e nonostante l'espressa previsione, da parte dell'art. 21 *quinquies*, di un diritto all'indennizzo commisurato al solo danno emergente. Ciò, in quanto l'espressa previsione della necessità di indennizzare il privato in ordine ad eventuali pregiudizi subiti in conseguenza dell'emanazione di provvedimenti di revoca di precedenti atti amministrativi, non elimina la possibile responsabilità dell'amministrazione per violazione del principio di buona fede nell'ambito delle trattative che conducono alla conclusione del contratto, con conseguente diritto in capo al privato non al solo indennizzo, ma al risarcimento del danno patito.

---

(23) In tal senso T.A.R. Lazio sez. I *bis*, 11 luglio 2006, n. 5766 che ha ritenuto legittima la revoca del bando di gara, dovuta al riscontro di errori materiali e concettuali relativi alla determinazione del corrispettivo per il servizio, rilevando, peraltro, l'impossibilità di apportare correttivi in sede di stipula dei contratti di aggiudicazione, pena l'alterazione della *par condicio* delle imprese che avevano partecipato alla gara presentando offerte economiche sulla base del valore dei lotti come indicati negli atti di gara.

La regola più diffusa nella valutazione dei danni subiti a causa della violazione dei doveri di buona fede precontrattuale è tradizionalmente quella del cd. "interesse negativo", inteso come interesse a non intraprendere trattative inutili.

In realtà, l'art. 1337 c.c. non contempla espressamente né il verificarsi del danno né la conseguenza del risarcimento (come fanno, al contrario, gli art. 1218 e 2043 del c.c.) ma si limita a prescrivere un obbligo di comportamento a carico delle parti, le quali nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto devono comportarsi secondo buona fede. Il successivo art. 1338 c.c. dichiara, invece, la responsabilità della parte che conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte.

L'orientamento civilistico tradizionale ritiene, pertanto, che la tutela risarcitoria collegata alla violazione degli artt. 1337 e 1338 c.c. operi solo nei casi in cui le "scorrettezze" precontrattuali di una delle parti hanno di fatto impedito la conclusione del contratto (trattative inutili) ovvero hanno condotto alla conclusione di un contratto invalido o inefficace (inutile stipulazione del contratto). Con la stipula di un contratto valido risulterebbe, al contrario, preclusa ogni possibilità di far valere una responsabilità per violazione degli obblighi comportamentali prenegoziali che resterebbero assorbiti dal raggiungimento dell'accordo; la tutela del contraente sarebbe affidata alle sole norme in tema di invalidità ed inefficacia del contratto.

Di conseguenza, il risarcimento del danno, volto essenzialmente a tutelare la libertà negoziale delle parti, viene ad essere identificato con quel particolare interesse che ciascun contraente ha a non intraprendere e/o proseguire trattative inutili ovvero a non stipulare un contratto invalido od inefficace.

Sotto il profilo della stretta quantificazione, sia la dottrina che la giurisprudenza prevalenti sono concordi nel ritenere che tale interesse negativo (contrapposto all'interesse all'adempimento) comprende i danni rappresentati da: 1) spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative in vista della conclusione del contratto (danno emergente); 2) perdita di ulteriori occasioni per la stipulazione con altri di un contratto altrettanto o maggiormente vantaggioso; 3) attività sprecata nelle trattative e sottratta alle utili applicazioni.

Conseguentemente viene escluso dalle voci risarcibili a titolo di interesse negativo il lucro cessante connesso all'esecuzione del contratto non stipulato, vale a dire ogni lucro o vantaggio che il contraente avrebbe potuto realizzare se il contratto fosse stato validamente concluso e conseguentemente eseguito.

Un più recente indirizzo dottrinale (24) tende, tuttavia, ad ampliare l'ambito di operatività della responsabilità precontrattuale, affermando che l'av-

---

(24) PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, 106; BENATTI, *Responsabilità precontrattuale*, I) *Diritto civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991; RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, II, Milano, 1974, 14; CUFFARO, voce *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. del dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1270; PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, Milano, 1993, II, 95.

venuta e valida conclusione del contratto non esclude il diritto al risarcimento del danno derivante da *culpa in contraendo*.

In particolare, è opinione attualmente consolidata (25) e condivisa anche dalla giurisprudenza dominante (26), che tra gli obblighi di buona fede genericamente previsti dall'art. 1337 c.c. debbano includersi i doveri di avviso o di informazione che gravano su ciascuna parte e la cui violazione determina comunque l'insorgere di una responsabilità precontrattuale per danni.

L'art. 1337 c.c. consacra, quindi, un principio generale (27), la cd. buona fede *in contraendo*, di cui la previsione contenuta nel successivo art. 1338 c.c., costituisce soltanto una specificazione sotto il profilo della mancata informazione di elementi che incidono sulla validità del contratto.

L'affermata estensione della responsabilità precontrattuale, oltre ai casi di trattative infruttuose e di stipula di contratti invalidi, anche ai casi in cui la trattativa abbia avuto per esito la conclusione di un contratto valido ed efficace, ma pregiudizievole per la parte vittima del comportamento scorretto, ha portato ad una "rivisitazione" del danno risarcibile e tradizionalmente identificato col il cd. interesse negativo, che secondo l'opinione attualmente prevalente ed accolta di recente anche dalla giurisprudenza, non va inteso tanto come delimitativo dell'ammontare del risarcimento quanto piuttosto come identificativo della peculiare situazione giuridica tutelata dalla buona fede precontrattuale (28).

Si accoglie, quindi, una diversa nozione di danno che influisce sulla conseguente determinazione dell'ammontare del danno stesso.

In particolare, deve evidenziarsi come di recente la stessa Cassazione (29) abbia rivisitato il criterio di calcolo dell'interesse negativo, non esclu-

---

(25) Si veda in particolare sul punto la monografia di GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990.

(26) Tra le più recenti vedasi: Cass. n. 3462 del 15 febbraio 2007; Cass. n. 11004 del 12 maggio 2006 in *La Nuova giurisprudenza Civile Commentata*, 2007, fasc. 4; I, 436.

(27) In questo senso tra i primi: MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, 365. Affermano, altresì, la possibilità di rinvenire nell'art. 1337 c.c. un generale obbligo precontrattuale di informazione: BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 2000, 167; GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, cit., 79; TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, 240. In senso contrario: REALMONTE, *Doveri di informazione e responsabilità precontrattuale nell'attività di intermediazione mobiliare*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, II, Milano, 1994, 955, che considera assolutamente insoddisfacente gli esiti ricostruttivi che si limitano ad affermare la pleonasticità dell'art. 1338 c.c. senza ricercare una possibile funzione e autonomia precettiva. In senso contrario anche D'AMICO, *Rimedi*, V, *Trattato del contratto* diretto da Roppo, Milano, 2006 1035 secondo il quale "con la disposizione dell'art. 1338 il legislatore non può che avere inteso chiarire che l'unico dovere di informazione di carattere generale (cioè operante a prescindere da una specifica previsione normativa) alla cui violazione può darsi rilevanza ai fini della responsabilità precontrattuale è quello avente ad oggetto l'esistenza di eventuali cause di invalidità del contratto".

(28) In tal senso espressamente TURCO, *Interesse negativo*, cit., 307 e ss.

(29) Cass. sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024, in *Danno e responsabilità*, 1, 2006, 25 e ss.

dendo la possibilità che il soggetto leso dal comportamento scorretto dia prova di aver subito ulteriori danni.

Partendo dall'ipotesi di cui all'art. 1440 c.c. – in base al quale il contratto affetto da dolo incidente resta valido, obbligando il contraente in mala fede al risarcimento del danno – e considerando tale norma quale specifica applicazione della responsabilità precontrattuale di cui all'art. 1337 c.c. (30), il nuovo orientamento giurisprudenziale afferma anch'esso che la responsabilità precontrattuale si estende non soltanto ai casi di trattative infruttuose o di stipulazione di contratti invalidi o inefficaci, ma anche ai casi in cui la trattativa ha per esito la conclusione di un contratto valido ed efficace, ma pregiudizievole per la parte vittima del comportamento scorretto (31).

Ne deriva che in tali casi il risarcimento del danno, trattandosi non di trattativa infruttuosa ma dannosa, non può più concernere il solo interesse negativo, ma il cd. "interesse positivo differenziale", legato alla comparazione tra gli effetti del contratto stipulato ed il vantaggio che ne sarebbe derivato dall'esecuzione, ove il suo contenuto non fosse stato in alcun modo influenzato dal comportamento abusivo.

Il risarcimento va, cioè, commisurato alle migliori condizioni economiche che la "vittima" avrebbe ottenuto se la controparte avesse agito lealmente.

Con specifico riferimento al caso di dolo incidente la Cassazione (32) ha espressamente affermato che *"in caso di responsabilità precontrattuale relativa alla conclusione di un contratto valido ed efficace ma sconveniente, il risarcimento del danno pur non potendosi commisurare al pregiudizio derivante dalla mancata conclusione del contratto neppure può coincidere con la tradizionale figura del cd. interesse negativo commisurato alle spese veramente sostenute ed alle occasioni alternative mancate a causa della trattativa poi risultata inutile, bensì deve raggugiarsi al minor vantaggio o al maggior aggravio economico subito dalla vittima per il comportamento sleale della controparte, salva la prova di ulteriori danni che risultino collegati a tale comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto"*.

---

(30) La stessa Cassazione ha più volte affermato che l'art. 1440 c.c. costituisce applicazione del modello della responsabilità precontrattuale di cui all'art. 1337 c.c. In tal senso si veda anche Cass. 29 marzo 1999, n. 2956, in *Giur. it.* 2000, 1, 1, 192.

(31) In senso contrario: D'AMICO, *Rimedi*, V, *cit.*, 1138 secondo il quale l'art. 1440 c.c. – pur contemplando un'ipotesi di risarcimento conseguente ad una fattispecie di responsabilità precontrattuale, nonostante l'avvenuta stipulazione di un contratto valido – rappresenta una fattispecie eccezionale che non permette di affermare un principio di carattere generale secondo il quale la conclusione di un contratto valido ed efficace, ma comunque pregiudizievole per la parte vittima del comportamento scorretto, consente comunque di ottenere il risarcimento del danno per violazione degli obblighi di buona fede precontrattuali. La possibilità di ristorare il soggetto che subisce il pregiudizio del contegno scorretto della controparte, stipulando un contratto valido ma "sgradito", deve essere rigorosamente limitata alle fattispecie espressamente previste e disciplinate dalla legge.

(32) Cass., sez. I, sent. 19024 del 2005, *cit.* 25.

In sostanza, si afferma che il risarcimento dei danni subiti, pur non potendo ricomprendere l'intero pregiudizio connesso alla lesione dell'interesse contrattuale positivo, non è indissolubilmente legato all'interesse negativo; ed al fine della quantificazione del relativo risarcimento del danno, la Cassazione propone il criterio del minor vantaggio o del maggior aggravio economico determinato dal contegno sleale di una delle parti, salva la prova di danni ulteriori che siano conseguenza immediata e diretta di tale contegno sleale.

E ciò varrebbe – secondo quanto affermato da una parte della dottrina (33) – non soltanto nel caso tipico del dolo incidente, ma anche con riferimento ai casi in cui la vittima della altrui condotta illecita o sleale, pur potendo chiedere l'annullamento del contratto, chiede soltanto il risarcimento del danno, nonché nei casi di errore sui motivi – che pur essendo irrilevante per espressa disposizione di legge in materia contrattuale anche se determinante del consenso e noto alla controparte – non impedirebbe di ipotizzare una responsabilità *ex art. 1337 c.c.* a carico del contraente che avendo riconosciuto l'errore dell'altro, secondo le regole della buona fede e correttezza contrattuale, avrebbe dovuto conseguentemente avvisarla.

Secondo tale dottrina, data l'irrelevanza dell'errore sui motivi, il contratto non è annullabile, ma potendosi configurare una responsabilità precontrattuale *ex art. 1337 c.c.* in capo al contraente in mala fede, egli è tenuto al risarcimento del danno cagionato alla controparte al di là del limite del cd. interesse negativo, essendo qui in presenza di un contratto validamente stipulato.

In definitiva, in tutti i casi in cui nonostante la condotta illecita o sleale di una delle parti, il contratto è stipulato e viene tenuto fermo, il criterio normalmente utilizzato per calcolare il cd. "interesse negativo" non può ritenersi sufficiente nè adeguato, in quanto esso è finalizzato essenzialmente a porre il danneggiato nella posizione specifica in cui si sarebbe trovato se non avesse intrapreso la trattativa.

Ciò premesso, ad avviso di chi scrive, sembra che le stesse conclusioni proposte dalla giurisprudenza amministrativa in merito alla possibile configurazione di una responsabilità precontrattuale della P.A., pur in presenza di un legittimo atto di revoca disposto ai sensi dell'art. 21 *quinquies* della legge 241 del 1990, possano essere utilizzate nel caso in cui la revoca dell'atto presupposto o connesso al conseguente contratto sia disposta non nel corso delle trattative ma successivamente alla conclusione di quest'ultimo.

Recependo la suddetta apertura della Corte di Cassazione che ha rideterminato il criterio di calcolo dell'interesse negativo, non escludendo di fatto

---

(33) ROPPO, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in *Danno e Responsabilità*, I, 2006, 34 e ss.; *contra* D'AMICO, *Rimedi*, *cit.*, 1024, secondo il quale le stesse ragioni che depongono per l'irrelevanza dell'errore sui motivi ai fini della validità del contratto, militano per una analoga conclusione anche sul terreno della mera responsabilità contrattuale.

la possibilità che il soggetto leso dal comportamento scorretto dia prova di “danni ulteriori”, ed evidenziando, altresì, che in questo caso siamo dinnanzi ad un contratto originariamente valido ed efficace (talvolta in parte anche eseguito) e soltanto successivamente “caducato”, in conseguenza della revoca di un atto amministrativo disposta a causa di un’originaria ed erronea valutazione di compatibilità con l’interesse pubblico ovvero a causa di sopravvenienze non conosciute o conoscibili dal contraente all’atto dell’originaria stipulazione del contratto, sembrerebbe giustificato il riconoscimento di un risarcimento del danno non più limitato al solo interesse negativo.

In tal caso non è configurabile una semplice lesione della libertà negoziale, in quanto le parti sono andate ben oltre la fase delle trattative, e gli “ulteriori danni” subiti dal contraente, che sulla validità e sull’efficacia definitiva del contratto aveva riposto legittimo affidamento, devono essere risarciti, salvo la prova della loro esistenza e del necessario nesso di causalità con la condotta illecita.

Ad ulteriore conferma di quanto sin qui rilevato, appare opportuno ricordare come l’opinione attualmente prevalente in dottrina (34) annovera la buona fede tra le fonti di integrazione del contratto, nonostante la mancata esplicita menzione ad essa da parte dell’art. 1374 del c.c..

Un primo orientamento afferma che nel richiamo alla “legge” previsto dal suddetto articolo sarebbe contenuto anche il richiamo agli artt. 1175 c.c. secondo il quale “*il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza*” nonché 1375 c.c., secondo il quale “*il contratto deve essere eseguito secondo buona fede*”.

Un diverso orientamento (35) ritiene che, pur essendo la tassatività delle fonti integrative previste dall’art. 1374 c.c. idonea ad escludere dal novero di queste altre fonti extralegali, essa non può comunque impedire che sia la legge stessa a preveder ulteriori fonti di integrazione diverse da quelle previste dallo stesso art. 1374 c.c.. E poiché la buona fede nell’esecuzione del contratto trova un espresso ed autonomo fondamento, quale fonte di integrazione dello stesso, nell’art. 1375 c.c., non è necessario presupporre alcun espresso rinvio contenuto nel precedente art. 1374 c.c..

