

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: *Lorenzo D'Ascia – Gianni De Bellis – Sergio Fiorentino – Maurizio Fiorilli – Paolo Gentili – Antonio Palatiello – Massimo Santoro – Carlo Sica*.

CORRISPONDENTI DELLE AVVOCATURE DISTRETTUALI: *Andrea Michele Caridi – Stefano Maria Cerillo – Luigi Gabriele Correnti – Giuseppe Di Gesu – Paolo Grasso – Pierfrancesco La Spina – Marco Meloni – Maria Assunta Mercati – Alfonso Mezzotero – Riccardo Montagnoli – Domenico Mutino Domenico Pardi – Adele Quattrone – Pietro Vitullo*.

SEGRETERIA DI REDAZIONE: *Francesca Pioppi e Antonella Quirini*

GESTIONE DISTRIBUZIONE E ABBONAMENTI: *Antonella Quirini*

HANNO COLLABORATO INOLTRE AL PRESENTE FASCICOLO: *Giuseppe Albenzio – Roberto Bin – Benedetto Brancoli Busdraghi – Floriana Cerniglia – Sara D'Amario – Aureliana Di Matteo – Fabrizio Fedeli – Wally Ferrante – Andrea Morrone – Mariaelena Panacci – Emanuela Pazzano – Mauro Prinzivalli – Alberto Quadrio Curzio – Daniele Rosato – Alessandro Zuccaro*.

E-mail:

giuseppe.fiengo@avvocaturastato.it – tel. 066829313

maurizio.borgo@avvocaturastato.it – tel. 066829597

francesca.pioppi@avvocaturastato.it – tel. 066829431

antonella.quirini@avvocaturastato.it – tel. 066829205

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 60L 01000 03245 348 1 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

ABBONAMENTO ANNUO € 40,00

UN NUMERO € 12,00

AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO
RASSEGNA - Via dei Portoghesi, 12, 00186 Roma
E-mail: rassegna@avvocaturastato.it – Sito 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

INCONTRI DI STUDIO

Gli strumenti di politica economica nel nuovo Titolo V della Costituzione. Atti del convegno tenutosi in occasione del 60° anniversario della Costituzione italiana (Roma, 12 marzo 2008, Avvocatura Generale dello Stato)

Interventi di: Glauco Nori, Andrea Morrone, Roberto Bin, Fabrizio Fedeli. pag. 1
Relazioni di: Floriana Cerniglia, Alberto Quadrio Curzio. » 64

CONTENZIOSO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE

Daniele Rosato, *Concessioni e appalti di servizi tra diritto comunitario e diritto nazionale* » 107

1.- Le decisioni

Glauco Nori, *Parzialità della contestazione nella condanna dell'Italia sul condono IVA*. (Corte di Giustizia CE, sent. 17 luglio 2008 nella causa C-132/06) » 151

Aureliana Di Matteo, *Sull'affidamento diretto di servizi di trasporto sanitario, ad associazioni di volontariato*. (Corte di Giustizia CE, sent. 29 novembre 2007 nella causa C-119/06) » 162

Benedetto Brancoli Busdraghi, *Diritto comunitario e lavoratori distaccati: dopo Ruffert, l'accento è sui servizi*. (Corte di Giustizia CE, sent. 3 aprile 2008 nella causa C-346/06) » 178

Sara D'Amario, *Appalti pubblici: tutela delle informazioni riservate e diritto ad un equo processo*. (Corte di Giustizia CE, sent. 14 febbraio 2008 nella causa C-450/06) » 203

2.- I giudizi in corso

Wally Ferrante (*Libera circolazione delle merci, causa C-445/06*). » 216

Giuseppe Albenzio (*Fiscalità, causa C-226/07*). » 225

Giuseppe Albenzio (*Risorse proprie delle Comunità, causa C-275/07*). » 228

Giuseppe Fiengo (*Ambiente e consumatori, causa C-317/07*). » 235

Giuseppe Albenzio (*Unione doganale, causa C-375/07*). » 239

Wally Ferrante (*Ravvicinamento delle legislazioni, causa C-509/07*). » 243

Wally Ferrante (*Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, causa C-523/07*). » 246

Giuseppe Fiengo (*Diritto delle imprese, causa C-538/07*). » 250

Giuseppe Fiengo (*Libertà di stabilimento, cause riunite C-570/07 e C 571/07*). » 254

Wally Ferrante (*Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, causa C-14/08*). » 259

PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO » 265

CONTRIBUTI DI DOTTRINA

Mariaelena Panacci, <i>Gli studi di settore dalla Finanziaria del 2007 a quella del 2008: quali novità?</i> pag.	287
Mauro Prinziwalli, Emanuela Pazzano, <i>L'accertamento del nesso causale e la conseguente responsabilità del Ministero passa attraverso un giudizio controfattuale: "L'azione ipotizzata ed omessa avrebbe impedito l'evento?"</i>	» 296
Alessandro Zuccaro, <i>Dalla procedura di infrazione al terzo decreto correttivo del Codice dei contratti. Verso un project financing di quinta generazione</i>	» 319
INDICI SISTEMATICI	» 345

INCONTRI DI STUDIO

Gli strumenti di politica economica nel nuovo Titolo V della Costituzione

Atti del convegno tenutosi in occasione del 60° anniversario della Costituzione italiana

(Roma, 12 marzo 2008, Avvocatura Generale dello Stato)

Interventi

GLAUCO NORI

Vice Avvocato generale dello Stato

Presentazione

Passati cinque anni dalle modifiche apportate al Titolo V della Parte Seconda della Costituzione, è già possibile farsi un'idea del nuovo assetto dello Stato.

L'Avvocatura Generale dello Stato, che della giurisprudenza costituzionale successiva al 2002 ha vissuto i momenti di maggiore rilievo, ha ritenuto che, in occasione del sessantesimo anniversario della Costituzione, fosse utile soffermarsi sulla distribuzione attuale dei poteri di politica economica sia per sollecitare la ricostruzione teorica da parte di chi, tra i primi, si è occupato dei vari aspetti dell'argomento, sia per dare un'informazione organica a chi di quegli strumenti si deve poi servire.

Per il fine che ci si è proposto si è ritenuto che tre fossero gli argomenti, tra quelli di maggiore interesse, sui quali concentrare l'attenzione: l'art. 95 della Costituzione; il principio di *sussidiarietà*, nella collocazione che oggi ha assunto nell'art. 118; il principio di *leale collaborazione*, che nella giurisprudenza più recente ha assunto un rilievo particolare.

L'Avvocatura dello Stato si trova in una situazione particolare, utile per una visione complessiva e coordinata di certe questioni, per quanto scomoda dal punto di vista operativo.

È coinvolta in gran parte dei giudizi che si svolgono davanti alla Corte costituzionale, anche se in veste diversa, e contemporaneamente difende le

amministrazioni statali e spesso regionali nei giudizi ordinari ed amministrativi, in cui talvolta si riscontrano le difficoltà operative nella attuazione pratica di certe norme o certi principi.

Per la sua visione, in pratica a 360°, del contenzioso pubblico è in grado di ricostruire il quadro, nel quale finiscono con l'emergere le coerenze ma anche le incongruenze tra i principi, le norme ed i criteri operativi che di volta in volta si trovano applicati.

È per questo che è stato scelto l'argomento di cui oggi si tratterà con l'obiettivo, che, si spera, possa essere realizzato in misura soddisfacente, di mettere in evidenza le eventuali difficoltà operative perché, chi ne ha i poteri, possa porvi rimedio.

L'art. 95 della Costituzione attribuisce al Presidente del Consiglio dei ministri la direzione della politica generale e, di conseguenza, la responsabilità corrispondente.

Lo strumento principale di politica economica è la legge.

Nel quadro istituzionale originario il quadro era coerente perché il potere legislativo corrispondente era dello Stato.

Oggi la situazione è mutata.

La prima difficoltà si incontra per il fatto che, innovando radicalmente il Titolo V, non si sia intervenuti sugli altri Titoli, lasciando alla Corte costituzionale il coordinamento conseguente, compito che, quanto meno in linea di principio, non sarebbe della Corte oltre una certa misura.

L'attuale art. 117 lascia alla legislazione esclusiva dello Stato spazi piuttosto ristretti di politica economica (se la si intende in senso ristretto, senza tenere conto dei riflessi economici di altre politiche).

La materia monetaria (lett. e) è ormai comunitarizzata; la *tutela del risparmio* presuppone una ricchezza già prodotta; la *tutela della concorrenza* consente solo di regolare il mercato, per assicurarne la corretta funzione concorrenziale. La materia più vicina è la tutela dei *mercati finanziari*, ma visti anche essi nella loro funzione strumentale, neutra rispetto ai fini.

Resta la sola materia tributaria, con tutti i suoi limiti di efficacia nella politica economica.

La gran parte degli strumenti più incisivi rientra nella legislazione concorrente o esclusiva delle Regioni.

Possono ritenersi utilizzabili i principi fondamentali la cui determinazione, nelle materie di legislazione concorrente, è riservata alla legislazione dello Stato?

I principi fondamentali, almeno nella prospettiva ricavabile dal terzo comma dell'art. 117, sembra che abbiano una funzione di limite e non di stimolo, nel senso che, se la Regione assume l'iniziativa legislativa, ad essi si deve attenere.

Attraverso i principi fondamentali, può lo Stato imporre alle Regioni di assumere iniziative legislative?

La questione, per quello che risulta, non è stata affrontata dalla Corte costituzionale, quanto meno direttamente.

Un orientamento in senso positivo, non espresso ma presupposto, potrebbe desumersi dalla sentenza n. 196/2004, in materia di condono edili-

zio, dalla quale, peraltro, per la particolarità delle questioni e del tempo in cui sono sorte, non sembra prudente trarre conclusioni di ordine generale.

La difficoltà di coordinare l'art. 95 con l'art. 117 è stata sottoposta all'esame della Corte costituzionale, prospettando la sola alternativa che sembrava possibile.

Se la portata normativa dell'art. 95 fosse rimasta immutata, allo Stato si sarebbe dovuta riconoscere come mantenuta la potestà legislativa in materia di politica economica, in quanto politica generale.

In caso contrario il nuovo art. 117 avrebbe, se non abrogato, almeno superato o modificato sostanzialmente l'art. 95.

La Corte ha seguito questa seconda interpretazione con una motivazione quanto mai scarna, della quale, anche se non espresso, è intuibile il motivo ispiratore.

Se si fosse seguita la prima ipotesi interpretativa, era prevedibile che lo Stato, per radicare la sua potestà legislativa, avrebbe definito le leggi che lo interessavano come di politica economica generale, facendole così rientrare nell'art. 95.

Se le Regioni lo avessero contestato, sarebbero potute sorgere questioni complesse di politica generale, sulle quali si sarebbe dovuta pronunciare la Corte, con tutte le implicazioni conseguenti.

La Corte ha preferito fare applicazione dell'art. 118, attraverso la formula, ormai di applicazione costante, della *chiamata in sussidiarietà*.

Ha risolto il problema operativo, assicurando allo Stato il potere di intervento, ma si è riservato, di fronte ad eventuali contestazioni, di trovare la soluzione caso per caso senza dover affrontare argomenti di portata generale.