In particolare, stando all’orientamento esposto da una parte della dottrina e fatto proprio dalla giurisprudenza attualmente prevalente, i doveri di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. pongono a carico

---

(34) In particolare sul punto: UDA, *La buona fede nell’esecuzione del contratto*, Milano, 2004. Considerano la buona fede quale fonte di integrazione del contratto anche: MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, *Studio critico*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 368 e ss.; CARUSI, voce *Correttezza (Obblighi di)*, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, 1962, 709; BENFATTI, *Osservazioni in tema di doveri di protezione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, 342 ss.; RODOTÀ, *Il principio di correttezza e la vigenza dell’art. 1175 c.c.*, in *Banca, borsa e tit. di cred.* 1965, I, 150.

(35) UDA, *La buona fede nell’esecuzione del contratto*, op. cit., 122 e ss.

dei contraenti una serie di obblighi ulteriori rispetto a quelli che individuano il contenuto primario del rapporto obbligatorio, aventi essenzialmente la finalità di imporre un atteggiamento di tipo cooperativo tra le parti.

Tali obblighi si sostanziano nei cd. obblighi di informazione, di lealtà, di assistenza e di custodia, che pur riferendosi alla prestazione, contribuiscono a precisarne le modalità di esecuzione e a garantire il puntuale soddisfacimento dell'interesse ad essa sotteso. I suddetti obblighi in funzione integrativa della prestazione principale incidono sulla misura dell'esatto adempimento e la loro inosservanza può essere fonte di responsabilità contrattuale ai sensi dell'art. 1218 c.c. (36).

La clausola generale di buona fede è, altresì, fonte di altri obblighi (cd. obblighi di protezione (37)) che pur non essendo funzionali all'esatto adempimento, mirano a garantire che ciascun soggetto del rapporto obbligatorio, o i beni ad essi appartenenti, non subiscano danni a causa od in occasione del suo svolgimento.

Tali obblighi si caratterizzano essenzialmente per la loro autonomia, e sono suscettibili di fondare azioni, altrettanto autonome, volte ad ottenere il risarcimento dei danni derivanti dalla loro inosservanza.

A conferma di quanto rilevato, si evidenzia che nella vasta applicazione giurisprudenziale, formatasi al riguardo, il richiamo alla buona fede è stato più volte utilizzato al fine di estendere la necessaria cooperazione dovuta dalla controparte per la salvaguardia del suo interesse contrattuale anche al di là delle specifiche previsioni contrattuali.

L'obbligo di buona fede è stato ad esempio richiamato al fine di impegnare le parti ad effettuare correzioni o chiarimenti necessari a risolvere talune incertezze del rapporto contrattuale, nonché al fine di fondare un cd. "obbligo di cd. rinegoziazione delle condizioni contrattuali" divenute squilibrate a seguito di sopravvenienze in corso di rapporto.

Il riferimento alla buona fede è stato dalla giurisprudenza (38) utilizzato anche al fine di escludere l'esercizio da parte di uno dei contraenti di poteri

---

(36) Sul punto vedasi da ultimo Cass., Sez. Unite, n. 26724 del 19 dicembre 2007.

(37) Sugli obblighi di protezione, in particolare: BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, 99 ss.; BENATTI, *Osservazioni in tema di doveri di protezione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, 342 ss. CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXI, Roma, 1990; DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, artt. 1173-1176, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1988, 316.

(38) Cass. n. 12093 del 2001, secondo la quale: "l'obbligo di buona fede, correttezza e solidarietà, che è accessorio di ogni prestazione dedotta in negozio, consente alla parte interessata di conseguire ogni utilità programmata, anche oltre quelle riferibili alle prestazioni convenute, comportando esso stesso una prestazione, cui ognuna delle parti è tenuta, in quanto imposta direttamente dalla legge (art. 1374 c.c.)"; "per cui agli effetti del contratto, che discendono dalle clausole pattizie, vanno aggiunti quelli che la norma produce, in forza del rilevato principio, il quale fissa una regola di condotta, cui debbono attenersi i soggetti del rapporto obbligatorio, alla stregua di quanto dispone l'art. 1375 c.c., secondo il quale il contratto deve essere eseguito, appunto, secondo buona fede, generando doveri

o facoltà ad esso spettanti, in quanto pur trattandosi di comportamenti formalmente leciti, in relazione alle singole circostanze concrete, risultavano sostanzialmente sleali o dannosi per la controparte e, pertanto, contrari al principio di buona fede, la quale “*concorre alla formazione della regolamentazione negoziale in senso ampliativo o restrittivo, rispetto alla fisionomia apparente, in modo che l’ossequio alla legalità formale non si traduca in sacrificio della giustizia sostanziale*”.

Con specifico riguardo al caso in cui la parte del rapporto contrattuale è titolare di poteri discrezionali – come, tra l’altro, può considerarsi l’esercizio del potere di revoca di un precedente atto amministrativo da parte della P.A. nel rispetto delle condizioni di cui all’art. 21 *quinquies* della legge 241 del 1990 – è stato affermato che la buona fede obbliga all’esercizio di detti poteri secondo correttezza ed in modo da salvaguardare comunque l’utilità della controparte.

In particolare, è stato più volte ribadito che il diritto di recesso esercitato da una delle parti, pur in presenza di una giusta causa tipizzata nel contratto, non può ritenersi conforme al principio di buona fede nell’esecuzione dello stesso, qualora esso sia esercitato con modalità imprevedute ed arbitrarie o comunque tali da ledere la ragionevole aspettativa della controparte che senza colpa faceva affidamento sulla validità e sull’efficacia di tale rapporto contrattuale.

Pertanto, applicando le suddette argomentazioni al caso specifico oggetto della nostra indagine, se ne dovrebbe desumere che la revoca di un provvedimento amministrativo che incide su un connesso rapporto negoziale (sostanzialmente riconducibile ad una sorta di recesso dal contratto), seppur legittimamente disposta, non esclude in ogni caso un’eventuale responsabilità contrattuale con conseguente obbligo risarcitorio, ove sia configurabile un comportamento contrario ai canoni di buona fede e correttezza che devono necessariamente presiedere non soltanto lo svolgimento delle trattative, ma anche l’intera fase dell’esecuzione nonché quella dell’integrazione del contratto.

Se si riconosce al privato il diritto al risarcimento del danno nei casi di ingiustificata ed arbitraria interruzione delle trattative o di ingiustificato rifiuto di stipulare il contratto, ovvero ogni qual volta la P.A. mediante comportamento colposo conduca le trattative senza verificare le sue concrete possibilità di impegnarsi, non si comprende per quale motivo una siffatta tutela dovrebbe negarsi nel caso in cui la revoca dell’atto amministrativo

---

*di comportamento, la cui inosservanza costituisce inadempimento, al pari di quella riferita agli obblighi convenzionali. In tema di esecuzione del contratto la buona fede si atteggia, infatti, come un impegno di solidarietà, che impone a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere extracontrattuale del neminem laedere, siano idonei a preservare gli interessi dell’altra parte, senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico”.*

presupposto avvenga successivamente alla stipulazione di un contratto, che certamente rende ancora più “ragionevole” il legittimo affidamento riposto dal privato in un atto negoziale inizialmente valido, perfetto ed efficace.

Se si riconosce al soggetto aggiudicatario di un appalto, il diritto ad ottenere, a seguito della revoca della procedura di gara, “ *il risarcimento del danno derivante dal fatto di avere evitato la partecipazione ad altre gare, e di avere sopportato ingenti oneri in termini di investimenti non ammortizzati e di servizi bancari per il rinnovo delle fidejussioni*” (39), non si comprende perché una siffatta tutela dovrebbe negarsi all’aggiudicatario che ha già stipulato il conseguente contratto d’appalto e che oltre a tali oneri ha presumibilmente affrontato anche quelli relativi alla parziale esecuzione delle prestazioni dedotte in contratto, e sembra, pertanto, aver diritto anche al risarcimento di tali “danni ulteriori” .

La soluzione da noi prospettata sembra, tra l’altro, aver trovato conferma in una recentissima sentenza del T.A.R. Puglia (40) ove – nel ribadire il potere da parte dell’amministrazione di ritirare l’aggiudicazione di un appalto pubblico anche dopo la stipulazione del contratto, in presenza di adeguate esigenze di interesse pubblico, con la conseguente ed automatica caducazione (41) degli effetti negoziali del contratto stesso – viene effettuata un’importante distinzione ai fini della tutela risarcitoria tra “annullamento” in via di autotutela per vizi di legittimità e “revoca” degli atti di gara.

In particolare il Collegio, nell’escludere con riferimento al caso prospettato l’applicabilità dell’art. 21 *quinquies* della legge 241 del 1990 – trattandosi di un’ipotesi di annullamento per vizi di legittimità degli atti di gara – afferma espressamente che l’obbligo della P.A. di provvedere all’indennizzo dei danni subiti dal soggetto interessato in virtù della successiva revoca del

---

(39) T.A.R. Lazio sez. I *bis*, 11 luglio 2006, n. 5766, *cit.*

(40) T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 29 marzo 2007, n. 945, in *Urbanistica e appalti* n. 9/2007, 1143, con nota di MASERA.

(41) Sul punto, tra gli altri: SCOCA, *Annullamento dell’aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Foro Amm. T.A.R.*, 2007, 797 e ss.; STICCHI DAMIANI, *La caducazione del contratto per annullamento dell’aggiudicazione alla luce del codice degli appalti*, in *Foro Amm. T.A.R.*, 2006, 3719 e ss.; FRENI, *L’annullamento dell’aggiudicazione ed i suoi effetti sul negozio*, in *Dir. Amm.*, 2004, 837 e ss.; CARINGELLA, *Annullamento della procedura di evidenza a monte e sorte a valle: patologia o inefficacia*, in *Corr. Giur.*, 2004, 672 e ss.; SATTA, *L’annullamento dell’aggiudicazione e i suoi effetti sul contratto*, in *Dir. Amm.*, 2003, 645 e ss.; CERULLI IRELLI, *L’annullamento dell’aggiudicazione e la sorte del contratto*, in *Urbanistica e Appalti*, 2002, 1195; GREGO, *Accordi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, in *Dir. Amm.*, 2002, 413.

Secondo parte della dottrina, la regola della caducazione del contratto per effetto dell’annullamento dell’aggiudicazione sembra potersi dedurre *a contrario* dall’art. 246 comma 4 del D.Lgs. n. 163/2006, secondo il quale in caso di controversie relative a infrastrutture ed insediamenti produttivi la sospensione o l’annullamento dell’affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato, e il risarcimento del danno eventualmente dovuto è disposto esclusivamente per equivalente.

provvedimento amministrativo legato al contratto da un vincolo di “preordinazione funzionale” si riferisce alla sola ipotesi di “revoca legittima” di provvedimenti amministrativi ad efficacia durevole, salvo restando un’eventuale responsabilità precontrattuale della P.A. ex art. 1337 e 1338 c.c., da valutarci in virtù dell’attività complessiva dell’amministrazione pubblica.

Al riguardo preme, tuttavia, evidenziare che la sentenza richiamata ritiene che, qualora il provvedimento di “ritiro”, adottato in via di autotutela dalla P.A. successivamente alla stipulazione del contratto, è tale da risultare “ingiusto ed illegittimo”, il soggetto interessato ha diritto a richiedere il risarcimento del “danno ingiusto” da intendersi quale “elemento costitutivo della fattispecie illecita di cui all’art. 2043 c.c”, mentre secondo la tesi da noi prospettata si tratta di una ipotesi di responsabilità contrattuale per inadempimento od inesatto inadempimento riconducibile all’art. 1218 del c.c. .

#### *4. La disciplina normativa prevista dall’art. 21 nonies della legge 241 del 1990 in materia di annullamento d’ufficio.*

A conferma di quanto sin qui sostenuto, deve evidenziarsi il fatto che l’art. 21 *nonies* della legge 241 del 1990, introdotto anch’esso dalla legge n. 15 del 2005, espressamente afferma che il provvedimento amministrativo illegittimo, vale a dire adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza, “*può essere annullato d’ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall’organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge*”.

La norma in questione ha attribuito alla P.A., così come per il potere di revoca, un generale potere di annullamento d’ufficio di provvedimenti precedentemente adottati ed affetti da un vizio di legittimità (anziché di merito o di inopportunità), subordinandolo non soltanto all’effettiva esistenza di ragioni di interesse pubblico, ma altresì, alla previa comparazione tra l’interesse pubblico all’eliminazione dell’atto e i diversi interessi dei destinatari dell’atto, nonché al rispetto di un “*termine ragionevole*”.

A tal riguardo la dottrina (42), ha più volte sottolineato che la portata innovativa della norma in questione non consiste tanto nel riconoscimento da parte della legge di un potere d’annullamento d’ufficio degli atti illegittimi della P.A., già da tempo ammesso dalla giurisprudenza pressoché unanime, ma proprio nel fatto che l’avvenuto consolidamento delle posizioni giuridiche acquisite dal privato a causa del lungo tempo trascorso a seguito dell’adozione dell’atto, seppur illegittimo, comporta la prevalenza delle esigenze al mantenimento dell’atto amministrativo rispetto all’interesse pubblico concreto ed attuale alla sua rimozione.

---

(42) VIRGA, *Le modifiche ed integrazioni alla legge n. 241 del 1990 recentemente approvate. Osservazioni derivanti da una prima lettura*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), n. 1/2005; CERULLI IRELLI, *Osservazione generali sulla legge di modifica della l. n. 241 del 1990*, in [www.giust.amm.it](http://www.giust.amm.it).

Ne deriva che nell'attuale sistema l'incidenza del decorso del tempo ed il conseguente consolidarsi del legittimo affidamento riposto dal destinatario nell'efficacia dell'atto da rimuovere escludono l'annullabilità in autotutela del provvedimento, in quanto fonte di posizioni giuridiche qualificate e ormai consolidate.

In particolare, la recente giurisprudenza amministrativa ha ritenuto che *“lo stato di avanzata esecuzione di opere edilizie assentite in forza di un permesso di costruire di cui venga denunciata l'illegittimità rivela la mancanza del requisito temporale “ragionevole”, al quale l'art. 21 nonies subordina l'esercizio del potere di autoannullamento, con la conseguenza che l'interesse pubblico a realizzare un assetto urbanistico legittimo deve considerarsi recessivo di fronte all'interesse privato alla conservazione del titolo abilitativo edilizio”*.

Le stesse considerazioni risultano estendibili in linea di principio al settore degli appalti pubblici.

La giurisprudenza è, infatti, unanime nel ritenere sussistente la possibilità per l'amministrazione di rivedere un precedente provvedimento di aggiudicazione, qualora circostanze sopravvenute (ovvero un diverso apprezzamento della situazione preesistente), lo rendano opportuno, con l'obbligo di dare esplicita e puntuale contezza del potere esercitato nella motivazione (43).

Ne consegue che nei contratti della P.A. l'intervenuta aggiudicazione, quale atto conclusivo del procedimento di scelta del contraente, non preclude all'amministrazione di procedere all'annullamento dell'intera procedura di gara con atto successivo, purché adeguatamente motivato e fermo restando l'esplicito riferimento ad un preciso e concreto interesse pubblico.

Tuttavia, l'accertamento di eventuali vizi della procedura di gara (quali ad es. errate interpretazioni di norme giuridiche o di atti amministrativi, erronea ammissione di un'impresa alla selezione, erronea valutazione dell'offerta dell'aggiudicatario) non potrà condurre all'annullamento d'ufficio dell'atto finale di aggiudicazione allorché il decorso di un ragionevole lasso di tempo dall'intervenuta stipulazione del contratto e l'avanzata fase esecutiva dei lavori abbiano ormai consolidato l'affidamento dell'impresa aggiudicataria.

Unica eccezione a tale disciplina generale, resta quella rappresentata dallo speciale regime dell'annullabilità d'ufficio previsto dall'art. 1 comma 136 della legge n. 311/2004, il quale subordina all'osservanza del limite temporale di tre anni il potere di rimozione in autotutela dei provvedimenti incidenti su “rapporti contrattuali e convenzionali con i privati”, allorquando l'Amministrazione agisca allo scopo di ottenere “risparmi o minori oneri finanziari”.

Il riferimento al tempo trascorso, è da ritenersi elemento essenziale al fine di poter valutare la consistenza dell'affidamento del privato in ordine alla stabilità dell'atto e la conseguente legittimità dell'annullamento.

---

(43) Vedasi tra le altre: Cons. di Stato, 28 febbraio 2000, n. 661, in *Urbanistica e appalti*, 4/2000 con nota di Dalòimo e più di recente Cons. di Stato, 28 febbraio 2002, n. 1224, in [www.giust.it](http://www.giust.it).

Sorprende, pertanto, come tale elemento non sia stato dal legislatore ritenuto ugualmente importante nel caso di revoca dell'atto amministrativo, ove, avrebbe dovuto rivestire una rilevanza ancor più grande, in considerazione del fatto che in questo caso l'atto originariamente efficace e successivamente "rimosso" ad opera della P.A. non presenta profili di illegittimità ma di mera inopportunità.

Atteso che l'affidamento del privato in ordine alla stabilità dell'atto è, di regola, confortato dal tempo che passa, sarebbe stato necessario – nell'ambito di una norma che fissa i criteri di quantificazione dell'indennizzo in caso di revoca di provvedimenti incidenti su rapporti negoziali – specificare, almeno, che la misura di tale indennizzo dipende anche dal tempo trascorso dall'emanazione del provvedimento, il quale in ogni caso non può superare un ragionevole periodo.

Si potrebbe, altresì, ritenere che l'adozione di un provvedimento di revoca, in conformità ai presupposti e alle condizioni di cui all'art. 21 *quinquies* della legge 241/1990, ma successivamente al decorso di un ragionevole periodo di tempo dalla sua adozione – da valutarsi concretamente in relazione al tipo di provvedimento, al rapporto negoziale sul quale influisce, e alla conseguente situazione giuridica soggettiva sorta e consolidatasi in capo al privato – configura, pur in assenza di un'espressa previsione normativa al riguardo, un caso concreto di responsabilità della P.A. per violazione dei fondamentali canoni di correttezza e buona fede, che comportano una risarcibilità del danno nei confronti del privato non limitato al solo danno emergente.

A conferma di quanto sostenuto è opportuno ricordare che l'orientamento consolidato della Corte di Giustizia (44), pur affermando il principio generale della revocabilità anche con effetti retroattivi degli atti amministrativi illegittimi, assoggetta tale potere di autotutela ad una serie di rigorosi presupposti e condizioni.

In particolare, si ritiene che anche in presenza di un provvedimento illegittimo il principio di legalità dell'azione amministrativa deve essere contemperato con quelli della certezza del diritto e della tutela dell'affidamento legittimo. E più in generale la Corte di Giustizia difende con rigore il cd. modello dello "Stato di diritto" codificato dall'art. 6 del Trattato dell'Unione Europea.

Nelle pronunce più risalenti, i criteri di composizione di tali diversi principi sono stati elaborati tenendo conto della distinzione tra provvedimenti costitutivi e atti dichiarativi.

Con specifico riguardo ai primi, la Corte di Giustizia ha fissato la regola per cui la revoca *ex tunc* è legittima solo ove intervenga in un "periodo di

---

(44) Vedasi al riguardo: G.C.E., sentenza 13 luglio 1965, *Lemmerz-Werke c. Alta Autorità*, causa 111/63, in *Raccolta* 1965, 972; sentenza 3 marzo 1982, *Alpha Steel c. Commissione*, causa 14/81, in *Raccolta* 1982, 749; sentenza 26 febbraio 1987, *Consorzio Cooperative. D'Abruzzo c. Commissione*, causa 15/85, in *Raccolta* 1987, 1005, punti 12-17; sentenza 20 giugno 1991, *Cargill c. Commissione*, causa C-248/89, in *Raccolta* 1991, I-2987, punto 20; sentenza 17 aprile 1997, *De Compte c. Parlamento*, in causa C-90/95, in *Raccolta* 1997, I-1999, punto 35; Tribunale di primo grado, sentenza *Mellet, cit.*, punti 120-121.

tempo ragionevole” dalla data di adozione dell’atto oggetto di riesame. Conseguentemente nel caso in cui tale periodo è da ritenersi trascorso, la garanzia della certezza del diritto e dell’affidamento legittimo del beneficiario prevalgono sull’interesse alla rimozione della misura illegittima.

Per quanto riguarda, invece, il ritiro *ex nunc* degli atti illegittimi, la stessa giurisprudenza (45) ha escluso la libera revocabilità degli atti costitutivi, sulla base dell’affermazione per cui l’esercizio del potere di riesame è subordinato, anche in tal caso, al rispetto del principio del legittimo affidamento e deve intervenire entro un lasso di tempo ragionevole.

Tali principi, inizialmente elaborati dalla giurisprudenza europea con specifico riferimento ai soli atti amministrativi costitutivi di specifiche situazioni giuridiche soggettive nei confronti del destinatario, sono stati successivamente estesi a qualsiasi tipologia di atto illegittimo, stabilendo la regola consolidata secondo la quale la revoca è subordinata al trascorrere di un periodo di tempo ragionevole ed al rispetto del legittimo affidamento del destinatario del provvedimento.

Il trascorrere di un ragionevole periodo di tempo, è stato configurato quale limite al potere di revoca persino nelle ipotesi in cui gli interessati erano coscienti del venir meno dei presupposti di fatto o di diritto su cui si fondava il provvedimento attributivo della loro specifica posizione di vantaggio, con l’unica eccezione concernente il caso di provvedimento adottato in palese violazione della normativa vigente.

I suddetti principi elaborati dalla Corte di Giustizia con riferimento al “ritiro” degli atti amministrativi illegittimi dovrebbero valere – a nostro modesto avviso – non soltanto nel caso di annullamento, ma a maggior ragione nel caso di revoca di atti, il cui unico vizio consiste nel fatto di non rappresentare più, per sopravvenuti mutamenti della situazione di fatto, “*il migliore modo di provvedere alla cura dell’interesse pubblico di cui l’amministrazione è affidataria*”.

In conclusione, se l’affidamento generato nel destinatario dell’atto è considerato di regola prevalente rispetto alla cura dell’interesse pubblico, qualora sia decorso un ragionevole lasso di tempo, nonostante sia stata violata la legalità dell’ordinamento giuridico, a maggior ragione tale interesse dovrebbe considerarsi prevalente, alle stesse condizioni, qualora non vi sia alcuna violazione della legalità statutaria.

##### 5. La risoluzione degli accordi ex art. 11 della legge 241 del 1990.

Un’ulteriore conferma dell’inadeguatezza della disciplina normativa di cui all’art. 21 *quinquies* della legge 241 del 1990 – avuto riguardo alle ipotesi di revoca del provvedimento amministrativo disposta dalla P.A. a segui-

---

(45) Cfr. le citate sentenze *Simon e Hoogovens*, e, in termini ancora più perentori, la sentenza 23 giugno 1976, *Elz c. Commissione*, causa 56/75, in *Raccolta* 1977, pp. 1097 ss., punti 18-20.

to della conclusione del contratto – risulta effettuando un raffronto con la diversa disciplina prevista dall'art. 11 della stessa legge in merito ai cd. "accordi tra P.A. e privati".

In particolare, il suddetto art. 11 consente all'amministrazione di "*concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo*".

Si tratta di accordi procedimentali con cui la P.A. ed il privato concordano il contenuto del provvedimento amministrativo ovvero di accordi sostitutivi dello stesso provvedimento finale.

Tali accordi devono essere stipulati, a pena di nullità, per atto scritto, salvo che la legge disponga altrimenti ed ad essi si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili.

Secondo l'orientamento maggioritario (46), nonostante il richiamo ai principi del codice civile, tali accordi sono dotati di una caratterizzazione pubblicistica e costituiscono essenzialmente una modalità consensuale di esercizio del potere amministrativo.

Stando ad una diversa tesi di stampo privatistico, si tratterebbe, invece, di accordi di natura negoziale, caratterizzati da una posizione di tendenziale parità tra le parti, ai quali si applica in parte la disciplina dei contratti ed in parte quella propria del provvedimento che essi sostituiscono.

Ciò che maggiormente interessa ai fini del presente lavoro, è il fatto che la legge espressamente riconosce alla P.A. il potere di recedere unilateralmente dall'accordo concluso con il privato "*per sopravvenuti motivi di pubblico interesse*" e "*salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato*".

Nonostante il riferimento letterale al diritto potestativo di recesso, trattandosi di accordi sostitutivi di provvedimenti amministrativi, il recesso dagli stessi da parte della P.A. costituisce, in realtà, l'esercizio del potere di autotutela su una precedente determinazione pubblicistica anche se adottata con modalità consensuale.

Il recesso dall'accordo appare assimilabile alla revoca di cui all'art. 21 *quinquies*, dalla quale si differenzia in relazione a due elementi essenziali: 1) il recesso a differenza della revoca può essere legittimamente esercitato solo per sopravvenuti motivi di pubblico interesse e non anche in ragione di una "mera rivalutazione" dell'originario interesse pubblico; 2) l'indennizzo riconosciuto al privato per il pregiudizio eventualmente subito non è limitato, come accade con riferimento alla revoca dell'atto amministrativo, al solo danno emergente ma è genericamente commisurato al pregiudizio in concreto verificatosi in danno del privato.

---

(46) Cons. di Stato, sez. V, 24 ottobre 2000, n. 5710, in *Cons. Stato*, 2000, I, 2313 e ss.

Pertanto, la P.A. può, successivamente alla stipulazione di un accordo sostitutivo, esercitare il potere di recesso unilaterale solo a condizione che siano sopravvenuti nuovi elementi di fatto e/o di diritto rispetto a quelli esistenti al momento della stipulazione, tali da rendere necessaria una nuova sistemazione degli interessi in gioco. Ed anche in tal caso, la legge si preoccupa di garantire la posizione del privato ed, in particolare, il “legittimo affidamento” da esso riposto nella validità e nella stabilità dell’accordo, assicurandogli la liquidazione economica del pregiudizio sofferto a seguito del recesso.

Dato il silenzio della legge sul punto, la determinazione dell’esatto ammontare di tale indennizzo e la sua eventuale assimilazione al risarcimento del danno è rimessa alla valutazione del giudice senza alcuna limitazione inderogabilmente imposta dalla legge.

A giustificazione della rilevata differente disciplina normativa prevista dalla stessa legge generale sul procedimento amministrativo con riferimento a due ipotesi del tutto assimilabili circa gli effetti prodotti nei confronti del privato interessato – quali in effetti sono il recesso di cui all’art. 11 e la revoca di cui all’art. 21 *quinquies* – si è affermato in dottrina (47) che “*tale diversità si spiega alla luce della maggiore solidità dell’affidamento riposto nei vincoli pattizi, rispetto a quelli unilaterali.*”

A nostro modesto avviso, tale giustificazione non può ritenersi condivisibile con riferimento ai casi in cui la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole od istantanea incide su un conseguente o connesso rapporto negoziale.

In questi casi la revoca dell’atto amministrativo comporta, altresì, la conseguente “caducazione” del contratto che accede ad esso (es. contratto stipulato a seguito di concessione amministrativa) o ad esso è legato da un nesso di necessaria presupposizione (contratto di appalto stipulato a seguito di un provvedimento di aggiudicazione). E l’affidamento riposto dai privati, in merito alla validità ed alla stabilità del vincolo pattizio stipulato con la P.A. a seguito dell’adozione dell’atto amministrativo poi revocato, non può certo ritenersi connotato da una minore solidità rispetto a quello riposto nella validità dell’accordo sostitutivo del provvedimento, avente ugualmente natura contrattuale.

Sembra, pertanto, sussistere un’ingiustificata disparità di trattamento tra due fattispecie sostanzialmente equiparabili sotto il profilo della lesione e della conseguente tutela del legittimo affidamento riposto dal privato.

Occorre, peraltro, tener presente che secondo il diritto comunitario i principi dettati in materia di appalti e concessioni pubbliche comportano oltre alla armonizzazione procedurale dei procedimenti di attribuzione dell’appalto, anche l’armonizzazione sostanziale dell’appalto attribuito, definito sempre come contratto e cioè come negozio autonomo e non “accessivo”.

---

(47) CARINGELLA, *Il contratto*, Giuffrè, 2007, 660.

6. *La riduzione dell'indennizzo conseguente alla "conoscenza o conoscibilità da parte del privato della contrarietà dell'atto all'interesse pubblico".*

Ulteriori perplessità suscita la previsione secondo la quale l'indennizzo va liquidato tenendo conto della "conoscenza o della conoscibilità da parte del privato della contrarietà dell'atto all'interesse pubblico".

Un primo aspetto critico concerne il fatto che una siffatta conoscenza da parte del privato può aversi soltanto nel caso in cui la revoca del provvedimento ad efficacia durevole od istantanea consegua ad una "nuova valutazione dell'interesse pubblico originario" ed abbia ad oggetto un atto originariamente contrario all'interesse pubblico.

La norma non sembra applicabile alle restanti ipotesi di revoca rispettivamente disposte o "per sopravvenuti motivi di pubblico interesse" ovvero "per mutamento della situazione di fatto", in quanto la conoscenza o conoscibilità da parte del privato deve concernere un "vizio" già esistente e deve necessariamente valutarsi al momento dell'effettiva adozione dell'atto, o al massimo, nel caso di atto presupposto per la stipulazione di un successivo contratto, al momento della conclusione di quest'ultimo.

Soltanto in tal caso, poiché la corresponsione dell'indennizzo nei confronti del privato è essenzialmente finalizzata al ristoro del pregiudizio da lui subito per aver fatto affidamento senza alcuna colpa sulla validità e sull'efficacia dell'atto revocato, la conoscenza o la conoscibilità della contrarietà dell'atto all'interesse pubblico giustificerebbe la decurtazione dell'indennizzo prevista dalla norma.

A nostro giudizio, sembra plausibile che tale conoscenza o conoscibilità debba accertarsi secondo la normale diligenza che era da attendersi in relazione alle circostanze, al contenuto dell'atto, alla natura del rapporto ed in particolare alle qualità del soggetto privato. Di regola la diligenza richiesta, è, infatti, quella del buon padre di famiglia, vale a dire dell'uomo medio, o meglio del cittadino avveduto che vive in un determinato ambiente sociale, economico e culturale.

Maggiore potrà eventualmente essere il grado di diligenza richiesta nel caso in cui il privato sia un professionista che agisce nell'ambito della propria attività professionale ed in un settore di cui conosce le regole, gli interessi coinvolti, e le connesse responsabilità pubbliche e private; in tal caso la valutazione concernente la conoscibilità della contrarietà dell'atto all'interesse pubblico potrà effettuarsi secondo il criterio della diligenza professionale.