La soluzione è stata così trovata in una sfera diversa da quella naturale.

Dall'ambito legislativo, dove si sarebbero dovuti collocare i rapporti tra art. 95 e 117, si è passati a quello delle *funzioni amministrative*, nel quale opera il principio di *sussidiarietà*.

Come si è accennato, alla Corte costituzionale non si prospettavano soluzioni diverse, salvo a spogliare lo Stato di qualsiasi potere di politica economica.

Riconoscere all'art. 95 pieno vigore, non toccato dalle modifiche del Titolo V, sarebbe stato forse più soddisfacente dal punto di vista delle simmetrie istituzionali, ma avrebbe provocato difficoltà di coordinamento piuttosto serie, il cui superamento avrebbe fatto carico alla Corte.

La soluzione trovata ha salvato gli interessi operativi dello Stato attraverso una costruzione che ha tutelato, secondo alcuni anche al di là del necessario, i nuovi poteri che il Titolo V ha attribuito alle Regioni.

Le questioni sorte e le posizioni assunte dalle parti, talvolta piuttosto radicali, possono indurre nel dubbio che alcune delle soluzioni adottate abbiano finito col risentire della particolare conflittualità del periodo in cui il Titolo V è entrato in prima attuazione.

Dalla giurisprudenza della Corte si ricava l'impressione che si sia voluto tutelare al massimo grado i poteri delle Regioni.

Di fronte all'ampliamento di questi poteri, che hanno spostato il baricentro legislativo verso le Regioni, la Corte ha voluto creare una linea di difesa che non ne consentisse erosioni.

Questo orientamento non sembra del tutto coerente con certi principi tradizionali, secondo i quali più i poteri vengono decentrati, più si ritiene che vadano rafforzati quelli mantenuti al centro in modo che sia garantita l'efficacia degli interventi da valere su tutto il territorio nazionale.

La Corte costituzionale, sia per alcuni orientamenti ricorrenti che per la parzialità dell'intervento innovatore, sembra aver temuto il rischio contrario ed ha preso le contromisure in via preventiva.

È questa l'impressione che si è avuta nel riscontrare alcune difficoltà operative, di fronte alle quali si sono talvolta trovate le Amministrazioni statali.

In questa prospettiva vanno collocate la *sussidiarietà* e la *leale collaborazione*, che costituiscono ormai i principi di base della giurisprudenza in materia della Corte costituzionale.

Da qui l'utilità di qualche riflessione aggiornata su di essi.

Per il principio di sussidiarietà le funzioni vanno attribuite "alle autorità territorialmente e funzionalmente più vicine ai cittadini interessati" "con l'esclusione delle funzioni incompatibili con le dimensioni medesime" [territoriali] (art. 4.3 lett. a) della legge n. 59/97).

Il principio opera da tempo nell'ordinamento comunitario.

Dopo essere emerso nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, è stato formalizzato nell'art. 5 (già art. 3 B) del Trattato CE: "nei settori *che non sono di sua esclusiva competenza* la Comunità interviene, secondo il principio di sussidiarietà, soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione, essere meglio realizzati a livello comunitario".

Presupposto per la sua applicabilità è, dunque, che ci siano competenze concorrenti.

Le competenze, che sono definite *concorrenti*, non si sovrappongono integralmente, nel senso che investono la stessa materia, ma diverse sono le sfere territoriali, più estese per alcuni soggetti e più limitate per gli altri, ma all'interno di quella più vasta cosicché il soggetto a competenza territoriale più ampia può intervenire solo quando gli effetti si debbono produrre in modo uniforme su tutto il territorio di sua competenza.

Il principio costituisce, dunque, il criterio di distribuzione delle competenze concorrenti, con funzione di limite alla competenza del soggetto a sfera territoriale più ampia e di tutela dell'ente a competenza ristretta, che la esercita a più diretto contatto con gli interessati.

In questo modo si evita che il soggetto più lontano dagli amministrati intervenga quando gli interessi rilevanti non sono pregiudicati da una disciplina territorialmente differenziata.

Nell'ambito comunitario quando le sfere di competenza della Comunità si sono ampliate, l'ampliamento *orizzontale*, in quanto esteso ad altre materie, è stato temperato in senso *verticale* dal principio di sussidiarietà, che ha consentito alla Comunità di spingersi solo fino al punto in cui il suo intervento fosse necessario per realizzare gli interessi unitari della Comunità, lasciando tutti gli altri interventi agli Stati ed alle loro articolazioni territoriali interne.

In quanto criterio di distribuzione delle competenze concorrenti, una volta che sia accertato che, per la necessità che si producano effetti uniformi sull'intero territorio di riferimento, è l'ente a competenza territoriale maggiore che deve operare, la sua competenza dovrebbe essere esclusiva nel senso che su di essa non potrebbero interferire le competenze territorialmente limitate, sempre che sia mantenuta nei limiti conseguenti alla sussidiarietà.

Sul punto è il caso di intrattenersi.

La sussidiarietà, come si è già rilevato, opera solo in caso di competenze concorrenti e la sua funzione è quella di far individuare l'ente che di volta in volta può intervenire: è, cioè, un criterio di distribuzione delle competenze.

Né potrebbe essere altrimenti.

Se la competenza dell'ente è giustificata dal fatto che sull'intero territorio di sua influenza gli effetti si debbono produrre in modo uniforme, qualsiasi interferenza di soggetti a competenza territoriale limitata pregiudicherebbe l'obiettivo.

Nella giurisprudenza comunitaria l'intervento della Comunità è sempre giustificato dalla impossibilità per gli Stati di conseguire l'obiettivo fissato dalla normativa comunitaria, con la conseguente esclusione di questi ultimi fino al limite in cui il loro intervento non sarebbe produttivo (v., tra le altre, la sentenza 13 maggio 1997 C-233/94).

Che attraverso il principio di sussidiarietà si realizzi la ripartizione delle competenze tra gli Stati membri e la Comunità è rilevato espressamente dall'Avvocato Generale nelle conclusioni nel giudizio che si è concluso con la sentenza appena richiamata.

Il principio si trova confermato nelle conclusioni dell'Avvocato Generale nel procedimento C-377/98: "la Comunità prenderà l'iniziativa secondo il principio di sussidiarietà solo e nei limiti in cui gli obiettivi programmati non possono essere perseguiti adeguatamente dagli Stati membri e possono di conseguenza, per la loro portata o per gli effetti richiesti, essere meglio perseguiti dalla Comunità".

Secondo la giurisprudenza della Corte in base alla sussidiarietà la competenza è o della Comunità o degli Stati: l'una esclude l'altra.

La Corte costituzionale non è su questa linea.

Nella sentenza n. 303/2033, che è la sentenza di riferimento in materia, la Corte ha seguito "una concezione procedimentale e consensuale".

La sua argomentazione può essere così schematizzata:

- si deve partire dall'esame delle funzioni amministrative per verificare se queste, per la scala nazionale della loro operatività, possono essere esercitate solo dallo Stato;
- il principio di legalità "impone che anche le funzioni assunte in sussidiarietà siano organizzate e regolate dalla legge", che non può essere che quella statale;
- il riparto delle competenze legislative contenuto nel Titolo V può subire una deroga solo nei limiti della ragionevolezza;
- "dal congiunto disposto degli artt. 117 e 118, primo comma, *sia* desumibile anche il principio che dell'intesa consegue alla peculiare funzione

- attribuita alla sussidiarietà, che si discosta in parte da quella già conosciuta nel nostro diritto di fonte legale”, vale a dire la legge n.59/1997;
- il fatto che dalla funzione amministrativa sia attratta quella legislativa “può aspirare a superare il vaglio di legittimità costituzionale solo in presenza di una disciplina che prefiguri un *iter* in cui assumano il dovuto risalto le attività concertative e di coordinamento orizzontale, ovverosia le intese, che devono essere condotte in base al principio di lealtà”.

La Corte ha dichiarato di aver voluto così adottare una nozione *dinamica* della sussidiarietà invece della “primitiva dimensione statica”.

Della originaria e tradizionale nozione della *sussidiarietà* è stato così cancellato uno dei tratti essenziali.

La giurisprudenza costituzionale successiva ha confermato questa nozione, precisandone alcuni caratteri.

L'intesa deve essere *forte* e non può essere, pertanto, evitata per nessuna ragione e con nessun mezzo, compreso il potere sostitutivo, introdotto dall'art. 120.

Di conseguenza, in caso di dissenso, il procedimento non si potrà concludere, salva la definizione attraverso un ricorso per conflitto di attribuzione.

La Regione non può intervenire nel procedimento legislativo, ma la legge deve coinvolgere la Regione nei procedimenti amministrativi che prevede.

La Corte costituzionale è stata, dunque, consapevole di aver teorizzato una sussidiarietà atipica, che ha definito per questo *dinamica*.

A questo risultato è pervenuta con un procedimento argomentativo che merita di essere esaminato nel suo sviluppo.

La Corte ha ritenuto che la “chiamata in sussidiarietà” avrebbe potuto resistere ad “uno scrutinio stretto di costituzionalità” solo se mantenuta nei limiti della ragionevolezza (v. ancora sent. n.303/2003).

Lo *scrutinio di costituzionalità* va effettuato, pertanto, sulla legge statale emanata in sussidiarietà.

La potestà legislativa viene acquisita dallo Stato in sussidiarietà perché, una volta accertato che le funzioni amministrative debbono essere sue, non gli possono essere attribuite da altri.

Va escluso, già in linea di principio, che l'attribuzione possa provenire dalle Regioni sia perché un legge regionale non può vincolare lo Stato, sia perché sarebbe necessario che l'attribuzione pervenisse da tutte o da più Regioni contemporaneamente.

Una soluzione diversa da quella adottata si sarebbe potuta avere nelle materie di legislazione concorrente.

Lo Stato si sarebbe potuto attribuire le funzioni nel fissare i principi fondamentali della materia.

Se, ai sensi dell'art. 118 Cost., le funzioni non possono essere esercitate utilmente che in modo uniforme su tutto il territorio statale, l'attribuzione unitaria sarebbe potuta intervenire attraverso i principi fondamentali della materia.

Per escluderlo si sarebbe dovuto ritenere che i principi fondamentali, richiamati nel terzo comma dell'art. 117 Cost., non possano che avere carattere sostanziale e non investire le competenze.

Non sembra, peraltro, che il testo della norma costituzionale giustifichi una tale conclusione né in questo senso sembra orientata la giurisprudenza costituzionale.

L'orientamento seguito dalla Corte costituzionale dovrebbe essere valido a maggior ragione per le materie di legislazione concorrente.

Così ricostruito, il procedimento argomentativo seguito dalla Corte fa sorgere qualche perplessità.

La *chiamata in sussidiarietà* presuppone che le funzioni debbano essere esercitate dallo Stato per la necessità che su tutto il territorio nazionale si producano effetti uniformi.

Da questa esigenza, realizzata attraverso la sussidiarietà, per il principio di *legalità* la potestà legislativa non può essere che dello Stato perché solo la legge dello Stato può radicare una competenza amministrativa di organi statali.