In sostanza, l'indagine sulla ricorrenza della riconoscibilità si risolve un'indagine sulla buona fede del contraente privato, che essendo relativa ad uno stato soggettivo, viene ricavata in genere attraverso la valutazione di circostanze estrinseche e attraverso l'utilizzazione di elementi induttivi e presuntivi.

Particolarmente ostico risulta, in ogni caso, riuscire a dare la prova sul piano applicativo che il privato conosceva (o poteva conoscere) la contrarietà dell'atto all'interesse pubblico, in quanto nell'ipotesi di revoca di un atto amministrativo, a differenza di quanto accade nel diverso caso di annullamento, non viene in rilievo un vizio di legittimità dell'atto, quale l'incompe-

tenza, la violazione di legge o l'eccesso di potere, ma un vizio di merito o di inopportunità dello stesso.

La scelta relativa al modo più opportuno di provvedere alla cura dell'interesse pubblico di cui l'amministrazione è affidataria, tenendo in adeguata considerazione gli ulteriori interessi pubblici e privati coinvolti nel procedimento, costituisce, infatti, la tipica espressione del cd. "merito amministrativo".

E poiché tale scelta di merito rappresenta una prerogativa primaria ed esclusiva della P.A. sottratta di regola a qualsiasi sindacato da parte di soggetti terzi, ivi compreso lo stesso giudice amministrativo, ipotizzare, come fa la norma in esame, che il privato possa conoscere il vizio di merito che affligge l'atto revocato, significa ammettere che anche questi abbia le capacità e le competenze per valutare la conformità all'interesse pubblico della scelta amministrativa, il che sembra scontrarsi con l'esclusività e l'insindacabilità del cd. "merito amministrativo".

Dal punto di vista del diritto costituzionale tale prospettiva potrebbe, tra l'altro, giustificarsi solo in un modello di Stato ispirato al principio di sussidiarietà orizzontale e non della c.d. integrazione politica (es. partenariato pubblico-privato).

#### *7. La riduzione dell'indennizzo per concorso colposo del privato.*

La norma prevede un'ulteriore diminuzione dell'indennizzo commisurato al solo danno emergente nel caso in cui il privato abbia concorso con il suo comportamento a determinare l'erronea valutazione della P.A. circa la compatibilità dell'atto adottato con l'interesse pubblico.

Stando ai primi commenti espressi in merito a tale nuova previsione legislativa, essa non avrebbe fatto altro che richiamare espressamente la disciplina civilistica di cui al comma 1 dell'art. 1227 c.c. secondo cui "*se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate*".

L'orientamento giurisprudenziale attualmente prevalente ritiene che il comma 1 dell'art. 1227 c.c., concernente il cd. "concorso di colpa del danneggiato" richiede una cooperazione attiva da parte di quest'ultimo.

Pertanto, il risarcimento del danno deve essere proporzionalmente ridotto in ragione dell'entità percentuale dell'efficienza causale del comportamento del danneggiato, atteso che il danno che taluno arreca a sé medesimo non può essere posto a carico dell'autore della causa concorrente, sia per il principio che il risarcimento va proporzionato all'entità della colpa di ciascun concorrente, sia per l'esigenza di evitare un indebito arricchimento.

Secondo la prevalente dottrina civilistica (48) il fondamento del principio risiede nell'esigenza che al danneggiante non faccia carico il danno per quella parte di esso che non è a lui causalmente imputabile.

---

(48) BIANCA, *Diritto Civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1994, 137 e ss.

Una diversa opinione (49) riporta il principio sul piano della responsabilità o più precisamente dell'autoresponsabilità del soggetto.

In ogni caso, la colpa del danneggiato non deve intendersi come criterio d'imputabilità del fatto illecito, in quanto il soggetto che danneggia o concorre a danneggiare se stesso non compie alcun illecito. La colpa costituisce piuttosto un requisito legale della rilevanza causale del fatto.

Da ciò consegue che in presenza di un comportamento non colposo prevale l'esigenza che il danneggiato sia integralmente risarcito del danno subito.

Nel determinare la diminuzione del risarcimento, inoltre, occorre tener conto della gravità della colpa e dell'entità delle conseguenze derivatene.

La prova del concorso spetta, infine, al danneggiante, trattandosi di circostanza che esclude o limita la pretesa del danneggiato.

Ciò premesso in ordine alla vigente disciplina civilistica – che, tra l'altro, inserisce il concorso di responsabilità nell'ambito del risarcimento del danno conseguente all'inadempimento contrattuale – deve necessariamente rilevarsi che il nuovo art. 21 *quinquies* applica, in realtà, il principio in esame ad un ambito giuridico sostanzialmente diverso da quello previsto dal codice civile.

Con riferimento al suddetto articolo, il concorso di responsabilità del danneggiato vale a ridurre ulteriormente l'indennizzo a lui spettante, nel caso di revoca di un precedente atto amministrativo, qualora egli con il suo comportamento abbia concorso a determinare l'erronea valutazione della P.A. circa la compatibilità dell'atto adottato con l'interesse pubblico.

Ma questo è possibile solo quando la P.A. opera esclusivamente "*iure privatorum*" applicandosi il concetto civilistico di causa cioè di funzione economico-sociale del contratto stesso. In tal caso, infatti, il negozio deve essere preceduto da apposita determinazione comune.

La norma, inoltre, a differenza di quanto si legge nell'art. 1227 c.c., non parla espressamente di un comportamento imputabile al danneggiato "*almeno a titolo di colpa*", ma deve ragionevolmente presumersi che anche in questo caso la colpa rappresenti un indispensabile requisito legale di rilevanza causale. Ciò anche alla luce del consolidato orientamento della giurisprudenza comunitaria, che ha più volte affermato il principio dell'"incondizionata revocabilità degli atti amministrativi", sebbene legittimi e creatori di posizioni soggettive favorevoli, nei casi in cui gli stessi sono stati adottati sulla base di false o incomplete informazioni fornite fraudolentemente dalle parti interessate. In particolare, la revocabilità incondizionata dell'atto amministrativo trova qui una sua ragionevole giustificazione nel fatto che il comportamento doloso dell'interessato, vale ad escludere *ab origine* la formazione in capo ad esso di un qualsiasi legittimo affidamento.

Al contrario, nel caso in cui le informazioni (e/o i documenti) false o incomplete siano state fornite senza un intento fraudolento da parte dell'interessato (come avviene ad es. nel caso di comportamento negligente) la

---

(49) PUGLIATTI, *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 458.

stessa giurisprudenza ritiene che la revoca dell'atto amministrativo debba essere subordinata alla previa valutazione della buona fede e del conseguente legittimo affidamento riposto nell'atto.

In ordine al campo di applicazione della norma in questione si pone un ulteriore problema. Dal tenore letterale utilizzato dal legislatore, sembra che essa possa trovare applicazione solo con riferimento ad una delle tre diverse ipotesi di revoca, previste dal comma 1 dell'art. 21 *quinquies*, vale a dire la revoca determinata da una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario.

La norma, nel fare riferimento ad un eventuale concorso del destinatario nell'erronea valutazione in cui è incorsa la P.A. in merito alla compatibilità del provvedimento adottato con l'interesse pubblico, presuppone che la revoca sia essenzialmente dovuta ad "inopportunità originaria dell'atto" e non anche a "sopravvenuti motivi di interesse pubblico" o "di mutamento della situazione di fatto". Ciò in quanto, con riferimento a tali ipotesi, non è neppure ipotizzabile un concorso di responsabilità da parte del danneggiato, trattandosi di sopravvenienze da lui non conosciute o conoscibili al momento dell'adozione dell'atto a lui favorevole.

Quest'ulteriore limitazione del campo di applicazione della norma soltanto ad una delle particolari tipologie di revoca contemplate dal primo comma dell'art. 21 *quinquies* dà luogo a talune perplessità interpretative in merito alla determinazione dell'indennizzo da corrispondere nelle restanti ipotesi in cui non è configurabile alcuna "attenuazione" del legittimo affidamento riposto dal privato nella validità e nell'efficacia della situazione giuridica a lui favorevole scaturita dall'adozione dell'atto successivamente rimosso.

Due sembrano a nostro avviso le possibili interpretazioni al riguardo.

Può ritenersi che l'indennizzo, anche nei casi di "sopravvenuti motivi di interesse pubblico" o "di mutamento della situazione di fatto", sia comunque limitato al solo danno emergente; utilizzando la stessa soluzione che, in realtà, avevamo ipotizzato anche per le ipotesi – ugualmente non espressamente disciplinate – in cui la revoca riguarda un provvedimento che incide su un semplice rapporto amministrativo e non anche su un conseguente rapporto negoziale.

In tal caso, avevamo ritenuto la soluzione come l'unica possibile, in quanto diversamente considerando l'indennizzo come comprensivo anche dell'eventuale lucro cessante si creerebbe un'ingiustificata disparità di trattamento, per lo più a favore della situazione giuridica che crea nel privato un affidamento certamente meno forte rispetto a quello che nasce da un provvedimento ma si consolida definitivamente in un conseguente atto negoziale, in cui la P.A. agisce su un piano di parità e secondo i principi e le responsabilità proprie del diritto privato.

In base alle suddette argomentazioni, è possibile ritenere che nel caso di revoca disposta per "sopravvenienze" – sia che essa riguardi provvedimenti che incidono su semplici rapporti amministrativi sia che riguardi provvedimenti che incidono su rapporti negoziali – l'indennizzo spettante al destinatario dell'atto revocato è comunque limitato al solo danno emergente,

senza che sia, però, possibile alcuna ulteriore “riduzione” dello stesso, di fatto riferibile alle sole ipotesi di revoca disposta per originaria inopportunità dell’atto.

Stando ad una diversa interpretazione la nuova disposizione introdotta dall’art. 12, comma 4, del D.L. 31 gennaio 2007, n. 7 – che limita l’ammontare dell’indennizzo al solo danno emergente – sarebbe, invece, applicabile alla sola revoca per originaria inopportunità dell’atto, limitatamente alla quale una siffatta riduzione, troverebbe una giustificazione nel fatto che una corretta valutazione dell’interesse pubblico operata inizialmente dalla P.A. avrebbe impedito l’iniziale adozione del provvedimento da cui è scaturita sia la situazione di vantaggio sia il conseguente affidamento del privato. E poiché di regola, un’erronea valutazione degli interessi pubblici e privati connessi ad un determinato procedimento amministrativo dipende dalle informazioni, dai dati, dai documenti ed in generale dagli elementi di giudizio acquisiti non soltanto d’ufficio, ma forniti, altresì, su iniziativa dei soggetti destinatari e degli eventuali controinteressati all’adozione dell’atto, si comprenderebbe l’ulteriore riduzione dell’indennizzo prevista nei casi di conoscenza o conoscibilità della contrarietà all’interesse pubblico e di concorso colposo all’erronea valutazione.

Contro una siffatta interpretazione – riferibile ai soli casi di revoca per originaria inopportunità dell’atto – osta, però, il tenore letterale dell’ultimo periodo dell’art. 21 *quinquies* che espressamente richiama la revoca di cui al comma 1 dello stesso articolo, e conseguentemente tutte le diverse ipotesi in esso contemplate.

Deve, tuttavia, rilevarsi che la soluzione da ultima prospettata, seppur non conforme al dettato normativo, sarebbe quella più coerente anche con riferimento al diverso regime previsto dall’art. 11 della stessa legge 241 del 1990, in relazione ai cosiddetti accordi sostitutivi di provvedimenti amministrativi, per i quali – come precedentemente illustrato – la legge si preoccupa di garantire il legittimo affidamento riposto dal privato, mediante la corresponsione di un indennizzo, il cui ammontare non viene ad essere, affatto, predeterminato e limitato al solo danno emergente ma viene rimesso al prudente apprezzamento dei giudici, ai quali spetta determinarlo in via equitativa.

#### *8. La riduzione dell’indennizzo per concorso di soggetti diversi dal danneggiato.*

Un ulteriore aspetto critico della norma in esame è quello concernente il riferimento all’eventuale concorso di “altri soggetti” – vale a dire di soggetti diversi dal contraente e/o destinatario del provvedimento revocato – che con il loro comportamento hanno contribuito a determinare l’erronea valutazione in cui è incorsa la P.A. circa l’originaria compatibilità dell’atto revocato con l’interesse pubblico.

Stando al tenore letterale della disposizione sembrerebbe che l’eventuale induzione in errore da parte del terzo, debba essere valutata dall’amministrazione al fine di determinare un’ulteriore riduzione dell’indennizzo spettante al privato.

Tuttavia, partendo dal presupposto in base al quale la funzione propria del suddetto indennizzo consiste essenzialmente nel “remunerare” in qualche modo l’incolpevole affidamento generato nel privato a seguito dell’adozione dell’atto successivamente revocato, l’ulteriore riduzione di tale indennizzo può trovare una plausibile giustificazione soltanto nel caso in cui il soggetto terzo sia un ausiliario del contraente ai sensi dell’art. 1228 c.c., ovvero un soggetto ad esso legato da un vincolo di subordinazione, seppur occasionale o temporaneo, ed assoggettato al suo potere di direzione e sorveglianza ai sensi dell’art. 2049 c.c. e la cui condotta sia comunque imputabile almeno a titolo di colpa.

Nel diverso caso in cui il soggetto terzo non sia legato al contraente e/o destinatario dell’atto revocato da alcun rapporto riconducibile ad una delle suddette ipotesi normative, un’ulteriore diminuzione dell’indennizzo non sembra trovare alcuna ragionevole e plausibile giustificazione in base ai principi e alle norme della responsabilità civile.

Il contraente e/o destinatario del provvedimento amministrativo è completamente estraneo all’azione del terzo che induce in errore l’amministrazione, e ciò in quanto la condotta colposa o dolosa di quest’ultimo si svolge completamente al di fuori della sua sfera di conoscenza e di controllo.

A tal riguardo appare opportuno evidenziare che la condotta del terzo che con il suo comportamento induce in errore la P.A. in ordine alla valutazione della compatibilità del provvedimento con l’interesse pubblico di cui la stessa è affidataria, qualora si accompagni ad artifici o raggiri, potrebbe integrare gli estremi del dolo di cui all’art. 1435 c.c., il quale è, però, giuridicamente rilevante (potendo determinare l’annullamento del contratto) nel caso di dolo del terzo, solo se conosciuto dal contraente che ne ha tratto vantaggio.

Ebbene, considerato che il comportamento del terzo che induce la P.A. in errore in ordine alla valutazione dell’interesse pubblico, qualora sia doloso, integra una condotta che si avvicina molto alla fattispecie del dolo negoziale, potrebbe eventualmente ipotizzarsi che il concorso del terzo possa incidere sul *quantum* dell’indennizzo solo se il contraente e/o destinatario del provvedimento favorevole ne era a conoscenza.

Una diversa interpretazione della norma in esame – ugualmente utile al fine di impedire che il destinatario dell’atto revocato, sia costretto a subire un’ulteriore quanto ingiusta riduzione dell’indennizzo a lui spettante, pur in assenza di un comportamento a lui imputabile almeno a titolo di colpa, e pertanto, a titolo di mera responsabilità oggettiva – consiste nel consentire a quest’ultimo l’esercizio dell’azione risarcitoria *ex art.* 2043 c.c. nei confronti del terzo che con il proprio comportamento ha determinato l’ingiusta riduzione dell’indennità a lui spettante, a seguito della revoca disposta dall’amministrazione.

Il problema troverebbe, in realtà, facile soluzione qualora si accedesse a quel particolare orientamento giurisprudenziale che – nel tentativo di pervenire in sede aquiliana ad una piena tutela del patrimonio – ha ravvisato nell’art. 41 della Costituzione il fondamento del cd. “diritto all’integrità del patrimonio”, attribuendo di fatto rilevanza giuridica alla perdita patrimoniale.

le in sé e per sé considerata, e quindi a prescindere dalla lesione di una situazione giuridica soggettiva, previamente attribuita al danneggiato.

La Cassazione in diverse sue pronunce ha identificato il suddetto diritto all'integrità del patrimonio con il "*diritto a determinarsi liberamente nello svolgimento dell'attività negoziale relativa al patrimonio (costituzionalmente garantito entro i limiti dell'art. 41 Cost.) facendo ragionevole affidamento sulla veridicità delle dichiarazioni da chiunque rese e comunque concernenti quell'attività e senza essere pregiudicato da dichiarazioni rese per dolo o per colpa ( in violazione dei doveri inderogabili di solidarietà sociale predicati dall'art. 2 della Cost.)*".

In realtà, conformemente a quanto rilevato da autorevole dottrina (50), si nutrono forti perplessità in merito alla possibilità di un'applicazione diretta dell'art. 41 della Cost., facendone derivare una situazione giuridica soggettiva consistente in un "preteso interesse all'integrità del patrimonio".

Ciò in quanto: 1) la norma costituzionale in questione concerne essenzialmente i rapporti tra i cittadini e lo Stato; 2) nei rapporti tra i privati essa opera essenzialmente come garanzia costituzionale della libertà di concorrenza.

Ragionando diversamente, ci sembra possibile affermare che nel caso in cui il fatto colposo o doloso di un soggetto "terzo" abbia concorso a determinare l'erronea valutazione della P.A. che è causa del successivo annullamento dell'atto originariamente adottato, esso rileva in maniera efficiente ai fini della determinazione dell'evento lesivo del legittimo affidamento del destinatario dell'atto, da cui scaturisce il conseguente diritto ad un equo indennizzo nei confronti dello stesso.

L'ingiustizia del danno cagionato dal terzo consiste nella lesione di quella particolare situazione soggettiva, rappresentata dal cd. legittimo affidamento del destinatario dell'atto in merito alla validità ed all'efficacia dello stesso, che trova il suo fondamento normativo e la conseguente rilevanza giuridica proprio nel nuovo comma 1 *bis* dell'art. 21 della legge 241 del 1990.

Una volta ravvisata nella lesione del suddetto legittimo affidamento l'ingiustizia del danno richiesta ai fini della responsabilità di cui all'art. 2043 c.c., non sembrano esservi ostacoli al fine di poter configurare l'esistenza di un conseguente danno risarcibile ove si sia verificata – ai danni del contraente e/o destinatario del provvedimento annullato dalla P.A. – una perdita economica riconducibile (in tutto o in parte) al comportamento colposo o doloso di soggetto "terzo".

A tal fine, sarà però necessario che la P.A. dia conto – nella motivazione dell'atto con cui riconosce all'interessato un indennizzo in misura ridotta rispetto all'ammontare complessivo del danno emergente – dell'errore di valutazione in cui è incorsa dato il concorrere di un comportamento imputabile a soggetti terzi.

---

(50) C. SCOGNAMIGLIO, voce *Ingiustizia del danno*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XVI, Roma, 1990.

In conclusione appare importante evidenziare che, anche aderendo alla soluzione da noi proposta, la norma rappresenta comunque un'evidente eccezione alla responsabilità solidale di cui all'art. 2055 c.c., in base alla quale se il danno è imputabile a più soggetti, ciascuna è responsabile per l'intero nei confronti del danneggiato.

Poiché siffatta norma è ritenuta applicabile anche nel caso in cui taluno degli autori del danno risponde a titolo contrattuale ed altri a titolo extracontrattuale, una corretta formulazione dell'art. 21 *quinquies*, conforme al principio civilistico di cui all'art. 2055 c.c., avrebbe dovuto prevedere che, nel caso di concorso del fatto del terzo, la P.A. è in ogni caso tenuta a corrispondere l'intero indennizzo nei confronti del destinatario dell'atto revocato, potendo essa agire in regresso nei confronti del terzo (co)responsabile nella misura determinata dalla gravità della rispettiva colpa.

Considerando che il fondamento della regola della responsabilità solidale – già enunciata nel precedente codice del 1865, e ribadita con maggior vigore in quello attualmente vigente – risiede in un'essenziale funzione di garanzia del creditore, al quale è in tal modo consentito di ottenere comunque l'integrale risarcimento del danno, essa costituisce un evidente rafforzamento legale del rimedio del risarcimento del danno, la cui esclusione nel caso di specie può ritenersi legittima soltanto ove sia possibile rinvenire una qualche plausibile e ragionevole motivazione.

In realtà, una qualche giustificazione del diverso regime normativo previsto nel caso oggetto della nostra indagine, seppur non del tutto convincente, può ravvisarsi nel fatto che ove la revoca dell'atto amministrativo sia stata legittimamente adottata nel rispetto dei limiti e delle condizioni previste dall'art. 21 *quinquies*, nonché nel rispetto dei principi di buona fede e correttezza contrattuale, qualora l'atto revocato incida su rapporti negoziali, non viene in rilievo il risarcimento di un danno conseguente ad un fatto illecito, ma un indennizzo derivante da fatto lecito della P.A..

#### *9. Profili di dubbia costituzionalità del comma 1 bis dell'art. 21 quinquies della legge 241 del 1990.*

In conclusione, appare necessario evidenziare che la soluzione da noi avallata nel presente lavoro – secondo la quale nel caso di sussistenti rapporti negoziali tra la P.A. ed il soggetto privato la revoca dell'atto amministrativo, seppur disposta nel rispetto delle condizioni previste dalla legge e formalmente legittima può, tuttavia, risultare non conforme ai canoni di “correttezza e buona fede” che anche l'amministrazione, come qualsiasi altro contraente, è tenuta ad osservare nel momento in cui agisce secondo gli strumenti, le regole e le conseguenti responsabilità proprie del diritto privato – consente, in sostanza, di limitare la corresponsione del mero “indennizzo commisurato al danno emergente” ai soli casi di cd. “responsabilità per fatto lecito da parte della A”, lasciando ampi spazi di applicazione al vero e proprio risarcimento del danno in favore del privato, qualora siano configurabili gli estremi di una responsabilità contrattuale secondo le norme proprie del diritto civile.

Pertanto, ove la revoca dell'atto amministrativo sia in concreto esercitata secondo modalità tali da integrare gli estremi di una responsabilità precontrattuale *ex art. 1337 c.c.*, ovvero di una responsabilità per inadempimento per violazione degli obblighi di buona fede integrativa di cui all'art. 1375 c.c., il privato ha diritto non al semplice indennizzo, ma al risarcimento del danno subito.

In sostanza, trattasi di una lettura costituzionalmente orientata della norma in esame, a nostro modesto avviso, unica lettura possibile al fine di evitarne un giudizio di illegittimità costituzionale per ingiustificata disparità di trattamento tra contraente pubblico e contraente privato e conseguente violazione dell'art. 3 della Costituzione.

E ciò soprattutto alla luce della recente introduzione nel corpo della legge n. 241 del 1990 di un nuovo art. 1 comma 1 *bis* (avvenuta ad opera della legge 15 del 2005), il quale, in particolare, dispone che “*La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*”.

La disposizione, che si inserisce nell'ambito delle recenti tendenze di privatizzazione volte a sottrarre parte delle connotazioni pubblicistiche tipiche dell'amministrare, consente alla P.A. di operare, anche per la realizzazione dei suoi compiti istituzionali e la conseguente realizzazione degli interessi pubblici di cui è affidataria, secondo le norme e i principi propri del diritto privato.

Parte della dottrina (51) ha ravvisato nel nuovo comma 1 *bis* dell'art. 1 della legge 241 del 1990 una fondamentale scelta culturale ed istituzionale operata dall'ordinamento italiano, in quanto essa tende a sostituire al tradizionale rapporto gerarchico, espressione di una concezione autoritaria e statalistica dei pubblici poteri, un diverso rapporto paritario e collaborativo tra i cittadini e le amministrazioni.

In particolare, è stato da più parti rilevato che la disposizione in esame – lì ove privilegia come strumento giuridico di formazione del rapporto tra P.A. e cittadino, lo strumento privatistico – ha l'importante funzione di garantire ai soggetti privati una maggiore tutela dei propri interessi, in quanto fondata su un “accordo” regolato dalle norme e dai principi propri del codice civile.

Resta fermo il fatto che l'attività della P.A. anche se formalmente connotata da aspetti civilistici, deve pur sempre rispettare il generale criterio di adeguata tutela dell'interesse pubblico, senza per questo trasformarsi in un'attività di carattere autoritativo.

In realtà, anche prima della sua formale consacrazione nel comma 1 *bis* dell'art. 1 della legge generale sul procedimento amministrativo, poteva ritenersi principio ormai consolidato nell'ordinamento giuridico italiano quello in forza del quale è consentito alla P.A. eseguire i suoi compiti istituzionali

---

(51) CERULLI IRELLI, *Il negozio come strumento di azione amministrativa*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it).

di cura degli interessi pubblici di cui la stessa è affidataria, tanto mediante l'uso di strumenti autoritativi, quanto attraverso l'applicazione di istituti di diritto privato (52).

Deve, tuttavia, evidenziarsi che stando al tenore letterale della seconda parte dello stesso art. 1, comma 1 *bis* – che fa espressamente salva la possibilità da parte del legislatore di introdurre particolari deroghe in favore della P.A. rispetto alle comuni norme del diritto privato – tale disposizione sembrerebbe insuscettibile di incidere significativamente sulle cd. “aree di privilegio” tradizionalmente riconosciute all'amministrazione nell'applicazione del diritto privato. Ciò in quanto, attraverso la formula di chiusura “*salvo che la legge disponga diversamente*” la norma riconosce ed avalla l'esistenza di possibili deroghe e condizionamenti pubblicistici all'attività di diritto privato, da ritenersi ragionevolmente fondati in virtù della particolare natura dell'attività della P.A., essenzialmente finalizzata alla cura di interessi pubblici di carattere generale.

La prevalente dottrina e la stessa giurisprudenza amministrativa riconoscono la legittimità delle cd. “*aree di privilegio della P.A. nell'applicazione del diritto privato*”, in quanto tradizionalmente fondate sull'imprescindibilità del rispetto del vincolo del fine e, in ultima analisi, sull'esigenza che l'attività della P.A., anche se svolta nelle forme del diritto privato, sia, comunque, preordinata al soddisfacimento dell'interesse pubblico.

Ponendo in adeguata considerazione una siffatta “*ratio*”, risultano piuttosto limitate le possibili deroghe alle norme e ai principi di diritto privato che il legislatore è attualmente legittimato ad introdurre nell'ordinamento giuridico in favore della P.A.

Alla luce del mutato rapporto tra P.A. e soggetti privati – di tipo non più gerarchico ed autoritario, ma paritario e collaborativo – la formula “*salvo che la legge disponga diversamente*”, può, a nostro avviso, leggersi nel senso che essa, lungi dal costituire una conferma impropria e indiscriminata della possibilità di introdurre deroghe ai principi ed alle norme del diritto privato, affida per il futuro al solo legislatore la possibilità di prevedere eccezionali e specifiche deroghe alla disciplina privatistica, da ritenersi legittime – e conseguentemente non lesive del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Cost. per ingiustificata disparità di trattamento tra contraente pubblico e contraente privato – soltanto ove finalizzate alla necessaria salvaguardia di un concreto ed effettivo interesse pubblico generale di cui la P.A. risulta essere affidataria.

In realtà, vistosi esempi di deroga legale al regime civilistico si rinven-  
gono attualmente nella disciplina relativa ai contratti di appalto di opere pubbliche ed, in particolare, nel potere assegnato alla amministrazione di: risolvere unilateralmente il contratto, recedere da esso, rescinderlo per frode o

---

(52) Sul punto, in particolare: SANDULLI, *Commento alla legge di riforma della legge n. 241/1990* (a cura di Vittorio Italia), Milano, 2005.

grave negligenza, sospendere l'esecuzione dei lavori e addirittura sostituirsi all'appaltatore inadempiente .

In epoca antecedente all'emanazione del nuovo art. 1 comma 1 *bis* della legge 241 del 1990, il prevalente orientamento dottrinale e giurisprudenziale riteneva che in tali casi la deroga al diritto privato ed in favore della P.A. potesse ritenersi legittima – nell'ottica di un sindacato di costituzionalità in merito alla sussistenza di adeguate ragioni giustificatrici – alla luce dei principi generali dell'azione amministrativa, tradizionalmente considerata quale attività "autoritativa" finalizzata alla cura di interessi pubblici.

Nella prospettiva dell'avvenuta evoluzione della suddetta azione, che tende ormai a sostituire al tradizionale rapporto gerarchico un diverso rapporto paritario e collaborativo tra i cittadini e le amministrazioni, e che vede il diritto privato rappresentare il diritto comune dell'amministrazione, le suddette "ragioni giustificatrici" dei cd. "fattori di specialità" riconosciuti alla P.A. in materia contrattuale, sembrerebbero, in realtà, non essere più tali.

Una prima conseguenza della disposizione di cui all'art. 1 comma 1 *bis* della legge 241 del 1990 è certamente quella di escludere, in materia contrattuale, la validità di deroghe al diritto comune in favore dell'amministrazione che non derivino da un'espressa disposizione di legge, ma semplicemente da una prassi amministrativa o dalla giurisprudenza applicativa.

Ma i suddetti rilievi critici sembrano valere, altresì, con riferimento alle disposizioni attualmente vigenti nonché nei confronti di quelle future che il legislatore, nella sua discrezionalità, avesse a proporre in deroga alla disciplina contrattuale ordinaria.

Sarebbe stato forse opportuno che lo stesso art. 1 comma 1 *bis* della legge 241 del 1990, lì ove espressamente prevede la possibilità di specifiche deroghe di legge all'osservanza da parte della P.A. delle regole del diritto privato, avesse indicato anche i fondamentali principi, in grado di giustificare siffatte eccezioni.

Ma dato il silenzio della norma sul punto, sembrano potersi ritenere giustificate le sole deroghe conformi ai principi generali di ragionevolezza, proporzionalità ed uguaglianza, oltre ai principi comunitari della tutela della concorrenza e del libero mercato.

In sostanza, il principio enunciato nel nuovo comma 1 *bis* dell'art. 1 della legge 241 del 1990, ci sembra in grado di realizzare un adeguamento in via interpretativa del dato normativo, con conseguente ridimensionamento delle cd. "aree di privilegio" riconosciute alla P.A. in deroga alle norme di diritto privato, la cui legittimità può ritenersi tale nei soli casi in cui a fondamento della deroga sussistano effettive e concrete ragioni di interesse pubblico generale.

A conferma di quanto rilevato è possibile addurre il recente evolversi in senso positivo dell'orientamento giurisprudenziale inizialmente contrario all'applicabilità alla P.A., di talune disposizioni di diritto comune in materia di contratti, quali, ad esempio, l'art. 1337 del c.c., sulla responsabilità precontrattuale (già esaminato in precedenza) e l'1341 c.c. sulle clausole vessatorie, in virtù di un presunto carattere di specialità del potere esercitato dall'amministrazione nel corso delle trattative.