Se la competenza non può essere che statale, deve anche essere solo dello Stato perché l'intervento regionale non solo non è necessario per quell'uniformità, ma è tendenzialmente di ostacolo.

Come si spiega allora l'intesa forte?

La Corte ha fatto ricorso alla *ragionevolezza*.

Poiché ha desunto la potestà legislativa da una norma sulle funzioni amministrative, ha ritenuto che non potessero essere sacrificate del tutto le funzioni delle Regioni alle quali era riservata la legislazione, al di fuori della sussidiarietà.

In pratica la perdita della potestà legislativa, anche se costituzionalmente giustificata, per la coerenza e la ragionevolezza del sistema doveva salvare le funzioni amministrative della Regione, che in base alla *sussidiarietà* non competevano ad essa.

La sussidiarietà *dinamica* finisce con l'essere una sussidiarietà atipica, che fa sorgere perplessità anche da un punto di vista diverso.

La competenza amministrativa statale, vale la pena di ripeterlo, fa acquistare allo Stato la potestà legislativa per la sua attribuzione.

Perché l'intesa forte deve essere con le Regioni (e necessariamente con le Regioni, stando alla giurisprudenza della Corte costituzionale)?

Secondo il principio di sussidiarietà, una volta esaurita la competenza dello Stato potrebbe radicarsi quella dei Comuni, secondo il principio fissato nell'art. 118. Alle Province ed alle Regioni si potrebbe risalire solo per sussidiarietà.

La giurisprudenza della Corte sembra, invece, superare la scala dell'art. 118, attribuendo senz'altro la partecipazione all'intesa alla Regione, in ogni caso.

La competenza regionale, in pratica, viene desunta dal fatto che, una volta superata la potestà legislativa regionale in favore dello Stato, alla Regione residua comunque una competenza amministrativa da esercitare d'intesa con lo Stato.

In pratica, superando il principio su cui si fonda l'art. 118, le competenze amministrative sono state ricollegate alla potestà legislativa, riassegnandole all'ente, in questo caso la Regione, nella cui legislazione, sia esclusiva che concorrente, rientra la materia.

Il principio di *ragionevolezza*, al quale la Regione ha dichiarato di ispirarsi, ha fatto, quindi, superare quello di *sussidiarietà*.

In questo ordito costituzionale va inquadrata l'intesa *forte*.

Se le funzioni amministrative sono state ricollegate alla potestà legislativa e se sono state mantenute alle Regioni anche quando la loro potestà legislativa viene meno, ma in via solo episodica, si è ritenuto che quelle funzioni, almeno loro, non potessero essere messe da parte integralmente e che andassero comunque mantenute all'interno di una intesa, necessariamente *forte*.

La conseguenza sul piano pratico è che, in caso di dissenso non superabile, o l'iniziativa statale si esaurisce senza risultati, o del conflitto viene investita la Corte costituzionale che, nel risolverlo, dovrà individuare la posizione prevalente, facendo una scelta di politica economica.

Senonché la sede giurisdizionale, anche se di livello costituzionale, non sembra la più adatta per scelte di questo genere.

L'*intesa forte*, secondo la Corte costituzionale, è uno dei modi di attuazione del principio di *leale collaborazione*, al quale si debbono ispirare i rapporti non solo tra Stato e Regioni, ma tra tutti gli enti che costituiscono la Repubblica ai sensi dell'art. 114.

La *leale collaborazione* è una delle tante clausole generali, inserite nella Costituzione, che consente alla Corte costituzionale di procedere a valutazioni cliniche, fondate sulle peculiarità dei singoli casi.

La *leale collaborazione* ha operato inizialmente soprattutto a tutela delle sfere legislative regionali elencate, secondo il testo originario dell'art. 117.

Attraverso di essa si è voluto evitare che lo Stato, nell'esercizio della sua potestà legislativa generale, finisse con l'intromettersi nelle materie riservate alle Regioni.

Né si è trattato di novità perché quel principio, ed altri analoghi, hanno trovato applicazione prevalentemente a tutela di competenze limitate o elencate.

Oggi che il baricentro legislativo si è spostato verso le Regioni ed elencate sono le materie di legislazione esclusiva statale, la leale collaborazione ha continuato a trovare applicazione in funzione di limite ai poteri statali.

Anche se non ci sono enunciazioni espresse in questo senso, ma nella giurisprudenza costituzionale recente si trova di fatto applicato prevalentemente in questo senso.

Il risultato è che un principio, applicato prevalentemente in favore del titolare di competenze elencate, ha finito con l'operare come limite di chi oggi ha quelle competenze.

In altre parole, sembra che non sia più uno strumento a tutela di potestà limitate, ma a tutela degli enti territoriali nei confronti dello Stato, anche se l'equilibrio istituzionale è mutato radicalmente.

Come si ripete, nella giurisprudenza costituzionale non si trovano enunciazioni nel senso indicato, formulate in termini generali; è solo l'idea che si ricava da un esame panoramico di quella giurisprudenza.

L'obiettivo di questo convegno è di chiarire gli aspetti rilevanti dei vari problemi, in modo che gli organi competenti siano informati degli strumenti di politica economica di cui dispongono, così da non confidare, una volta fatti i programmi, di poterli attuare in assoluta indipendenza.

ANDREA MORRONE

Professore di diritto costituzionale nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Alma Mater Studiorum - Università degli Studi di Bologna

Gli strumenti di politica economica nel nuovo Titolo V della Costituzione

SOMMARIO: 1.- Prologo. 2.- Gli strumenti di politica economica nel nuovo titolo V. 3.- Tendenze nella giurisprudenza costituzionale: a) nelle materie esclusive. 4.- Segue: b) nelle materie concorrenti. 5.- Segue: c) nelle materie residuali. 6.- Politica economica e “costituzione finanziaria”. 7.- Epilogo.

1. *Prologo.* – Quali strumenti di politica economica per lo Stato? La domanda ha ragione di porsi soprattutto dopo la riforma costituzionale del titolo V. Prima della legge cost. n. 3 del 2001 la Costituzione e il diritto positivo non davano adito a dubbi: la politica economica coincideva con la politica statale (1). Del resto, questo assunto corrispondeva alla struttura dell'amministrazione pubblica concepita e organizzata in termini unitari, sulla base del principio di gerarchia, nonostante la struttura decentrata della Repubblica e la presenza di enti territoriali dotati di autonomia politica. L'intervento pubblico nell'economia, diretto o indiretto non importa, era essenzialmente riferito alle scelte politiche dello Stato e andava realizzato secondo i principi contenuti negli artt. 41 e ss. Cost. che, secondo una nota concezione, davano sostanza alla pur controversa nozione di “costituzione economica”. Anche scientificamente il diritto pubblico dell'economia è stato e continua a essere configurato come una parte del diritto pubblico statale *tout court*. Questa dimensione nazionale dell'economia pubblica non è stata messa in discussione neppure dal processo di integrazione europea, sia con riferimento alla definizione delle politiche economiche europee (2), sia riguardo al rinnovato modello di intervento pubblico nell'economia, quello dello stato regolatore (3). Pure l'art. 117, nella sua originaria edizione, confermava la sostanziale estraneità delle regioni (e in genere dei livelli decentrati di governo territoriale) dalle scelte fondamentali di politica economica nazionale, stante la sostanziale irrilevanza dei poteri regionali. La potestà

(1) Non serve in questa sede specificare il significato dell'espressione “politica economica”, trattandosi solo di una nozione descrittiva, nella quale rientrano gli interventi in materia di proprietà, impresa, lavoro, fonti di energia, credito e risparmio, urbanistica, protezione sociale, salute ecc. Cfr. M. S. GIANNINI, *Economia (disciplina della)*, in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1965, 276.

(2) Cfr. G. L. TOSATO, R. BASSI, *Unione economica e monetaria*, in *Enc. Dir.*, V, *Aggiornamento*, Milano, 2001, 1092.

(3) Cfr. per una ricostruzione sintetica delle vicende dell'intervento pubblico nell'economia, F. MERUSI e G. C. SPATTINI, *Economia (intervento pubblico nell')*, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, III, Milano, 2006, 2084 ss.

legislativa concorrente era, infatti, limitata a fiere e mercati, turismo ed industria alberghiera, tranvie e linee automobilistiche di interesse regionale, agricoltura, artigianato. Del resto rimaneva solo nell'ambito delle petizioni di principio lo slogan, in voga negli anni Settanta, delle regioni per la programmazione e quali strumenti per la riforma dello Stato (4). Se si getta lo sguardo al processo di decentramento ci si avvede con facilità come proprio lo "sviluppo economico" abbia rappresentato il "settore organico" nel quale più forti sono state le resistenze dell'amministrazione centrale e, quindi, quello meno permeabile al processo di regionalizzazione delle funzioni amministrative. Timido è stato pure l'esito della riforma Bassanini: l'unico tentativo di rottura dell'unità economica nazionale è stato il varo del c.d. federalismo commerciale, per effetto del decreto Bersani del 1998 (5).

Nella nostra materia era abbastanza scontato ritrovare un naturale riflesso del limite dell'interesse nazionale che, nel modello di regionalismo conosciuto fino alla riforma del titolo V, costituiva il principale e il più penetrante strumento di ritaglio statale delle materie di competenza regionale (6). Proprio la presenza dell'interesse nazionale finiva per giustificare un contesto culturale e materiale diretto a marginalizzare regioni e enti locali nelle scelte di politica economica, grazie al combinato disposto della teoria dell'art. 117 Cost. come "pagina bianca", della sostanziale assenza di leggi cornice nelle materie di legislazione concorrente, della presenza di un penetrante potere statale di direzione e della legislazione e dell'amministrazione regionale e locale per mezzo della funzione statale di indirizzo e coordinamento, dell'avallo giurisprudenziale agli indirizzi di politica economica statale.

Evidente era, proprio alla luce di questo quadro complessivo, lo scarto tra il diritto vivente e l'esperienza storica dello Stato-nazione, specialmente se riguardata alla luce dei processi di trasformazione economica e istituzionale in atto nei principali Paesi del mondo occidentale. La globalizzazione innanzitutto, che manda in crisi il modello tradizionale dell'impresa fordista e spinge verso il decentramento produttivo, verso l'impresa a rete, diffusa, ad alta tecnologia. La competizione economica diventa una competizione tra sistemi regionali, tra imprese e territori. Assume rilievo il c.d. regionalismo economico, al quale fa da *pendant* il conio dell'espressione "*glocal*", quale nuovo modello di organizzazione economica insieme globale e locale (7).

(4) Significativo era che il varo delle regioni veniva percepito piuttosto in chiave di partecipazione democratica più diffusa, perché la questione più stringente era l'esigenza di invertire la tendenza alla "privatizzazione del potere statale". Cfr. U. ROMAGNOLI, *Il sistema economico nella costituzione*, in F. GALGANO, *La costituzione economica*, Padova, 1977, 170 s.

(5) Su cui vedi F. CINTIOLI, *Commercio e liberalizzazione*, in "MCR", 2007, 427 ss.; P. BILANCIA, *La disciplina del commercio tra legislazione e attività pianificatoria*, in *Le Regioni*, 2005, 743 ss.

(6) Insuperata resta l'analisi e le prospettive tracciate da A. BARBERA, *Regioni e interesse nazionale*, Milano, 1973.