Le recenti pronunce giurisprudenziali ribadiscono la perfetta equiparazione in materia contrattuale della P.A. a qualsiasi altro contraente privato, tenuta in quanto tale all'osservanza degli stessi obblighi ed incorrente nelle medesime responsabilità.

Alla luce di tali considerazioni deve, pertanto, esaminarsi la legittimità della deroga alle norme di diritto privato introdotta dal nuovo art. 21 *quinquies* della legge 241 del 1990 in favore della P.A. in merito alla corresponsione nei confronti del soggetto privato di un mero indennizzo, limitato al solo danno emergente, nei casi di revoca di un provvedimento amministrativo, che in quanto incidente su un connesso rapporto negoziale, ne comporta la conseguente "caducazione".

Contrariamente a quanto da taluni sostenuto, la particolare "area di privilegio" riconosciuta da tale norma alla P.A. – consistente nella "predeterminata limitazione" dei danni risarcibili al privato che sulla validità e sull'efficacia del contratto stipulato e successivamente "caducato", aveva senza sua colpa riposto legittimo affidamento – non sembra trovare una valida giustificazione nel fatto che la revoca del provvedimento amministrativo (presupposto o connesso all'atto negoziale) è stata legittimamente disposta nel rispetto dei presupposti e delle condizioni previste dalla legge.

Ciò potrebbe, forse, ritenersi sufficiente qualora il potere di revoca riconosciuto dalla legge alla P.A. fosse, in realtà, esercitabile soltanto per sopravvenuti motivi di interesse pubblico o per sopravvenuti mutamenti di fatto, in virtù dei quali il provvedimento precedentemente adottato non risulta più rispondente agli interessi generali. Ma non sembra potersi ritenere tale in presenza di una disposizione di legge che attualmente autorizza la revoca di un provvedimento amministrativo incidente su un connesso rapporto negoziale senza alcun limite di tempo e anche nel caso di una semplice "nuova valutazione dell'interesse pubblico originario" che, come in precedenza sottolineato, può anche dipendere da un'erronea valutazione inizialmente operata dalla stessa amministrazione.

Se è vero che la deroga ai principi di diritto privato, nei casi in cui la P.A. agisce secondo gli strumenti propri di quest'ultimo, può ritenersi legittima – evitando, pertanto, un eventuale giudizio di illegittimità costituzionale per ingiustificata disparità di trattamento tra contraente pubblico e contraente privato e conseguente violazione dell'art. 3 della Costituzione – soltanto quando è essenzialmente finalizzata alla necessaria salvaguardia di un concreto ed effettivo interesse pubblico, ci si domanda quale sia l'interesse sotteso ad una limitazione della responsabilità contrattuale della P.A., disposta dalla legge in termini di quantificazione del danno risarcibile nei confronti del contraente privato, oltre ad un evidente "risparmio di spesa" per la stessa P.A.

Una siffatta deroga ai principi del diritto privato – qualora considerata tale da giustificare in ogni caso di revoca di un precedente atto amministrativo incidente su un rapporto negoziale un risarcimento in misura ridotta del danno cagionato al contraente privato, ivi compresa l'ipotesi di un'erronea valutazione iniziale da parte della stessa P.A. – potrebbe, al contrario, risultare non conforme ai principi di buon andamento ed efficienza della stessa

amministrazione, espressamente “autorizzata” dalla legge anche a “sbagliare” nell’iniziale valutazione degli interessi pubblici, senza incorrere per questo nel rischio dell’effettivo risarcimento del danno ad altri prodotto, in virtù di un comportamento ad essa imputabile almeno a titolo di colpa.

Si ribadisce, pertanto, che soltanto una lettura costituzionalmente orientata della norma di cui all’art. 21 *quinquies* della legge 241 del 1990 – che ritiene possibile il risarcimento del danno cagionato al contraente privato ogni volta in cui, nonostante l’apparente legittimità della revoca dell’atto amministrativo, la P.A. abbia comunque tenuto un comportamento contrario ai fondamentali doveri di “correttezza e buona fede” che anche l’amministrazione, come qualsiasi altro contraente, è tenuta ad osservare nel momento in cui agisce secondo gli strumenti, le regole e le conseguenti responsabilità proprie del diritto privato – vale ad impedirne un giudizio di illegittimità costituzionale per ingiustificata disparità di trattamento tra contraente pubblico e contraente privato e conseguente violazione dell’art. 3 della Costituzione.

Al riguardo, deve, infine, evidenziarsi che stando ad un determinato orientamento della Corte Costituzionale il giudizio di rinvio alla stessa Corte è ritenuto ammissibile soltanto nel caso in cui – nonostante lo sforzo del giudice *a quo* di dare un’interpretazione costituzionalmente orientata della norma primaria sospettata di illegittimità costituzionale – la medesima resta univocamente incompatibile con i principi ed i valori tutelati dalla Costituzione.

# INDICI SISTEMATICI ANNUALI

## 1 - ARTICOLI, NOTE, DOTTRINA, RECENSIONI

- GIUSEPPE ALBENZIO, *La Corte europea dei diritti dell'uomo. Considerazioni generali sulla sua attività, sulla esecuzione delle sentenze nei confronti dello Stato italiano, sul patrocinio in giudizio* . . . . . pag. III, 19
- Ancora in tema di inammissibilità del ricorso per cassazione* . . . . . » III, 219
- DAVID ASTORRE, *La prova della ricezione della notifica della sentenza ai fini della tempestività del ricorso per Cassazione* . . . . . » III, 222
- VALERIO BALSAMO, *Sindacabilità giurisdizionale della revoca dell'incarico di assessore comunale* . . . . . » II, 165
- MAILA BEVILACQUA, *La colpa grave nel procedimento di riparazione per ingiusta detenzione* . . . . . » II, 251
- GIUSEPPE BIANCHI, FILIPPO D'ANGELO, *L'efficacia dei trattati internazionali alla luce del nuovo testo dell'art. 117, primo comma, Cost.; note a margine delle sentenze nn. 348/07 e 349/07 della Corte costituzionale* . . . . . » III, 78
- MAURIZIO BORGO, *Sulla competenza in materia di ricongiungimento familiare* » I, 41
- MAURIZIO BORGO, *C'era una volta... lo "Stato in giudizio"* . . . . . » II, 1
- MAURIZIO BORGO, *Il c.d. "fermo fiscale", ancora alla ricerca del proprio giudice: nuovi contrasti giurisprudenziali dopo il c.d. "Decreto Bersani"* . . . . . » III, 235
- MAURIZIO BORGO, *Il divieto di prove nuove nel giudizio amministrativo. Contrasti giurisprudenziali nell'ambito del Consiglio di Stato* . . . . . » III, 248
- MAURIZIO BORGO, *I nuovi criteri di determinazione dell'indennità di espropriazione per le aree edificabili. Brevi riflessioni, a caldo, sull'art. 37-bis del disegno di legge Finanziaria 2008, nel dossier: La declaratoria di incostituzionalità delle norme in materia di esproprio* . . . . . » III, 153

- MAURIZIO BORGO, *Relazione al Convegno nazionale “Articoli 5 bis, 1-2 d.l. 333/92 e 37 1-2 d.P.R. 327/01 incostituzionali. La nuova indennità di esproprio per le aree edificabili”*, nel dossier: *La declaratoria di incostituzionalità delle norme in materia di esproprio* . . . . . pag. III, 145
- ALEJANDRA BOTO ÁLVAREZ, *Alcuni appunti sulle norme processuali di favore che il patrocinio dell’Avvocatura dello Stato porta con sé nel diritto spagnolo* . . . . . » II, 6
- BENEDETTO BRANCOLI BUSDRAGHI, *La d.i.a. Un nuovo silenzio?* . . . . . » II, 177
- IGNAZIO FRANCESCO CARAMAZZA, EMANUELA RUSSIANI, *Prime evoluzioni della giustizia amministrativa: contributi dell’Avvocatura erariale* . . . . . » III, 5
- VINCENZO CARDELLICCHIO, FABRIZIO GALLO, *La Stazione unica appaltante provinciale (S.U.A.P.) di Crotone: genesi e prospettive evolutive* . . . . . » I, 26
- CINZIA F. CODUTI, *Appalto pubblico o concessione di servizi? La Corte enfatizza il criterio del rischio.* . . . . . » II, 64
- ROBERTO COLLACCHI, *Legittimità del provvedimento di reiterazione dei vincoli preordinati all’esproprio: obbligo di motivazione e di indennizzo.* . . . . . » III, 241
- FILIPPO D’ANGELO, *La pregiudiziale amministrativa nella giurisprudenza: dall’adunanza plenaria n. 4/2003 alla decisione n. 2822/07 della quinta sezione del Consiglio di Stato. Il giudice amministrativo apre alla Cassazione?* . . . . . » I, 412
- GIANNI DE BELLIS, *Il meccanismo dell’IVA italiana al vaglio della Corte di Giustizia* . . . . . » I, 221
- GIULIA DE DOMINICIS, GIUSEPPE FABRIZIO MAIELLARO, *La scelta del socio privato nella S.p.A. a capitale pubblico.* . . . . . » II, 276
- MICHELE DIPACE, *Responsabilità amministrativa, azione di responsabilità sociale e principio di parità.* . . . . . » I, 389
- CHIARA DI SERI, *Le misure cautelari nei confronti di atti legislativi in contrasto con il diritto comunitario* . . . . . » I, 209
- PASQUALE FAVA, *Il giudizio di ottemperanza secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato e della Corte costituzionale* . . . . . » IV, 257
- PASQUALE FAVA, *Le tecniche di consultazione degli interessati nei procedimenti di regolazione delle Agencies statunitensi e gli standards minimi di consultation della Commissione europea* . . . . . » II, 289
- FLAVIO FERDANI, *Metodi ADR: la conciliazione come strumento di risoluzione delle controversie. Profili generali della conciliazione, ruolo del conciliatore e procedimento.* . . . . . » III, 313

WALLY FERRANTE, <i>La sanatoria sulle abilitazioni non si applica ai concorsi . . . pag.</i>	II, 123
GIUSEPPE FIENGO, <i>Un significativo allargamento dell'in house providing . . . . . »</i>	I, 254
GIUSEPPE FIENGO, <i>Le prove nei giudizi comunitari; in tema di "valutazioni d'incidenza" per le aree naturali protette . . . . . »</i>	II, 95
MAURIZIO FIORILLI, <i>Le sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee dell'anno 2006 emesse in cause cui ha partecipato l'Italia . . . . . »</i>	I, 45
OSCAR FIUMARA, <i>Discorso in occasione della cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario – Roma, 26 gennaio 2007. . . . . »</i>	I, 1
SERENA IANNICELLI, <i>recensione a: J. GALLO CURCIO, Lineamenti di diritto dell'urbanistica . . . . . »</i>	II, 369
ANDREA GUAZZAROTTI, <i>Il rigore della Consulta sulla decretazione d'urgenza: una camicia di forza per la politica? . . . . . »</i>	I, 4
PIERO LA SPINA, (dossier): <i>Autorizzazioni paesaggistiche ed interessi generali del territorio . . . . . »</i>	III, 195
DIMITRIS LIAKOPOULOS, MARCO VITA, <i>Le competenze complementari dal Trattato costituzionale della Comunità europea al Trattato di Lisbona . . . . . »</i>	IV, 65
FRANCESCA MAELLARO, <i>Il "difetto di giurisdizione temporaneo" nella procedura di liquidazione coatta amministrativa . . . . . »</i>	III, 229
DOMENICO MAIMONE, <i>Il principio di successione delle leggi nel tempo in materia penale applicato agli elementi normativi della fattispecie. Brevi osservazioni . . . . . »</i>	II, 136
PAOLO MARCHINI, <i>Nuove questioni di giurisdizione per le sanzioni nel settore del latte e dei prodotti caseari . . . . . »</i>	III, 215
ROBERTO MASTROIANNI, <i>Osservazioni sul sistema italiano di applicazione decentrata del diritto comunitario della concorrenza: i recenti sviluppi . . . . »</i>	II, 21
ALFONSO MEZZOTERO, <i>Pregiudiziale amministrativa, rito del silenzio e risarcimento del danno da omissione provvedimento: tiene la rete di contenimento del giudice amministrativo? . . . . . »</i>	IV, 292
<i>L'obbligo di gara sulle concessioni di scommesse ippiche. . . . . »</i>	II, 88
GLAUCO NORI, <i>La cosa giudicata nazionale nel diritto comunitario . . . . . »</i>	I, 289
GLAUCO NORI, <i>L'art. 117, comma 1, Cost. e le norme CEDU secondo la Corte costituzionale . . . . . »</i>	III, 25
GLAUCO NORI, <i>Le norme di attuazione degli statuti speciali: qualche osservazione . . . . . »</i>	III, 1

ANTONIO PALATIELLO, (dossier): <i>Le Agenzie fiscali: natura e patrocinio</i> . . . . . pag.	IV, 1
SARA RONCONI, <i>Il fatto eccessivo colposo. I limiti di operatività: l'errore colposo su scriminante non esistente (art.59, u.c., c.p.) e il fatto colposo giustificato</i> . . . . . »	II, 348
EMANUELA ROSANÒ, <i>Le procedure di affidamento degli incarichi di progettazione nel nuovo codice degli appalti</i> . . . . . »	II, 357
VITTORIO RUSSO, <i>La crisi dell'impresa beneficiaria di aiuti. Disfunzioni dei mezzi di recupero e ripercussioni nel sistema degli interventi</i> . . . . . »	II, 235
<i>Uditori giudiziari "non idonei"</i> . . . . . »	II, 128
VALERIA SANTOCCHI, <i>L'Italia e le sue seimila discariche abusive</i> . . . . . »	I, 267
VALERIA SANTOCCHI, <i>Tre nuove condanne dell'Europa alla normativa italiana sull'ambiente</i> . . . . . »	III, 100
ARIANNA SCACCHI, <i>Per una lettura critica e costituzionalmente orientata della recente disciplina riguardante la revoca degli "atti amministrativi che incidono sui rapporti negoziali"</i> . . . . . »	IV, 341
MARIA ELENA SCARAMUCCI, <i>In tema di alienazione, ai fini della rottamazione, dei veicoli custoditi presso le depositerie giudiziarie o amministrative</i> . . . . »	III, 290
GIUSEPPE STUPPIA, <i>La legittimazione passiva nelle impugnazioni delle ordinanze contingibili ed urgenti del Sindaco: recenti sviluppi giurisprudenziali</i> . . . »	III, 280
FABRIZIO TIGANO, <i>Principio di tipicità e accordi procedurali</i> . . . . . »	III, 330
CRISTIANA TROMBETTA, <i>L'esecuzione dei lavori da parte delle consorziate dei Consorzi di cooperative di produzione e lavoro. La recente interpretazione del Consiglio di Stato</i> . . . . . »	III, 259
STEFANO VARONE, (dossier): <i>L'anzianità di servizio del personale A.T.A. transitato nella scuola statale</i> . . . . . »	III, 163
FRANCESCO VIGNOLI, <i>Legge Pinto e sospensione dei termini nel periodo feriale</i> »	II, 131

## 2 – INDICE DELLE SENTENZE

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE	
Ord.19 dicembre 2006 nella causa C-503/06 . . . . . »	I, 214
Ord. 27 febbraio 2007 nella causa C-503/06 . . . . . »	I, 218
Sent. 15 marzo 2007 nella causa C-35/05 . . . . . »	I, 246
Sent. 19 aprile 2007 nella causa C- 295/05 . . . . . »	I, 255
Sent. 26 aprile 2007 nella causa C-135/05 . . . . . »	I, 279
Sent. 18 luglio 2007 nella causa C-119/05 . . . . . »	I, 301

Sez. 2°, sent. 18 luglio 2007 nella causa C-382/05 . . . . . »	II, 81
Sent. 13 settembre 2007 nella causa C- 260/04 . . . . . »	II, 88
Sez. 4°, sent. 20 settembre 2007 nella causa C-304/05 . . . . . »	II, 97
Sez. 4°, sent. 20 settembre 2007 nella causa C-388/05 . . . . . »	II, 112
Sez. 4°, sent. 4 ottobre 2007 nella causa C-179/06 . . . . . »	II, 116
Sez. III, sent. 18 dicembre 2007 nella causa C-194/05 . . . . . »	III, 116
Sez. III, sent. 18 dicembre 2007 nella causa C-195/05 . . . . . »	III, 124
Sez. III, sent. 18 dicembre 2007 nella causa C- 263/05 . . . . . »	III, 134

## CORTE COSTITUZIONALE

Sent. 29 dicembre 2004 n. 427 . . . . . »	IV, 17
Sent. 11 febbraio 2005 n. 72 . . . . . »	IV, 18
Sent. 1 febbraio 2006 n. 31 . . . . . »	IV, 20
Sent. 19 ottobre 2006 n. 334 . . . . . »	IV, 24
Sent. 9-23 maggio 2007 n. 171 . . . . . »	I, 16
Sent. 26 giugno 2007 n. 234 . . . . . »	III, 172
Ord. 20 luglio 2007 n. 312 . . . . . »	II, 124
Sent. 24 ottobre 2007 n.348 . . . . . »	III, 32
Sent. 24 ottobre 2007 n. 349. . . . . »	III, 60

## CORTE DI CASSAZIONE

Sez. lav., sent. 17 febbraio 2005 n. 3224 . . . . . »	III, 167
SS.UU., sent. 14 febbraio 2006 n. 3116 . . . . . »	IV, 26
SS.UU., sent. 12 dicembre 2006 n. 26435 . . . . . »	III, 216
SS.UU., sent. 31 ottobre 2007 n. 23019 . . . . . »	III, 219
Sez. trib., ord. 22 novembre – 10 dicembre 2007 n. 25753 . . . . . »	III, 226
Sent. 26 novembre 2007 n. 24547 . . . . . »	IV, 35
Sent. 16 gennaio 2008 n.677 . . . . . »	III, 180
Sent. 8 febbraio 2008 n. 3058 . . . . . »	IV, 36

## CORTE D'APPELLO DI MILANO

Sez. 2° civ., decreto 5 luglio 2006 . . . . . »	II, 133
Sez. 2° civ., decreto 10-23 gennaio 2007 . . . . . »	II, 134

## TRIBUNALE CIVILE DI CATANZARO

Sez. 2°, sent. 7 gennaio 2008 . . . . . »	VI, 58
-------------------------------------------	--------

## TRIBUNALE CIVILE DI ROMA

Sez. lav., sent. 12 aprile 2005 - 15 novembre 2006 n.10287. . . . . »	III, 232
Sez. 1° , decreto 8 maggio 2007 . . . . . »	I, 41
Sez. 13°, ord. 1 giugno 2007 . . . . . »	III, 238

## TRIBUNALE PENALE DI CATANIA

Sez. Acireale, sent. 6 dicembre 2006-21 marzo 2007 n. 318 . . . . . »	II, 142
-----------------------------------------------------------------------	---------

## CONSIGLIO DI STATO

Sez. 4°, sent. 14 dicembre 2006 n. 7470 . . . . . »	II, 128
-----------------------------------------------------	---------

Sez. 5°, sent. 23 gennaio 2007 n. 209 . . . . .	pag.	II, 170
Sez. 5°, sent. 22 febbraio 2007 n. 948 . . . . .	»	II, 188
Ad. Plen., dec. 24 maggio 2007 n.7 . . . . .	»	III, 242
Sez. 6°, dec. 4 giugno 2007 n. 2951 . . . . .	»	III, 249
Sez. 6°, sent. 22 giugno 2007 n. 3477 . . . . .	»	III, 270
Sez. 5°, ord. 13 agosto 2007, n. 4447 . . . . .	»	II, 4
Sez. 5°, sent. 13 agosto 2007 n. 4448 . . . . .	»	III, 283
Sez. 5°, dec. 11 settembre 2007 n. 4789 . . . . .	»	III, 254
Sez. 6°, dec. 9 ottobre 2007 n. 5306 . . . . .	»	III, 290

#### TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL LAZIO

Roma, sez. 1° bis, sent. 14-20 febbraio 2007 . . . . .	»	II, 231
--------------------------------------------------------	---	---------

#### CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIA

Dec. 3 agosto 2007 n.711 . . . . .	»	III, 207
Dec. 21 novembre 2007 n.1058 . . . . .	»	III, 212
Dec. 8 ottobre 2007 n.933 . . . . .	»	III, 256

#### TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA SICILIA

Sede di Palermo, sez. 2°, sent. 4 febbraio 2005 n. 150 . . . . .	»	III, 195
Sez. 1°, sent. 19 gennaio 2006, n.156 . . . . .	»	III, 199

#### COMMISSIONE TRIBUTARIA PER IL LAZIO

Sez. 20°, sent. 9 maggio-15 giugno 2007, n.136 . . . . .	»	III, 236
----------------------------------------------------------	---	----------

### 3. INDICE DEGLI ARGOMENTI

AMBIENTE E TERRITORIO – Energia eolica – Nulla osta paesaggistico richiesto per impianto di produzione – Diniego motivato esclusivamente con riferimento a ragioni ambientali – Legittimità – Valutazione dell’interesse paesaggistico e degli interessi correlati – Sufficienza ex art. 146 D.Lgs. n.42/04 . . . . .	»	III, 207
AMBIENTE E TERRITORIO – Vincoli paesaggistici – Nulla osta per impianti di produzione di energia eolica – Diniego di rilascio – Riferimento agli elementi in fatto rilevanti nella fattispecie – Sufficienza – Valutazione degli altri interessi coinvolti (quali quelli relativi al risparmio energetico) – Non occorre – Fattispecie . . . . .	»	III, 212
APPALTI – Termine di impugnazione della delibera di aggiudicazione - <i>Dies a quo</i> - Data di ricezione del fax – Sussistenza . . . . .	»	III, 249
APPALTI E FORNITURE P.A. – Consorzi - Differenza tra subappalto e designazione da parte del Consorzio aggiudicatario dell’impresa che materialmente effettuerà i lavori . . . . .	»	III, 270
ATTO AMMINISTRATIVO – Revoca – Atto politico – Natura – Provvedimento di revoca dell’incarico di assessore comunale – Natura – Sindacabilità giurisdizionale . . . . .	»	II, 170

- AVVOCATURA DELLO STATO – Attività di patrocinio - Istanza di fissazione di udienza di cui all'art.9 co.2 L. 205/00 – Introduzione dell'istituto della perenzione decennale . . . . . pag. II, 4
- BENI CULTURALI E AMBIENTALI – Vincolo paesaggistico – Valutazione di compatibilità paesaggistica – Comparazione con gli altri interessi costituzionalmente rilevanti – Necessità – Fattispecie: impianto eolico . . . . . » III, 195
- COMMISSIONE TRIBUTARIA – Fermo fiscale di beni mobili – Giurisdizione – Contrasti – Decreto Bersani . . . . . » III, 236
- COMUNE E PROVINCIA – Sindaco – Ordinanze contingibili ed urgenti – Emesse quale ufficiale del Governo – Impugnativa in s.g. – Notificazione del ricorso al solo Comune – Nel caso in cui non sia stato anche chiesto il risarcimento dei danni – Ammissibilità – Ragioni . . . . . » III, 283
- COMUNE E PROVINCIA – Sindaco – Ordinanze contingibili ed urgenti – Emesse quale ufficiale del Governo – Impugnativa in s.g. – Notificazione del ricorso – Va effettuata presso la Casa comunale – Notifica presso la sede dell'Avvocatura distrettuale dello Stato – Inammissibilità . . . . . » III, 283
- COMUNITÀ EUROPEE - Aiuti di Stato – CECA – Industria siderurgica – Aiuto dichiarato incompatibile con il mercato comune – Recupero – Autorità di cosa giudicata della sentenza di un organo giurisdizionale nazionale . . . . . » I, 301
- COMUNITÀ EUROPEE – Domanda di pronuncia pregiudiziale – Ricevibilità – Art. 86, n.1, Ce – Mancanza di portata autonoma – Elementi che consentono alla Corte di rispondere utilmente alle questioni ad essa sottoposte – Dir. 92/50/CEE, 93/36/CEE, e 93/37/CEE – Normativa nazionale che consente ad un'impresa pubblica di eseguire per diretto incarico da parte di amministrazioni pubbliche operazioni senza applicazione del regime generale d'aggiudicazione degli appalti pubblici – Struttura di gestione interna – Presupposti - L'autorità pubblica deve esercitare su di un ente distinto un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi – L'ente distinto deve realizzare la parte più importante della propria attività con l'autorità pubblica o le autorità pubbliche che lo controllano . . . . . » I, 255
- COMUNITÀ EUROPEE – Inadempimento di uno Stato – Ambiente – Direttive 75/442/CEE e 91/156/CEE – Nozione di “rifiuti” – Scarti alimentari originati dall'industria agroalimentare destinati alla produzione di mangimi – Residui derivanti dalle preparazioni nelle cucine di cibi destinati alle strutture di ricovero per animali di affezione . . . . . » III, 124
- COMUNITÀ EUROPEE – Inadempimento di uno Stato – Ambiente – Direttive 75/442/CEE e 91/156/CEE – Nozione di “rifiuti” – Sostanze o oggetti destinati alle operazioni di smaltimento o di recupero – Residui di produzione che possono essere riutilizzati . . . . . » III, 134

- COMUNITÀ EUROPEE – Inadempimento di uno Stato – Ambiente – Direttive 75/442/CEE e 91/156/CEE – Nozione di “rifiuti” – Terre e rocce da scavo destinate ad essere riutilizzate . . . . . pag. III, 116
- COMUNITÀ EUROPEE - Inadempimento di uno Stato – Appalti pubblici di servizi – Direttiva 92/50/CEE – Convenzioni relative al trattamento di rifiuti urbani – Qualificazione – Appalto pubblico – Concessione di servizi – Misure di pubblicità . . . . . » II, 81
- COMUNITÀ EUROPEE - Inadempimento di uno Stato - Conservazione degli *habitat* naturali - Flora e fauna selvatiche – Zona di protezione speciale “Valloni e steppe pedegarganiche” . . . . . » II, 112
- COMUNITÀ EUROPEE - Inadempimento di uno Stato – Direttiva 92/43/CEE – Conservazione degli *habitat* naturali e della flora e fauna selvatiche – Direttiva 79/409/CEE - Conservazione degli uccelli selvatici – Valutazione dell’impatto ambientale di lavori di adattamento di piste da sci . . . . . » II, 97
- COMUNITÀ EUROPEE - Inadempimento di uno Stato – Direttiva 92/43/CEE - Conservazione degli *habitat* naturali e della flora e fauna selvatiche – Valutazione di incidenza ambientale. . . . . » II, 116
- COMUNITÀ EUROPEE – Inadempimento di uno Stato – Gestione dei rifiuti – Direttive 75/442/CEE, 91/689/CEE e 1999/31/CE . . . . . » I, 279
- COMUNITÀ EUROPEE - Inadempimento di uno Stato – Libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi – Concessioni di servizio pubblico – Rinnovo di 329 concessioni per la gestione e la raccolta di scommesse sulle corse ippiche senza preventivo concorso – Obblighi di pubblicità e trasparenza . . » II, 88
- COMUNITÀ EUROPEE – Ottava direttiva IVA – Artt. 2 e 5 – Soggetti passivi non residenti all’interno del paese – Imposta indebitamente versata – Modalità per il rimborso . . . . . » I, 246
- COMUNITÀ EUROPEE – Procedimento sommario – Domanda di sospensione dell’esecuzione e domanda di provvedimenti provvisori – Decisione presa *inaudita altera parte* – Non luogo a provvedere . . . . . » I, 218
- COMUNITÀ EUROPEE – Procedimento sommario – Domanda di sospensione dell’esecuzione e domanda di provvedimenti provvisori – Domanda di pronuncia *inaudita altera parte* – Protezione degli uccelli – Deroghe . . . . . » I, 214
- CONCORSO per uditore giudiziario – Giudizio di inidoneità – Onere della motivazione – Legittimità della dizione “non idoneo” senza attribuzione di voto » II, 128
- CORTE COSTITUZIONALE – Espropriazione per pubblico interesse - Indennità di esproprio - Criteri di determinazione - Illegittimità costituzionale dell’art. 5-*bis*, commi 1 e 2, del d.l. 11 luglio 1992, n. 333 (Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica), conv., con modif., dalla L. 8 agosto 1992, n. 359 - Illegittimità costituzionale, in via consequenziale, dell’art.

37, co.1 e 2, del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 (T.u. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità) . . . .pag.	III, 32
CORTE COSTITUZIONALE – Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale. Professioni – Avvocato e Procuratore – Esami per l’abilitazione professionale. . . . . »	II, 124
CORTE COSTITUZIONALE – Trasferimento del personale degli Enti locali nei ruoli del personale A.T.A. statale – Riconoscimento dell’anzianità di servizio maturata negli Enti di provenienza – Legittimità del comma 218 della Legge Finanziaria 2006 . . . . . »	III, 172
DECRETO PENALE DI CONDANNA – Legittima un giudizio di disfavore al fine della ammissione alla richiesta rafferma – Causa ostantiva alla rafferma . . . . »	II, 231
DIRITTO PROCESSUALE – Processo equo – Termine ragionevole (Legge Pinto) Mancato rispetto – Equa riparazione – Termine di proposizione della domanda di riparazione – Sospensione nel periodo feriale (L. 742/69, art.1) – Inapplicabilità ai procedimenti <i>ex</i> L. 89/01. . . . . »	II, 133
EDILIZIA E URBANISTICA – Denuncia di inizio attività – Impugnazione di terzo . . »	II, 188
ESPROPRIAZIONI – Espropriazione per pubblico interesse - Atti procedimentali che disciplinano l’esproprio – Reiterazione del vincolo espropriativo – Assenza di riferimento all’indennizzo – Legittimità – Sussistenza . . . . . »	III, 242
GIURISDIZIONE del g.a. – Controversie – Provvedimenti sanzionatori – Settore dei prodotti lattiero-caseari . . . . . »	III, 216
LAVORO PUBBLICO - Trasferimento e mobilità – Trasferimento del personale A.T.A. – Norma di interpretazione autentica . . . . . »	III, 167
LIQUIDAZIONE COATTA AMMINISTRATIVA – Procedura – Difetto di giurisdizione temporaneo . . . . . »	III, 232
PENALE – Principio di successione delle leggi nel tempo – Applicazione agli elementi normativi della fattispecie. . . . . »	II, 142
PROCESSO AMMINISTRATIVO – Documentazione – Pubblica Amministrazione – Deposito fuori termine – Legittimità . . . . . »	III, 254
PROCESSO CIVILE - Art. 366 nuovo testo c.p.c. – Onere della specifica indicazione di atti e documenti – Carenza – Ricorso per cassazione – Inammissibilità – Fattispecie . . . . . »	III, 219
PROCESSO CIVILE – Notifiche processuali - A mezzo posta – Decorso del termine per l’impugnazione delle sentenze nel giudizio tributario . . . . . »	III, 226
PROCESSO CIVILE – Questioni affrontate e decise dal giudice di merito – Ricorso incidentale – Limiti . . . . . »	III, 219