(7) Su questi scenari e sulle valutazioni di sistema, cfr. A. BARBERA, *Audizione*, Commissioni affari costituzionali di Camera e Senato, 11 dicembre 2006, in www.forumcostituzionale.it.

Questa nuova realtà economica è la principale causa della tanto celebrata crisi dello Stato, stretto nella morsa di forze opposte che spingono, da un lato, al rafforzamento delle organizzazioni internazionali e sovranazionali e, dall'altro, alla creazione o al potenziamento di poteri regionali e locali (anche in esperienze storiche tradizionalmente accentrate come la Francia). In questo contesto appaiono egualmente inadeguati modelli organizzativi ispirati olisticamente a centralismo o a municipalismo, mentre si manifesta un nuovo spazio per le Regioni e per lo Stato. Per i governi regionali si dischiudono orizzonti di politica economica proprio in funzione della creazione di condizioni e di servizi per l'impresa a rete. Per l'amministrazione statale, abbandonata la logica dell'intervento ispirato a criteri di uniformità di trattamento, la possibilità di svolgere una essenziale funzione di unificazione della rete, mediante la programmazione nazionale dei sistemi economici regionali.

2. *Gli strumenti di politica economica nel nuovo titolo V.* – In questo scenario va collocata la riforma del titolo V. Ma quali sono le soluzioni positive? Fin dall'art. 114 Cost. è possibile cogliere il nuovo volto della Repubblica in una forma molto diversa da quella disegnata dal Costituente: da uno Stato che si decentra (“La Repubblica si riparte...”) si arriva all’idea “federale” della Repubblica “costituita dai comuni, dalle province, dalle città metropolitane, dalle regioni e dallo Stato”. Formula, questa, che costituisce il *leitmotiv* di tutte le altre disposizioni, dando forma a un modello molto originale, specie se paragonato alle esperienze storiche dello Stato federale, normalmente articolate su tre livelli di governo, laddove la riforma del titolo V prefigura ben cinque poteri territoriali distinti (8). L'aspetto più saliente resta, però, l'inversione del criterio costituzionale di allocazione delle competenze: anche in questo caso l'esperienza federale viene assunta a parametro per passare dalla competenza regionale limitata a materie enumerate, con generale potestà dello Stato, all'opposta soluzione dell'enumerazione tassativa delle competenze statali e della residualità-generalità delle competenze legislative regionali. Questa soluzione, unita al principio di sussidiarietà delle funzioni amministrative, produce un effetto formalmente rivoluzionario: viene così rovesciato il rapporto tra unità e differenziazione, passando quest'ultimo principio da eccezione a regola. L'intervento dello Stato è sussidiario e limitato a questioni di carattere nazionale perché la regola è che l'amministrazione e la legislazione siano costruite a partire dai livelli più vicini al cittadino (principio di prossimità) e, quindi, secondo il principio di differenza delle politiche pubbliche. Regole, queste, rese ancora più stringente dalla previsione in una versione innovativa, almeno rispetto a quanto già poteva desumersi dall'art. 2 Cost., del principio di sussidiarietà anche in

(8) “Dal triangolo tedesco al pentagono italiano” è l'efficace immagine coniata da autorevole dottrina proprio per dare conto della singolarità della riforma del 2001: cfr. A. BARBERA, *Dal “triangolo tedesco” al “pentagono italiano”*, in *Quad. cost.*, 2002, 85 ss.

senso orizzontale (art. 118, c. 4, Cost.). In base ad esso, ciascun livello di governo favorisce “l’autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale”. Questo nuovo modello – peraltro di difficile qualificazione, se è vero che nessuno sia riuscito a fornirne una precisa definizione – porta alle estreme conseguenze il processo che sul piano dell’amministrazione è stato avviato con le c.d. riforme Bassanini (Legge n. 59 del 1997 e D.Lgs. n. 112 del 1998) della seconda metà degli anni ‘90 del secolo scorso. La riforma costituzionale, però, ne travalica abbondantemente confini e obiettivi, proprio perché i suoi principi ispiratori sono destinati a mettere in moto processi di trasformazione in tutti gli ambiti dell’ordinamento giuridico. Basti solo ricordare, per dare ancora un’idea, la prospettiva “eversiva”, almeno rispetto al modello costituente, prefigurata dalla clausola costituzionale relativa alla “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale”. In questa formula vi è, infatti, un disegno del rapporto tra economia, società e poteri pubblici del tutto diverso dal tipo di stato sociale conosciuto fino a questo momento.

Che l’unità, da dato presupposto, sia diventato un problema e, quindi, un obiettivo da realizzare, a partire dalla pluralità dei soggetti e dalla differenziazione delle politiche pubbliche, lo dimostra proprio la scomparsa del limite dell’interesse nazionale, nonché la parallela previsione di interventi del governo solo in via sostitutiva e a valle dei processi decisionali e amministrativi, in caso di mancato rispetto degli obblighi internazionali e del diritto comunitario, di pericolo per l’incolumità e la sicurezza pubblica, per la tutela dell’unità giuridica e dell’unità economica, e per la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali. Proprio leggendo sistematicamente la clausola sui livelli essenziali e quella della tutela dell’unità economica possono trovarsi le coordinate per impostare, almeno formalmente, un nuovo assetto dei poteri di intervento pubblico nell’economia, in linea con il principio ispiratore della riforma, quello della differenza nell’unità.

Se si scende dal piano generale a quello specifico della politica economica, non si può non rilevare come la riforma del titolo V abbia superato completamente la logica fortemente garantista del regionalismo delle origini. Scorrendo l’art. 117 Cost. si assiste a un processo di scomposizione materiale: e, cioè, la frantumazione dei settori economicamente rilevanti e la frammentazione delle materie e delle competenze tra diversi livelli di governo. Prendono così forma la “moneta”, la “tutela del risparmio e dei mercati finanziari”, la “tutela della concorrenza”, il “sistema valutario”, il “sistema tributario e contabile dello Stato”, la “perequazione finanziaria”, assegnate alla potestà esclusiva dello Stato; il “commercio con l’estero”, le “professioni”, la “ricerca scientifica e tecnologica” e il “sostegno all’innovazione per i settori produttivi”, i “porti e gli aeroporti civili”, le “grandi reti di trasporto e di navigazione”, l’ “ordinamento della comunicazione”, la “produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell’energia”, la “previdenza complementare e integrativa”, l’ “armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario”, le “casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale”, tutte attribuite alla legislazio-

ne regionale concorrente, sulla base dei principi fondamentali stabiliti con legge dello stato. In base alla clausola di residualità, stabilita dal co. 4 dell'art. 117 Cost., almeno virtualmente le regioni diventano titolari di materie innominate, ossia di "ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato". Tra queste, le più rilevanti sono proprio quelle che esprimono una naturale vocazione economica, come l'industria, il commercio, l'agricoltura, l'artigianato, i servizi pubblici, i lavori pubblici e l'edilizia ecc.

La pluralità delle materie insieme alla diversità delle competenze impone di rispondere alla domanda se la politica economica, almeno nei suoi settori strategici, non abbia perduto quell'unità funzionale che l'aveva caratterizzata nell'esperienza pregressa e se, di conseguenza, non si sia operata qui una sostanziale regionalizzazione dei relativi strumenti decisionali e organizzativi. La lettura del testo sembrerebbe spingere proprio in quest'ultima direzione. Ma anche l'esperienza ha conosciuto alcuni episodi nei quali proprio la tesi dell'avvenuta regionalizzazione è stata particolarmente enfatizzata (9). In realtà, sia per ragioni formali che per motivi sostanziali, pare difficile stabilire chi fa cosa, con ricadute sul piano della certezza del diritto, ma anche sulle strategie di intervento pubblico nell'economia e, per la stretta connessione, in materia di tutela dei diritti fondamentali. L'aspra conflittualità istituzionale che la riforma del titolo V ha causato, specie in assenza di un razionale disegno di attuazione legislativa, rappresenta la conferma più chiara di questo stato di incertezza e, al contempo, il dato più preoccupante sulle prospettive future.

3. *Tendenze nella giurisprudenza costituzionale: a) nelle materie esclusive.* – Anche in questo ambito diventa indispensabile ricorrere alla giurisprudenza costituzionale. Nonostante la casistica alquanto puntistica, è possibile cogliere alcune linee di tendenze. In questa parte articolerò il discorso sulla giurisprudenza in base alla tipologia delle competenze (esclusive, concorrenti, residuali), dedicando altresì alcune considerazioni al tema delle risorse finanziarie.

Nell'ambito delle materie di competenza esclusiva statale ha assunto un ruolo centrale la "tutela della concorrenza". Nella giurisprudenza costituzionale sono puntualizzati la nozione, la rilevanza, la natura e i limiti della materia. Nella sentenza n. 14 del 2004, in materia di aiuti di Stato, la formula costituzionale viene resa in una duplice accezione, "in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell'accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali". La nozione comprende sia gli strumenti a tutela di un mercato concorrenzia-

(9) È rimasta negli annali la proposta, fatta nel dibattito intorno alla crisi della principale impresa italiana, la Fiat, nel 2002, sulla necessità che al relativo risanamento provvedesse solo la regione Piemonte.

le (concorrenza del mercato), sia quelli diretti a promuovere un mercato concorrenziale (concorrenza per il mercato) (10). La clausola diventa così la sintesi dei poteri di politica economica a disposizione dello Stato (11). In questa direzione spingono le affermazioni, insistite e penetranti, dirette a rimarcare che si tratta di strumenti destinati allo “sviluppo dell’intero Paese”, che hanno “carattere unitario”, che presuppongono la “unitarietà” e del mercato e dell’impresa, e che giustificano interventi espressamente qualificati – con formula, invero, non esente da ambiguità – di carattere “macroeconomico”, collegati al processo di bilancio e alle decisioni finanziarie dello Stato (12). Riprendendo una formula coniata per la tutela dell’ambiente (13), anche la tutela della concorrenza viene configurata non come una materia in senso stretto, ma come una funzione di carattere trasversale, senza confini certi o comunque definibili *a priori*, potenzialmente destinata ad incidere su tutte le materie regionali. Ecco, quindi, che nella giurisprudenza riprende forma un approccio teso a dare rilievo alla dimensione degli interessi quale criterio selettivo degli spazi di autonomia regionale. Per escludere la possibilità concreta di una dilatazione massima della materia, tale da vanificare lo schema di riparto dell’art. 117 Cost., soccorre proprio la dimensione macroeconomica dell’intervento statale. Di conseguenza, “appartengono, invece, alla competenza legislativa concorrente o residuale delle Regioni gli interventi sintonizzati sulla realtà produttiva regionale”.

Il significato di questo, apparentemente labile, confine viene reso manifesto in numerose decisioni, dalle quali è possibile estrarre un catalogo di regole per il legittimo esercizio della potestà statale. La titolarità della competenza esclusiva giustifica interventi di carattere generale, destinati a tradursi in discipline interamente riservati al legislatore statale in assenza di competenze regionali interferenti (14). Quando esiste, nel medesimo ambito,

(10) Corte cost. sent. n. 401 del 2007, in materia di codice dei contratti pubblici.