VEICOLI custoditi presso le depositerie giudiziarie o amministrative – Alienazione ai fini della rottamazione . . . . . pag. III, 290

#### 4. PARERI, COMUNICAZIONI, CIRCOLARI

- A.G.S. – Parere del 4 maggio 1994 n. 53200.**  
 Patrocinio dell'Ente Poste (*avvocato A. Palatiello*) . . . . . » IV, 57
- A.G.S. – Parere del 9 agosto 2000.**  
 Patrocinio delle Università Statali (*avvocato G. D'Avanzo*) . . . . . » IV, 54
- A.G.S. – Parere del 27 settembre 2002**  
 Rappresentanza e difesa dell'Istituto Superiore di Sanità (*consultivo 12401/02, avvocato A. Palatiello*) . . . . . » IV, 52
- A.G.S. – Parere del 15 gennaio 2004 n. 5177.**  
 Affrancazione di usi civici – Forma dei relativi atti – Eseguitività delle formalità catastali e ipotecarie – Trattamento tributario (*consultivo 2749/09, avvocato M. Mari*) . . . . . » III, 304
- A.G.S. – Parere del 10 marzo 2005 n. 33752.**  
 Contenzioso Tributario in materia catastale. Giurisdizione sulle controversie relative alle intestazioni delle unità immobiliari urbane (*consultivo 1774/05, avvocato L. Caputi Iambrenghi*) . . . . . » II, 193
- A.G.S. – Parere del 18 dicembre 2006 n. 144804.**  
 Indennità corrisposta ai sensi dell'articolo 7, comma 2, O.P.C.M. n. 3379 del 5 novembre 2004. Funzionari prefettizi in posizione di comando presso la struttura commissariale (*consultivo 8453/06, avvocato D. Ranucci*) . . . . . » II, 194
- A.G.S. – Parere del 2 gennaio 2007 n. 4 (reso dall'Avvocatura Generale in via ordinaria).**  
 Validità della nomina a membro di commissione del concorso interno per titoli ed esami (per l'accesso alla qualifica di primo dirigente del Corpo Forestale dello Stato) di un consigliere comunale. Effetti sugli atti del procedimento (*cs.45306/06, avv. P. Marchini*) . . . . . » I, 341
- A.G.S. – Parere del 5 gennaio 2007 n. 1466.**  
 Ravvedimento operoso in materia di imposta di consumo sull'energia elettrica (*cs.64227/05, avv. G. Mandò*) . . . . . » I, 346
- A.G.S. – Parere del 9 gennaio 2007 n. 3243.**  
 Sicurezza sul lavoro. Potere di accesso all'alloggio di rappresentanza del Prefetto. Decr. Legislativo n. 626/94 (*cs. 24198/05, avv. Giovagnoli – interim avv. M. Borgo*) . . . . . » I, 348
- A.G.S. – Parere del 9 gennaio 2007 n. 3245.**  
 Applicazione delle disposizioni di cui all'art. 20, co.1, L.241/90 ai procedimenti di competenza dell'Ufficio nazionale per il servizio civile (*cs. 48161/06, avv. F. Varrone*) . . . . . » I, 350

**A.G.S. – Parere del 13 febbraio 2007 n. 18543.**

Inapplicabilità dell'art. 4 co. 2 bis L. 168/05 al concorso notarile e alle altre procedure concorsuali a numero chiuso (*cs. 43036/06, avv. W. Ferrante*) pag. I, 352

**A.G.S. – Parere del 20 febbraio 2007 n. 21716.**

Decreti liquidazione compensi per attività di assistenza e difesa di soggetti ammessi al gratuito patrocinio (*cs. 3822/07, avv. C. Colelli*) . . . . . » I, 356

**A.G.S. – Parere del 26 febbraio 2007 n. 24832.**

Accademia dei Georgofili. Uso gratuito o agevolato della sede di proprietà demaniale (*cs. 40863/06, avv. A. Palatiello*) . . . . . » I, 360

**A.G.S. – Parere del 6 marzo 2007 n. 29057.**

Contributi universitari per gli studenti stranieri dell'Accademia di belle arti di Brera (*cs. 43149/06, avv. G. Aiello*) . . . . . » I, 363

**A.G.S. – Parere del 14 marzo 2007 n. 32868 (reso dall'Avvocatura Generale in via ordinaria).**

Proposta di dichiarazione di notevole interesse pubblico dell'area di Tuvixeddu – Tuvumannu in Cagliari *ex art. 138, d.lgs. 42/04 (cs. 10475/07, avv. M. Borgo)* . . . . . » I, 364

**A.G.S. – Parere del 15 marzo 2007 n. 33252.**

Assistenza tecnica dell'Agenzia del Demanio nel processo dinanzi alle Commissioni Tributarie (*cs. 40972/06, avv. F. Favara*) . . . . . » I, 368

**A.G.S. – Parere del 30 marzo 2007 n. 41082.**

Cartolarizzazione alloggi di servizio (*cs. 8711/07, avv. P. Gallo*) . . . . . » I, 370

**A.G.S. – Parere del 14 aprile 2007 n. 46456.**

S. s.p.a. – Ordine del giorno dell'assemblea ordinaria degli azionisti – Individuazione dell'organo competente per la redazione del progetto di bilancio dell'esercizio chiuso al 31 dicembre 2006 e della relazione accompagnatoria (*cs. 16024/07, avv. G. D'Amato*) . . . . . » I, 372

**A.G.S. – Parere del 17 aprile 2007 n. 47332.**

Art. 15 e segg. d.P.R. 29 settembre 1973, n. 601 – Estinzione anticipata del finanziamento agevolato da parte del soggetto finanziato (*cs. 1952/07, avv. G. Albenzio*) . . . . . » I, 375

**A.G.S. – Parere del 21 aprile 2007 n. 49616.**

Prog. 20/PC/7 – Opere di captazione e adduzione della falda basale del massiccio del Matese – Ministero delle Infrastrutture – Transazione – Compensi dei consulenti tecnici di parte ministeriale (*cs. 27902/05, avv. M. Corsini*) . . . . . » I, 386

**A.G.S. – Parere del 21 aprile 2007 n. 49678.**

Comunicazione prevista dall'art. 3 del d.P.R. n. 252/1998 (*consultivo 34587/06, avvocato F. Fedeli*) . . . . . » III, 298

**A.G.S. – Parere del 10 maggio 2007 n. 56119.**

Art. 15 del d.P.R. 601/73. Sua applicabilità alle operazioni di cessione di credito tra istituti di credito e alle formalità eseguite successivamente alle cessioni medesime (*consultivo 19070/03, avvocato M. Mari*) . . . . . » II, 196

**A.G.S. – Parere del 15 maggio 2007 n. 57544.**

Rivalutazione indennità integrativa speciale ex art. 1 comma 2 Legge 25 febbraio 1992 n. 210 (*consultivo 7530/06, avvocato M. Russo*) . . . . . » II, 201

**A.G.S. - Parere del 16 maggio 2007 n. 58330.**

Ministero della Pubblica istruzione (*contenzioso 128205/96, avvocato M. Russo*) . . . . . » II, 203

**A.G.S. - Parere del 18 maggio 2007 n. 59320 (reso dall'Avvocatura Generale in via ordinaria)**

Legittimazione *ad causam* e *ad processum* e patrocinio dell'Avvocatura dello Stato nell'interesse del Ministero dell'Economia e delle Finanze e dell'Agenzia del Demanio (*consultivo 17707/07, avvocato A. Palatiello*) . . . » IV, 38

**A.G.S. – Parere del 26 maggio 2007 n. 62762.**

Comando del personale militare – ammissibilità (*consultivo 38914/06, avvocato P. Gallo*) . . . . . » II, 204

**A.G.S. – Parere del 26 maggio 2007 n. 62781.**

Uso del nome a dominio [www.forzearmate.org](http://www.forzearmate.org) (*consultivo 5464/07, avvocato V. Rago*) . . . . . » II, 207

**A.G.S. – Parere del 5 giugno 2007 n. 65965.**

Decreto Ministeriale 29 marzo 1994 come modificato dal D.M. 27 settembre 1995 recanti modalità di applicazione dell'aliquota ridotta di accisa sui carburanti consumati per l'azionamento delle autovetture pubbliche da piazza (*consultivo 10571/07, avvocato G. Albenzio*) . . . . . » III, 300

**A.G.S. – Parere del 14 giugno 2007 n. 69504**

Risultanze verifica amministrativo-contabile dell'Ispettorato Generale di Finanza sulla Croce Rossa Italiana (*consultivo 12990/07, avvocato V. Rago*) . . » II, 210

**A.G.S. - Parere del 14 giugno 2007 n. 69515**

Cittadini esteri coinvolti in situazioni di emergenza in Italia. Tutela della *privacy* e rispetto della Convenzione di Vienna del 24 aprile 1963 sulle relazioni consolari (*consultivo 13697/07, avvocato D. Ranucci*) . . . . . » II, 211

**Agenzia del Territorio, Agenzia delle Entrate – Circolare del 14 giugno 2007 n. 6, prot. 47218.**

Art. 15 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 601 – Facoltà di adempimento anticipato da parte del soggetto finanziato – Compatibilità con il regime sostitutivo » I, 381

**A.G.S. – Parere del 15 giugno 2007 n. 70269.**

Atti di pignoramento ex art. 72 bis d.P.R. 602/73 (*consultivo 1303/07, avvocato M. Russo*) . . . . . » II, 214

**A.G.S. – Parere del 21 giugno 2007 n. 72177.**

IRAP – Imposta Regionale sulle Attività Produttive – Natura privilegiata o meno del credito (*consultivo 14596/07, avvocato M. Santoro*) . . . . . » III, 301

**A.G.S. – Parere del 19 luglio 2007 n. 81929.**

Disposizioni in materia di servizio nazionale della riscossione – Art. 3, c. 40, lett. a) del D.L. 30 settembre 2005, n. 203 (*consultivo 61078/05, avvocato M. Mari*) » II, 218

**A.G.S. – Circolare del 24 luglio 2007 n. 31 – Comunicazione di servizio n. 86/07**

Controversie relative al personale A.T.A. transitato nei ruoli dello Stato ai sensi della legge 3 maggio 1999, n. 124. Sentenza della Corte Costituzionale 18 giugno 2007 n. 234 ..... pag. III, 179

**A.G.S. – Circolare del 9 agosto 2007, n. 35 - Comunicazione di servizio n. 93/07.**

Legittimazione nelle cause relative ai beni immobili dello Stato. .... » II, 21

**A.G.S. – Parere del 23 agosto 2007 n. 91651 (reso dall'Avvocatura Generale in via ordinaria).**

Disciplina fiscale applicabile, ai fini delle imposte indirette, alle operazioni di cessione dei beni di proprietà indivisa di coniugi in regime di comunione legale (*consultivo 16086/07, avvocato G. De Bellis*). .... » II, 222

**A.G.S. - Parere del 30 agosto 2007 n. 93512 (reso dall'Avvocatura Generale in via ordinaria).**

Riforma delle esecuzioni mobiliari ex art. 547 c.p.c. (*consultivo 30175/07, avvocato M. Borgo*). .... » II, 225

**A.G.S. - Parere del 3 ottobre 2007 n. 105161 (reso dall'Avvocatura Generale in via ordinaria).**

Equiparabilità del decreto penale alla sentenza penale di condanna ai fini dell'esclusione dall'arruolamento (*consultivo 28755/07, avvocato D. Ranucci*) ..... » II, 226

**A.G.S. – Parere del 22 ottobre 2007 n. 112562.**

Affrancazione di usi civici. Trattamento tributario delle formalità catastali. Tasse ipotecarie e tributi speciali catastali (*consultivo 2749/02, avvocato M. Mari*) ..... » III, 304

**Avvocatura distrettuale dello Stato di Palermo – Parere del 26 ottobre 2007 n. 46144 (reso dall'Avvocatura in via ordinaria).**

Gara per l'espletamento dei servizi di pulizia nelle scuole statali. Esclusione di partecipante (*contenzioso 2022/07, avvocato M. Mango*) ..... » IV, 223

**A.G.S. – Parere dell'8 novembre 2007 n. 119530.**

Pubblico impiego -Mansioni superiori – Funzionari con qualifica C3 – Reggenza di Uffici dirigenziali – C.C.N.L. 16 febbraio 1999 (*consultivo 36817/06, avvocato A. Grumetto*) ..... » III, 308

**A.G.S. – Parere del 13 novembre 2007 n. 121454 (reso dall'Avvocatura Generale in via ordinaria).**

Costituzione di parte civile del Commissario straordinario del Governo per il coordinamento delle iniziative antiracket ed antiusura nei processi per estorsione ed usura (*consultivo 29067/07*) ..... » IV, 236

**A.G.S. – Parere del 14 novembre 2007 n. 121841.**

D.Lgs. 286/06, art.2, comma 73 – Imposta di consumo sul gas metano – Applicazione dell'aliquota ridotta al settore della distribuzione commerciale (*consultivo 29067/07, avvocato G. Albenzio*) ..... » IV, 239

**A.G.S. – Parere del 16 novembre 2007 n. 123400.**

Merce importata in violazione dei divieti economici – Misura della confisca amministrativa – R.D.L. n. 1923 del 14 novembre 1926 – Art. 67 del Decreto legislativo n. 507 del 30 dicembre 1999 (*consultivo 16519/07, avvocato G. Albenzio*) . . . . . pag. IV, 242

**A.G.S. – Parere del 6 dicembre 2007 n. 131624.**

Fermo amministrativo di beni mobili registrati ai sensi dell'art. 86 del d.P.R. n. 602/73 e conseguente applicazione dell'art. 214, comma 8, del D.Lgs. n. 285/92 (Codice della Strada) (*consultivo 40835/07, avvocato M. Borgo*) . . . . » IV, 244

**A.G.S. – Parere del 6 dicembre 2007 n. 131636.**

Reclamo avverso decreto di annullamento di rettifica d'ufficio del cognome operata dall'Ufficiale dello Stato Civile del Comune di Bologna (*consultivo 39916/07, avvocato M. Borgo*) . . . . . » IV, 247

**A.G.S. – Parere del 19 dicembre 2007 n. 136320.**

Emissione di garanzie su finanziamenti correlati ad attività di costruzione ed esercizio impianti nucleari all'estero da parte di ENEL s.p.a. (*consultivo 41653/07, avvocato G. Palmieri*) . . . . . » IV, 249

**A.G.S. – Parere del 20 dicembre 2007 n. 136855.**

Sequestro conservativo penale – Conversione in pignoramento – Esecuzione mobiliare e immobiliare (*consultivo 13628/06, avvocato C. Colelli*) . . . . . » IV, 252

**A.G.S. – Parere del 21 dicembre 2007 n. 137342.**

Mutui per edilizia ospedaliera. Università degli Studi La Sapienza e Azienda Policlinico Umberto I. Azione per recupero crediti (*consultivo 47862/04, avvocato F. Tortora*) . . . . . » IV, 254

**A.G.S. – Circolare 14 febbraio 2008 n. 12, prot. 21243 – Comunicazione di servizio 14 febbraio 2008 n. 22, prot. 21250.**

Legittimazione nelle cause relative ai beni immobili dello Stato. Disposizioni integrative . . . . . » IV, 51