(11) In una versione distante da quella postulata in letteratura: cfr. ad esempio G. CORSO, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle regioni e dello Stato)*, in *Diritto pubblico*, 2002, 981 ss.; per una lettura critica della giurisprudenza, diretta a ricercare un punto di difficile equilibrio tra Stato e regioni, cfr. L. BUFFONI, *La “tutela della concorrenza” dopo la riforma del titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto di competenze legislative*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2003, 345 ss.

(12) Così sempre nella sent. n. 14 del 2004.

(13) Corte cost. sent. n. 407 del 2002, ma che la tutela dell’ambiente fosse riconducibile ad una materia o meglio a un valore di carattere trasversale era anche la giurisprudenza precedente la riforma del titolo V.

(14) È il caso della disciplina dei contratti pubblici, contenuta nel c.d. codice varato con il D.Lgs. n. 163 del 2006, deciso con sent. n. 401 del 2007. In particolare la decisione rigetta varie questioni (salvo casi limite): sulla disposizione che dispone l’inderogabilità da parte delle regioni delle norme sulla qualificazione e selezione dei concorrenti; le procedure di affidamento, esclusi i profili di organizzazione amministrativa; i criteri di aggiudicazione; il subappalto; i poteri di vigilanza sul mercato degli appalti affidati all’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture; le attività di progettazione e ai piani di

una competenza regionale di natura concorrente o residuale, la potestà legislativa statale deve limitarsi a dettare una disciplina di principio (o, meglio, a stabilire principi “fondamentali” o “generali”, secondo le differenti qualificazioni) (15). Occorre ricordare, tuttavia, che la distinzione principio-dettaglio – già di difficile enucleazione in sede di teoria generale – si scioglie fino a scomparire quando si tratta di discipline statali funzionali alla concorrenza (ossia di carattere promozionale). Il caso più rilevante riguarda la disciplina della liberalizzazione del commercio (D.Lgs. n. 114 del 1998, c.d. Decreto Bersani), affrontato dal giudice delle leggi con due decisioni sostanzialmente speculari (16). Nel riconoscere come legittima l’autoqualificazione della disciplina in quanto finalizzata alla tutela della concorrenza, la Corte costituzionale si premura di precisare che il carattere generale e trasversale del titolo di attribuzio-

sicurezza; la stipulazione e all’esecuzione dei contratti, ivi compresi direzione dell’esecuzione, direzione dei lavori, contabilità e collaudo, ad eccezione dei profili di organizzazione e contabilità amministrative; il contenzioso. Stabilito che i contratti pubblici e in genere l’intera attività contrattuale della pubblica amministrazione non sono una materia ma un’attività che inerisce alle singole materie alle quali si applica, la Corte inquadra la disciplina del codice nell’ambito della “tutela della concorrenza”, nell’accezione specifica di “concorrenza per il mercato”, al fine di assicurare l’apertura del mercato a tutti i soggetti interessati. In tema di attività contrattuale la tutela della concorrenza, ancorché materia trasversale, “si atteggia, in modo peculiare, non realizzandosi normalmente un intreccio in senso stretto con ambiti materiali di pertinenza regionale, bensì la prevalenza della disciplina statale su ogni altra fonte normativa. Ne consegue che la fase della procedura di evidenza pubblica, riconducibile alla tutela della concorrenza, potrà essere interamente disciplinata, nei limiti e secondo le modalità di seguito precisati, dal legislatore statale”.

(15) Cfr. le decisioni in materia di servizi pubblici locali, sentt. nn. 274 del 2004 e 29 del 2006.

(16) Cfr. Corte cost. sent. n. 430/2007. Nel caso viene sottolineata l’erronea prospettazione delle regioni ricorrenti: la disciplina è riconducibile non allo “sviluppo economico”, ma incide sul “commercio”, materia residuale regionale; ma ciò non esclude la riconducibilità alla “tutela della concorrenza”, perché l’obiettivo è garantire il mercato e i soggetti. “La disposizione censurata si inserisce nel quadro di questo processo di modernizzazione, all’evidente scopo di rimuovere i residui profili di contrasto della disciplina di settore con il principio della libera concorrenza. E il presupposto logico su cui la stessa normativa si fonda è che il conseguimento degli equilibri del mercato non può essere predeterminato normativamente o amministrativamente, mediante la programmazione della struttura dell’offerta, occorrendo invece, al fine di promuovere la concorrenza, eliminare i limiti ed i vincoli sui quali ha appunto inciso la norma, che ha quindi fissato le condizioni ritenute essenziali ed imprescindibili per garantire l’assetto concorrenziale nel mercato della distribuzione commerciale” (...). “Si tratta dunque di prescrizioni coerenti con l’obiettivo di promuovere la concorrenza, risultando proporzionate allo scopo di garantire che le attività di distribuzione dalle stesse considerate possano essere svolte con eguali condizioni. Questa finalità ha, infatti, reso necessario fissare i presupposti in grado di assicurare l’organizzazione concorrenziale del mercato, con quella specificità ineludibile a garantirne il conseguimento”. Infondata viene ritenuta la disciplina sulla vendita dei farmaci da banco nei supermercati (con modalità ritenute illegittimamente dettagliate dalle regioni). Nonostante l’intreccio con altre materie (quali il commercio, il servizio farmaceutico, la tutela della salute), applicando il criterio della prevalenza (tutela della salute), la decisione di rigetto si giustifica trattandosi di una norma di principio. “Il rapporto tra norma “di principio” e norma “di dettaglio”

ne statale non deve tradursi in un potere, per così dire, onnivoro: infatti *a)* la disciplina statale non deve andare “oltre la «tutela della concorrenza» e deve essere in sintonia con l’ampliamento delle attribuzioni regionali disposto dalla revisione del titolo V della parte seconda della Costituzione”, non nei casi in cui la legislazione limita o riduce la concorrenza; *b)* ricondotta una norma alla «tutela della concorrenza», “non si tratta di valutare se essa sia o meno di estremo dettaglio, utilizzando principi e regole riferibili alla disciplina della competenza legislativa concorrente delle Regioni (sentenza n. 401 del 2007), ma occorre invece accertare se, alla stregua del succitato scrutinio, la disposizione sia strumentale ad eliminare limiti e barriere all’accesso al mercato ed alla libera esplicazione della capacità imprenditoriale”; *c)* il carattere generale o trasversale non esclude interventi con valenza “pro-competitiva” delle regioni, purché “siano marginali o indiretti e non siano in contrasto con gli obiettivi delle norme statali che disciplinano il mercato, tutelano e promuovono la concorrenza”. Si tratta, dunque di criteri generali, che lasciano ampi margini alle scelte di politica legislativa, postulando mediazioni non facili tra Stato e regioni. Ma, soprattutto, riservano alla stessa Corte costituzionale il potere di dire l’ultima parola, in linea con una tendenza diffusa, non solo nella giurisprudenza ma anche in certa letteratura, a accentuare, al di là di ogni limite, la giurisdizionalizzazione della politica.

Sulle scelte nelle quali si sostanzia l’intervento statale a tutela della concorrenza, pesa, infatti, la spada di Damocle di uno stretto scrutinio di ragionevolezza, diretto a verificare sia l’astratta riconducibilità del mezzo allo scopo (la tutela della concorrenza), sia la proporzionalità-adequatezza del mezzo al fine (17).

va certo inteso nel senso che alla prima spetta prescrivere criteri ed obiettivi, essendo riservata alla seconda l’individuazione degli strumenti concreti da utilizzare per raggiungere detti obiettivi (sentenza n. 181 del 2006”). E anche nei casi di disposizioni dettagliate (come nel caso della norma che stabilisce che gli esercizi commerciali di cui all’articolo 4, comma 1, lettere *d)*, *e)* ed *f)*, del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 114, possono effettuare attività di vendita al pubblico dei farmaci da banco o di automedicazione e di tutti i farmaci o prodotti non soggetti a prescrizione medica, disponendo, nel comma ritualmente impugnato, che la vendita «è consentita durante l’orario di apertura dell’esercizio commerciale e deve essere effettuata nell’ambito di un apposito reparto, alla presenza e con l’assistenza personale e diretta al cliente di uno o più farmacisti abilitati all’esercizio della professione ed iscritti al relativo ordine. Sono, comunque, vietati i concorsi, le operazioni a premio e le vendite sotto costo aventi ad oggetto farmaci») ciò non vale ad escludere la competenza statale laddove le stesse fossero legate al principio da un “rapporto di coesenzialità e integrazione necessaria”). Cfr. altresì Corte cost. sent. n. 443/2007, relativa sempre al D.Lgs. n. 114 del 1998, specificamente in ordine alla liberalizzazione delle tariffe professionali, pubblicità informativa, società di professionisti, adeguamento delle norme dei codici di autodisciplina alle prescrizioni di legge altrimenti nullità (decreto Bersani), rientranti tutti nella competenza statale in materia di tutela della concorrenza. (rispetto alla quale non vale distinzione tra principio e dettaglio, poiché la trasversalità della materia implica l’applicazione integrale della disciplina statale se c’è rapporto di funzionalità tra la seconda e la prima).

(17) Cfr. soprattutto Corte cost. sent. n. 401 del 2007 citata.

Alla luce di questi dati gli spazi lasciati all'intervento regionale sembrano, però, piuttosto angusti. Non solo e, in modo scontato, la Corte costituzionale vieta qualsivoglia disciplina regionale contraria o limitativa della concorrenza, ma sono considerate possibili solo discipline regionali pro-concorrenziali, purché, in ogni caso, "siano marginali o indiretti e non siano in contrasto con gli obiettivi delle norme statali che disciplinano il mercato, tutelano e promuovono la concorrenza" (18).

4. *Segue: b) nelle materie concorrenti.* – Per le competenze concorrenti, la casistica più interessante riguarda – forse non senza motivo – proprio le materie che presentano una maggiore incidenza su interessi economici di rilievo nazionale. Quest'ultima notazione spinge la giurisprudenza a ricercare nelle maglie della riforma del titolo V gli appigli per legittimare spazi di intervento della legislazione statale anche al di là di quanto risulterebbe sulla carta.

Un primo ambito è rappresentato dalla vicenda relativa alle norme regionali di tutela contro l'elettrosmog, ossia l'inquinamento elettromagnetico derivante da impianti fissi di telecomunicazione o radiotelevisivi o di trasporto di energia, emanate dopo l'entrata in vigore della legge cost. n. 3 del 2001, sulla base della legge quadro n. 36 del 2001, recante norme di protezione dall'esposizione a campi elettrici, magnetici e elettromagnetici (19). La Corte costituzionale esclude l'assunto dell'Avvocatura dello Stato circa la riconducibilità della materia alla tutela dell'ambiente e dell'ecosistema. In realtà le discipline interessano più ambiti di competenza concorrente, quali la tutela della salute, l'ordinamento delle comunicazioni, la produzione, il trasporto e la distribuzione nazionale dell'energia, il governo del territorio. Si tratta, allora, di verificare il rispetto dei limiti posti dalla disciplina quadro alla legislazione regionale. La Corte costituzionale enuncia un criterio generale: allo Stato spetta stabilire le soglie di esposizione, mentre alle regioni la disciplina dell'uso del territorio per la localizzazione degli impianti (20). La questione è, però, stabilire se i valori soglia possano essere derogati, magari *in peius* (con misure, cioè, più restrittive) da parte delle regioni. Questione antica, questa, se è vero che si era già posta prima della riforma costituzionale, alla quale proprio la Corte, in uno scenario ben diverso, in cui si trattava di dare spazio alle politiche ambientali delle regioni, aveva dato più di un segnale favorevole. Nel mutato scenario del nuovo art. 117 Cost. la risposta del giudice delle leggi è, tuttavia, negativa. La legge quadro ha come obiettivo di consentire la "realizzazione degli impianti e delle reti rispondenti a rilevanti interessi nazionali, sottesi alle competenze concorrenti di cui all'art. 117, terzo comma, della Costituzione, come quelli che fanno capo

(18) Così chiaramente sent. n. 430 del 2007.

(19) Corte cost. sent. n. 307 del 2003.

(20) Salvo alcune eccezioni: come nel caso dei tracciati per elettrodotti con portata superiore ai 150 Kw.

alla distribuzione dell'energia e allo sviluppo dei sistemi di telecomunicazione". In particolare, "la fissazione a livello nazionale dei valori-soglia, non derogabili dalle Regioni nemmeno in senso più restrittivo, rappresenta il punto di equilibrio fra le esigenze contrapposte di evitare al massimo l'impatto delle emissioni elettromagnetiche, e di realizzare impianti necessari al paese, nella logica per cui la competenza delle Regioni in materia di trasporto dell'energia e di ordinamento della comunicazione è di tipo concorrente, vincolata ai principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato". Discorso diverso vale, invece, per la localizzazione. Qui l'autonomia regionale e locale circa gli usi dei rispettivi territori riprende vigore, anche se con alcuni consistenti limiti: criteri localizzativi e standard urbanistici dovranno: *a)* rispettare "le esigenze della pianificazione nazionale degli impianti" e *b)* non essere, "nel merito, tali da impedire od ostacolare ingiustificatamente l'insediamento degli stessi".

Una applicazione di questi enunciati si ritrova nella sentenza n. 103 del 2006, nella quale viene deciso un ricorso statale avverso la disciplina contro l'elettrosmog, adottata dalla regione Abruzzo, diretta a prescrivere la migliore tecnologia disponibile per la costruzione degli impianti di elettrodotto anche in deroga a quanto stabilito nella legislazione nazionale. Nella fattispecie si intrecciano sia esigenze di protezione dell'ambiente, sia i limiti all'esercizio della libertà d'impresa, sia esigenze relative alla unitarietà della rete di distribuzione. L'Avvocatura dello Stato aveva sottolineato il contrasto con la disciplina nazionale, rivendicando il potere di determinare sia la politica energetica nazionale, sia standard tecnici per gli impianti funzionali all'unitarietà della rete. La Corte costituzionale accoglie la questione proprio con riferimento a quest'ultimo rilievo: in particolare nella "«trasmissione» e «distribuzione dell'energia elettrica» sussistono esigenze di unitarietà nella determinazione, tra l'altro, dei criteri tecnici (...), che non ammettono interferenze da parte delle Regioni per effetto di autonome previsioni legislative, come quella in esame, le quali, imponendo ai gestori che operano a livello regionale l'utilizzo di distinte tecnologie, eventualmente anche diverse da quelle previste dalla normativa statale, possano «produrre una elevata diversificazione della rete di distribuzione della energia elettrica, con notevoli inconvenienti sul piano tecnico ed economico» (21). Con la conseguenza che

(21) È interessante notare come nella motivazione la Corte costituzionale sembri dimenticare il precedente costituito dalla sent. n. 307 del 2003, per riferirsi esclusivamente ad altri due precedenti, la sent. 7 del 2004 e la sent. n. 336 del 2005, entrambe specificamente radicate sulla materia della produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia. Nella prima lo Stato impugna una legge della regione Abruzzo in materia di linee guida per la costruzione degli impianti ritenendola in contrasto con determinati obblighi comunitari, la competenza statale in materia di concorrenza, i principi fondamentali statali in materia di produzione, trasporto e distribuzione nazionale di energia, con il principio di ragionevolezza per i notevoli inconvenienti tecnici e economici che deriverebbero dalla presenza di discipline differenziate. Ricondata la disciplina impugnata nella competenza concorrente della

viene “riconosciuto esclusivamente allo Stato, in questa materia, il compito, tra l’altro, di prescrivere l’utilizzo di determinate tecnologie, sia al fine di assicurare la tutela dell’ambiente e del paesaggio e di promuovere l’innovazione tecnologica e le azioni di risanamento volte a minimizzare l’intensità e gli effetti dei campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici, sia al fine di assicurare unitarietà ed uniformità alla rete nazionale”.

“produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell’energia”, la Corte costituzionale rigetta il ricorso erariale, con una interpretativa che riduce la portata normativa della disciplina regionale, ancorandola al quadro di riferimento della legislazione nazionale. Da questa si desume che spetta al gestore nazionale la redazione delle regole tecniche relative alla progettazione tecnica degli impianti di produzione, alla distribuzione ed all’utilizzo dell’energia elettrica, e alla costruzione dei relativi edifici, “al fine di garantire la più idonea connessione alla rete di trasmissione nazionale nonché la sicurezza e la connessione operativa tra le reti”. Di conseguenza, mentre al gestore spetta stabilire non tutte le regole tecniche ma solo quelle funzionali alla suddetta finalità, le regioni, da un lato, dovranno uniformarsi agli standard nazionali e, dall’altro, potranno individuare ulteriori criteri di realizzazione degli impianti. Nella fattispecie la norma regionale contestata (art. 2 l.r. Piemonte n. 23 del 2002) si limitava a prevedere la emanazione di linee guida per stabilire criteri per la progettazione tecnica degli impianti di produzione e distribuzione dell’energia, nonché per la costruzione dei relativi edifici, aggiuntivi rispetto a quelli individuati dalle “regole tecniche” adottate dal gestore nazionale. Nella medesima decisione, peraltro, la Corte richiama proprio la sentenza n. 307 del 2003 per ribadire i contenuti al fine di dichiarare infondata la censura erariale avverso la disciplina regionale dell’autorizzazione per l’installazione degli impianti. Con la conseguenza che, se ritenute in contrasto con queste ultime, le linee guida in concreto stabilite dalla regione avrebbero potuto essere impugnate innanzi alla Corte costituzionale. Nella sentenza n. 336 del 2005 decide nel senso dell’infondatezza una serie di ricorsi regionali avverso il c.d. codice delle comunicazioni, in particolare relativamente alla disciplina delle reti delle infrastrutture. Stabilito che il codice incrocia diverse competenze statali (ordinamento civile, coordinamento informativo informatico e statistico, tutela della concorrenza, tutela dell’ambiente) e regionali (tutela della salute, ordinamento delle comunicazioni, governo del territorio, escludendo, in particolare anche competenze residuali, come l’industria e il commercio e l’edilizia e l’urbanistica), la legittimazione statale deriva oltretutto dalle competenze esclusive anche dal potere di dettare i principi fondamentali della materia. Questi ultimi, in particolare, privi del carattere della rigidità e dell’universalità per essere invece peculiari a ciascun settore dell’ordinamento, nel caso specifico, essendo la disciplina attuazione del diritto comunitario, non possono non tenere conto delle finalità e delle esigenze perseguite a livello sovranazionale. Di conseguenza l’articolazione principio-dettaglio viene influenzata nel senso di richiedere “di regola un intervento del legislatore statale che garantisca l’esistenza di un unitario procedimento sull’intero territorio nazionale, caratterizzato, inoltre, da regole che ne consentano una conclusione in tempi brevi”. Nel merito, con riferimento specifico alle competenze in materia di obiettivi di qualità, la Corte costituzionale ribadisce quanto sostenuto nella sentenza n. 307 del 2003 circa il *discrimen* tra soglie di esposizione di competenza statale e disciplina dell’uso del territorio di competenza regionale; mentre in relazione alla previsione di un nulla osta del Ministero delle comunicazioni in relazione ai rispetto dei criteri tecnici di costruzione delle condutture elettriche, richiamando la sentenza n. 7 del 2004, ne riconosce la legittimità al fine di assicurare il rispetto delle norme tecniche regole tecniche senza le quali l’esercizio della potestà legislativa regionale potrebbe produrre una elevata diversificazione della rete di distribuzione della energia elettrica, con notevoli inconvenienti sul piano tecnico ed economico.

È in materia di energia che la giurisprudenza costituzionale sembra recuperare il maggior raggio d'azione al legislatore statale, in parte razionalizzando la portata letterale della competenza concorrente, dato che l'art. 117, c. 3, Cost., sembra affidare alla regioni compiti *anche* di rilievo *nazionale* in tema di produzione, trasporto e distribuzione di energia. La prima questione riguarda il decreto c.d. sblocca centrali (d.l. n. 7 del 2002, convertito in l. n. 55 del 2002), impugnato da alcune regioni sulla base principalmente dell'assunto che non contenesse disposizioni di principio ma norme di dettaglio, specie con riguardo al procedimento di rilascio dell'autorizzazione per la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica. La Corte costituzionale rende una decisione ambigua: da un lato riconosce che si tratta di disposizioni di dettaglio (anche molto specifiche), ma, dall'altro, ammette che la legittimità delle stesse deve essere valutata non solo alla stregua dell'art. 117, ma anche dell'art. 118, precisamente alla luce del principio di sussidiarietà. In questa decisione c'è l'eco della storica decisione n. 303 del 2003 sul principio di sussidiarietà, come espressione di un potere di riserva in capo allo Stato per derogare l'assetto costituzionale delle competenze, ancorché proceduralmente configurato attraverso la regola del consenso e, quindi, mediante le intese paritarie (22). Anche nella sentenza sull'energia, la Corte costituzionale giustifica l'avocazione statale di una competenza normativa regionale con la chiamata sussidiarietà, essendo necessario assicurare in questa materia "esigenze di carattere unitario", infrazionabili, circa la disciplina dei procedimenti autorizzatori. Il giudice costituzionale si libera subito dell'obiezione relativa alla spettanza alla regione del potere di allocare funzioni amministrative locali nella materia di propria competenza, in quanto "la valutazione della necessità del conferimento di una funzione amministrativa ad un livello territoriale superiore rispetto a quello comunale deve essere necessariamente effettuata dall'organo legislativo corrispondente almeno al livello territoriale interessato e non certo da un organo legislativo operante ad un livello territoriale inferiore (come sarebbe un Consiglio regionale in relazione ad una funzione da affidare – per l'esercizio unitario – al livello nazionale)". In ogni caso affinché "nelle materie di cui all'art. 117, terzo e quarto comma, Cost., una legge statale possa legittimamente attribuire funzioni amministrative a livello centrale ed al tempo stesso regolarne l'esercizio" è necessario che: a) essa rispetti i principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza nella allocazione delle funzioni amministrative,

(22) Su questa decisione sono fioccati i commenti della dottrina, proprio a sottolineare il carattere paradigmatico: non mi pare tuttavia che sia stato colto fino in fondo il carattere eversivo di quella decisione, proprio per aver impresso una torsione neocentralista al nuovo titolo V, svolgendo il principio di sussidiarietà, così come configurato dalla Corte costituzionale, una funzione non molto dissimile da quella ricoperta dalla clausola dell'interesse nazionale nel vecchio titolo V. Mi permetto di richiamare il mio commento *La Corte costituzionale riscrive il titolo V*, in *Quad. cost.*, 2003, 818 ss.

rispondendo ad esigenze di esercizio unitario di tali funzioni; *b*) poi “che tale legge detti una disciplina logicamente pertinente, dunque idonea alla regolazione delle suddette funzioni, e che risulti limitata a quanto strettamente indispensabile a tale fine”; infine *c*) “essa deve risultare adottata a seguito di procedure che assicurino la partecipazione dei livelli di governo coinvolti attraverso strumenti di leale collaborazione o, comunque, deve prevedere adeguati meccanismi di cooperazione per l’esercizio concreto delle funzioni amministrative allocate in capo agli organi centrali”. Nella fattispecie, la Corte costituzionale, anche in ragione dell’emergenza e dell’urgenza del provvedere, esclude nettamente che le regioni siano idonee a valutare il fabbisogno nazionale di energia e, sulla base di questo assunto, giustifica i penetranti poteri di disciplina e di intervento statale (23). Al contempo riconosce l’adeguatezza degli strumenti di collaborazione previsti: l’intesa in sede di Conferenza unificata quanto alla determinazione dell’elenco degli impianti soggetti alla speciale disciplina autorizzatoria e, quindi, l’intesa con la singola Regione (e la partecipazione delle altre amministrazioni interessate) per il rilascio dell’autorizzazione ministeriale al singolo impianto. Il fatto più problematico è, tuttavia, che l’intesa, in questo caso specifico, viene configurata “in senso forte”: espressione questa che prefigura un accordo paritario tra Stato e regione, in assenza del quale il procedimento è destinato a paralizzarsi (con ricadute pratiche non indifferenti che, tuttavia, la Corte costituzionale non pare considerare affatto).

In questo solco si colloca la decisione, di qualche mese successiva, sulla disciplina del riordino del settore energetico (d.l. n. 239/2003, emanato dopo il *black-out* di settembre 2003, convertito in legge n. 290/2003) e sulla c.d. legge Marzano (legge n. 239/2004) (24). La questione, sorta per iniziativa regionale, è incentrata proprio sulla contestazione della disciplina emanata dallo Stato in una materia di competenza regionale ancorché concorrente. L’individuazione dell’oggetto (“produzione, distribuzione e trasporto nazionale dell’energia”) passa, innanzitutto, attraverso l’esclusione delle opposte

(23) Corte cost. sent. n. 6 del 2004. In particolare la decisione stabilisce che applicando “i menzionati criteri alla normativa oggetto del presente giudizio, si rileva anzitutto la necessità dell’intervento dell’amministrazione statale in relazione al raggiungimento del fine di evitare il “pericolo di interruzione di fornitura di energia elettrica su tutto il territorio nazionale” (art. 1 del d.l. n. 7 del 2002); non v’è dubbio, infatti, che alle singole amministrazioni regionali – che si volessero attributarie delle potestà autorizzatorie contemplate dalla disciplina impugnata – sfuggirebbe la valutazione complessiva del fabbisogno nazionale di energia elettrica e l’autonoma capacità di assicurare il soddisfacimento di tale fabbisogno. In relazione agli altri criteri, d’altra parte, non si può non riconoscere da un lato la specifica pertinenza della normativa oggetto del presente giudizio in relazione alla regolazione delle funzioni amministrative in questione, dall’altro che tale normativa si è limitata – nell’esercizio della discrezionalità del legislatore – a regolare queste ultime in funzione del solo fine di sveltire le procedure autorizzatorie necessarie alla costruzione o al ripotenziamento di impianti di energia elettrica di particolare rilievo”.

(24) Corte cost. sent. n. 383 del 2005.

pretese, regionale e erariale, di invocare altri parametri per supportare i rispettivi punti di vista. In particolare irrilevante è sia la pretesa regionale di attrarre la materia in quella del governo del territorio (25), sia quella statale di vedere riconosciuto, attraverso l'art. 117, c. 2, lett. *h* e lett. *m*), un'attribuzione a tutela dell'efficienza del sistema energetico per ragioni di sicurezza nazionale o di garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni specialmente in situazioni di emergenza nazionale. Da questa premessa, scaturiscono la nozione e le conseguenze sul piano dell'assetto dei poteri. Il concetto di produzione, distribuzione e trasporto nazionale dell'energia corrisponde a "set-tore energetico" e, ancora più chiaramente, a "politica energetica nazionale" (26); non, quindi, a distribuzione locale dell'energia (che semmai indica solo un'articolazione a fini gestionali della rete di distribuzione nazionale). La dimensione nazionale giustifica un determinato ordinamento delle relazioni statali e regionali: nella fattispecie, la chiamata in sussidiarietà delle funzioni inerenti il settore energetico operata dalla disciplina in contestazione, che si giustifica (sia nel decreto-legge, per le medesime ragioni chiarite nella sentenza n. 6 del 2004, sia, soprattutto, nella legge di riordino) perché gli organi dello Stato sono ritenuti gli unici ai quali "non sfugge la valutazione complessiva del fabbisogno nazionale di energia", gli unici quindi "idonei ad operare in modo adeguato per ridurre eventuali situazioni di gravi carenze a livello nazionale". L'enfasi sulla dimensione nazionale dei problemi energetici contingenti e delle politiche di medio e lungo periodo serve quale presupposto per fondare l'indispensabile esercizio unitario delle funzioni di governo del settore energetico. I requisiti sono quelli stabiliti in generale nella sentenza n. 303 del 2003: per non evitare che la chiamata in sussidiarietà diventi uno strumento per sovvertire l'autonomia costituzionale delle regioni, la normazione deve rispettare il canone della ragionevolezza; così come l'attuazione dei piani di intervento pubblico (*rectius*: statale), deve svolgersi secondo leale collaborazione. Non importa in questa sede scendere nei dettagli di questa lunga e puntigliosa decisione. Conta piuttosto sottolineare che il giudice delle leggi prescrive l'intesa forte, ma poi svolge un'indagine caso per caso, disposizione per disposizione, per verificare la rispon-

(25) A questo specifico riguardo la Corte costituzionale sembra fissare un criterio di massima di tipo funzionale e non oggettivo: si legge nella motivazione, infatti, che "l'ambito materiale cui ricondurre le competenze relative ad attività che presentano una diretta od indiretta rilevanza in termini di impatto territoriale, va ricercato non secondo il criterio dell'elemento materiale consistente nell'incidenza delle attività in questione sul territorio, bensì attraverso la valutazione dell'elemento funzionale, nel senso della individuazione degli interessi pubblici sottesi allo svolgimento di quelle attività, rispetto ai quali l'interesse riferibile al "governo del territorio" e le connesse competenze non possono assumere carattere di esclusività, dovendo armonizzarsi e coordinarsi con la disciplina posta a tutela di tali interessi differenziati".

(26) Sulla base dei dati positivi desunti anche dalla legislazione precedente la riforma costituzionale, come il D.Lgs. n. 112/1998.

denza al modello astratto delle scelte positive. Anche in questo caso ritorna quell'opposizione problematica tra la dimensione nazionale delle politiche energetiche, che esaltano il ruolo di guida dello Stato, e le procedure concrete di attuazione, che impongono un accordo necessariamente paritetico che diventa una camicia di Nesso. Il vero problema è lo stallo: sia perché il mancato consenso regionale non è surrogabile in via unilaterale o attraverso una decisione in sostituzione (basti riflettere sul tema dell'autorizzazione alla costruzione degli impianti), sia perché l'unica via d'uscita, per la verità del tutto incongrua rispetto all'esigenza di una rapida definizione degli strumenti di intervento, è il rimedio del conflitto di attribuzioni Stato-regioni (27).

Quale spazio in definitiva residua alle politiche delle regioni? Leggere la giurisprudenza costituzionale equivale molto spesso a una ricerca senza molte risposte. Le pronunce accentuano il ruolo del legislatore statale e dell'amministrazione centrale, e non si attardano in egual misura a definire il quadro dei poteri regionali. Con riferimento alle autonomie, invece, più frequenti sono le oscillazioni. L'impugnativa statale di leggi regionali in materia di energia si risolve in un calcolo a somma zero. Talora prevalgono ragioni di infondatezza, per giustificare interventi regionali nel settore dell'energia diretti a contenere gli inquinamenti e, quindi, funzionali alla tutela dell'ambiente (28). Talora l'accoglimento dei ricorsi statali avverso leggi regionali si fonda sul mancato rispetto delle sfere di attribuzione e, segnatamente, del confine tra principi fondamentali e normativa di dettaglio (29). Talora, ancora, pur favorevoli alle regioni le decisioni di costituzionalità sui confini si risolvono in un ossimoro, dato che la linea di demarcazione è assolutamente mobile: specie quando si riconosce (30) che le regioni possono "legittimamente perseguire obiettivi di adattamento alla realtà locale dei diversi profi-

(27) Corte cost. sent. n. 383 del 2005, p. 30 diritto. In dottrina, peraltro, non si riscontra una sensibilità diffusa e univoca su questi problemi. F. DONATI, *Il riparto delle competenze tra Stato e regioni in materia di energia*, in E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia*, Torino, 2007, 35 ss.), auspica un intervento del legislatore per assestamento del mercato liberalizzato, conciliando la collaborazione con gli obiettivi della concorrenza, sicurezza e tutela ambiente. B. CARAVITA, *Fonti energetiche rinnovabili ed efficienza economica*, ivi, 227 ss., invece, apprezza il modello dell'accordo Stato-regione. F. MERUSI, *Nuove problematiche nei rapporti tra regolamentazione e concorrenza*, ivi, 261 ss., è particolarmente critico: parla di un mercato artificiale per ragioni varie, quali gli atti giuridici rilevanti, la scarsa presa del diritto comunitario, il coordinamento orizzontale, gli ampi margini di intervento statale che hanno creato sperequazioni territoriali, confidando però nel buon senso della Corte costituzionale, non senza auspicare una modifica costituzionale diretta a introdurre un principio di supremazia federale.

(28) Corte cost. sent. n. 246 del 2006.

(29) Corte cost. sent. n. 364 del 2006 che dichiara illegittima la disciplina della regione Puglia sull'autorizzazione degli impianti di energia eolica. Nello stesso filone possono collocarsi anche le decisioni in materia di professioni: sentt. nn. 353 del 2003, confermata dalle successive 319 e 355 del 2005, 40, 153, 423, 424, 449 del 2006, 57 e 300 del 2007.

(30) Corte cost. sent. n. 247 del 2006.

li della fornitura di energia, *nella misura in cui non vengano pregiudicati gli assetti nazionali del settore energetico e gli equilibri su cui esso si regge nel suo concreto funzionamento*”.

5. *Segue: c) nelle materie residuali.* – Il fatto è che le cose non paiono cambiare di molto se ci si colloca nella prospettiva della nuova clausola di residualità stabilita dall’art. 117, c. 4, Cost. “in ogni altra materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato”. Nonostante la formula e le tesi favorevoli a un’interpretazione rigorosamente letterale, la clausola di residualità non è stata considerata né norma di automatica applicazione, né fonte di competenze regionali di tipo esclusivo. Per la Corte costituzionale (31) è necessario affermare “l’impossibilità di ricondurre un determinato oggetto di disciplina normativa nell’ambito di applicazione affidato alla legislazione residuale delle regioni ai sensi del quarto comma del medesimo art. 117, per il solo fatto che tale oggetto non sia immediatamente riferibile ad una delle materie elencate nei commi secondo e terzo dell’art. 117 della Costituzione”. Piuttosto, in questi casi, occorre seguire un differente criterio, di tipo teleologico, detto di prevalenza: sulla base di questo criterio una materia non prevista espressamente può essere ascritta alla competenza residuale della regione solo se, in relazione allo scopo perseguito o alle finalità prevalenti che giustificano l’intervento legislativo, non sia possibile ricondurla nell’ambito di attrazione di una materia espressa (concorrente o esclusiva statale). In questo modo, il carattere innominato di una materia non permette l’immediata e automatica attribuzione della competenza alla regione in via residuale, ma pone l’esigenza prioritaria di individuarne le finalità prevalenti, per stabilire se in questo modo può essere o meno ricondotta ad un diverso titolo di legittimazione (32). Va da sé che il criterio teleologico della prevalenza si trasforma, concretamente, in un ben differente giudizio di *preferenza* per le materie espresse rispetto a quelle solo astrattamente riconducibili alla clausola di residualità. Nel senso che se c’è una materia espressa

(31) La prima decisione rilevante in argomento è Corte cost. sent. n. 370 del 2003 sul fondo statale per gli asili nido, materia questa che ancorché assente negli elenchi delle materie statali o concorrenti, non è stata considerata automaticamente residuale regionale. Esaminando le finalità dell’istituto il giudice delle leggi ha stabilito che gli asili nido non si risolvono solo ad una funzione di sostegno alla famiglia nella cura dei figli o di mero supporto per facilitare l’accesso dei genitori al lavoro, ma comprendono pure finalità formative dirette a favorire l’espressione delle potenzialità cognitive, affettive e relazionali del bambino. Con la conseguenza che, “utilizzando un criterio di prevalenza, la relativa disciplina non possa che ricadere nell’ambito della materia dell’istruzione” (sia pure in relazione alla fase pre-scolare del bambino), nonché per alcuni profili nella materia della tutela del lavoro, che l’art. 117, terzo comma, della Costituzione, affida alla potestà legislativa concorrente.

(32) Cfr. altresì Corte cost. sentt. nn. 303 e 361 del 2003, 359 del 2003, 12 del 2004, 285 del 2005.

che consente di attrarre quella inespressa, questa soluzione viene preferita a quella della attribuzione residuale alle regioni (33).

Non si tratta neppure di competenze qualificabili come “esclusive”, almeno nel senso in cui tale espressione viene usata per le potestà riservate al legislatore statale. Oltre ai limiti generali indicati dal primo comma dell’art. 117 Cost. (rispetto della Costituzione, dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali), e a quelli conseguenti all’applicazione del criterio di prevalenza-preferenza, le leggi regionali su materie “non espressamente” riservate alla competenza dello Stato sottostanno pure ai condizionamenti derivanti dall’esercizio della legislazione statale nelle c.d. materie trasversali (come la tutela della concorrenza, cfr. *supra* n. 3).

In questo quadro devono essere considerati i settori economici non menzionati direttamente negli elenchi costituzionali e che, come anticipato in apertura, potrebbero essere attratti dalla clausola di residualità: l’industria, il commercio, l’artigianato, l’agricoltura, il turismo, i servizi pubblici locali, i lavori pubblici, l’edilizia, l’urbanistica, ecc. Proprio l’analisi della giurisprudenza in questi specifici ambiti riduce qualsiasi entusiasmo filoregionalista, in perfetta sintonia con la definizione della clausola di residualità appena illustrata. Il dato evidente è che tutte le materie sulla carta residuali vengono sottoposte a un processo di scomposizione e ricomposizione ermeneutica, alla fine del quale gli oggetti diventano il punto di riferimento di plurimi interessi, riconducibili alla responsabilità di praticamente tutti i livelli di governo. Con la conseguenza che finisce per avere poco senso interrogarsi su chi sia il titolare di questa o quella materia, per l’evidente ragione che occorre fare i conti con competenze intrecciate e difficilmente districabili. Invero assume decisiva importanza la verifica del contenuto di questo quadro di funzioni sovrapposte. Anche qui la fotografia è quella già vista: quando ricorrono titoli di competenza statale esclusiva, oppure esigenze di tutela di diritti fondamentali, o ancora esigenze unitarie che devono essere salvaguardate attraverso decisioni in sussidiarietà, è lo stato ad avere la legittimazione all’intervento. Basti solo citare le materie nelle quali la dottrina, in maniera quasi unanime, ha riconosciuto la naturale competenza regionale: l’agricoltura, i servizi pubblici locali, il turismo, il commercio (rinviando per quest’ultimo caso a quanto detto in materia di tutela della concorrenza) (34).

(33) Una tale conclusione non deve, peraltro, stupire più di tanto, essendo confermata dal diritto comparato: nell’esperienza giuridica degli ordinamenti federali, infatti, le materie enumerate e espresse sono assistite da una garanzia specifica, non riscontrabile, invece, per quelle residuali e innominate.

(34) Sul commercio come materia residuale, cfr. Corte cost. sent. n. 1 del 2004 che, in materia di sagre e fiere, configura il commercio su aree pubbliche come competenza residuale regionale, adde sentt. nn. 176 del 2004 e 64 del 2007, relative a ricorsi statali avverso leggi regionali in materia, tutte sostanzialmente di infondatezza. Inoltre cfr. Corte cost. sent. n. 274 del 2007, che scioglie un conflitto di attribuzioni relativo al regolamento statale sull’ordinamento delle camere di commercio, ritenuto legittimo in virtù della chiamata in

Dalla giurisprudenza costituzionale in tema di agricoltura quello che può desumersi chiaramente è che non esista una materia in senso tecnico, trattandosi essenzialmente di una formula sintetica che raccoglie una pluralità di interessi e di competenze, di volta in volta, individuati intorno alle nozioni di ambiente, tutela della concorrenza, profilassi internazionale, tutela della salute ecc., che non solo chiamano in causa il legislatore nazionale, ma sono strettamente connessi con le politiche agricole europee. Da questa morsa le regioni escono fortemente depotenziate, dato che l'agricoltura si risolve solo in quello che Corte costituzionale chiama il "nocciolo duro", ossia la "produzione di vegetali e animali destinati all'alimentazione" (35). Anche laddove era auspicabile un'apertura maggiore, come i settori della pesca o la disciplina dell'offerta agrituristica, la giurisprudenza costituzionale ha fortemente compresso gli spazi di autonomia, configurando e legittimando poteri statali di governo (36).

Una vicenda in parte simile si ritrova per i servizi pubblici locali. Assente nel testo qualsiasi riferimento ad essi, scartata l'ipotesi di una immediata regionalizzazione della materia, la configurazione dei servizi pubblici è avvenuta mediante un'operazione di destrutturazione materiale. Occorre, infatti distinguere tra servizi pubblici economici e quelli non economici di carattere sociale e/o culturale (scuola, assistenza, istruzione ecc.). Mentre nel primo caso la competenza regionale subisce una decisiva limitazione per effetto della generale competenza statale in materia economica attraverso la "tutela della concorrenza" (cfr. supra n. 3), la competenza residuale viene riconosciuta chiaramente nell'ambito dei secondi (37). Ora, a parte tutte le

sussidiarietà della competenza regionale, ritenendo comunque necessaria l'intesa al fine di dettare le norme dei consigli camerali; illegittima la medesima pronuncia ritiene la norma sul rimedio amministrativo contro le determinazioni dell'autorità regionale attuative di quelle statali.

(35) Corte cost. sent. n. 12 del 2004 sulle sanzioni per l'impianto abusivo di vigneti, sull'incentivazione agli allevamenti ippici e sulle misure contro la c.d. mucca pazza; sull'intreccio tra la dimensione comunitaria, quella nazionale e regionale, cfr. Corte cost. sent. n. 116 del 2006, in materia di organismi geneticamente modificati (ogm), principio di precauzione, tutela dell'ambiente e coltivazione degli ogm a fini di produzione.

(36) Cfr. Corte cost. sent. n. 213 del 2006, sulla pesca in sé e in connessione ad altre materie concorrenti; sent. n. 339 del 2007 sulla legge quadro in materia di agriturismo, nella quale viene operato un complesso distinguo tra l'attività agrituristica e i casi di interferenza con interessi o materie collegati a competenze statali, come ad esempio per i requisiti igienico sanitari in collegamento alla tutela della salute, o la promozione del "made in Italy", riportata al centro mediante chiamata in sussidiarietà.

(37) Cfr. Corte cost. sent. n. 274/2004. Più precisamente, per i servizi pubblici economici la riserva di competenza statale in materia di tutela della concorrenza vale nei limiti di una disciplina di principio (deve trattarsi di principi generali), che tuteli il mercato da pratiche anticoncorrenziali. Anche in questo caso la Corte costituzionale esige un sindacato stretto di costituzionalità, nella fattispecie del controllo di adeguatezza-proporzionalità della disciplina statale: ciò che porta, nel caso deciso, alla declaratoria di illegittimità costituzionale della norma di dettaglio sui criteri di aggiudicazione contenuta nell'art. 113 del ordina-

difficoltà che la dottrina più attenta ha indicato al fine di tracciare una linea di demarcazione tra queste due categorie (38), sta di fatto che anche questo criterio di massima trova importanti eccezioni. I servizi pubblici locali di rilievo non economico sono, infatti, suscettibili di essere coinvolti dalla legislazione o da interventi amministrativi statali quando vi è l'esigenza indefettibile di tutelare i valori costituzionali verso i quali sono organizzati quegli stessi servizi. In questo senso emblematica è la decisione sul servizio scolastico e i limiti da essa posti alla potestà regionale di organizzazione della rete scolastica dalla garanzia istituzionale dei livelli di tutela esistenti, in virtù del principio di continuità (39). Ma anche i servizi pubblici economici, che pur consentono uno spazio alla legislazione regionale, specie nei casi in cui vi è un interesse regionale prevalente (come nel trasporto pubblico locale), le politiche di governo nazionale, oltretutto per fini di tutela del mercato, possono articolarsi in misure regolative o restrittive per l'esigenza di assicurare, nelle more dell'attuazione regionale, quella medesima continuità istituzionale che è riscontrabile nei servizi socio-culturali (40).

Nessun dubbio viene alla Corte costituzionale quando si tratta di riconoscere il turismo come materia residuale regionale (41). Come dimostra la decisione sulla legittimità della trasformazione dell'Enit in Agenzia nazionale del turismo, però, le regioni devono temere comunque l'intervento dello Stato, mediante una chiamata in sussidiarietà, che nella fattispecie legittima e giusti-

mento degli enti locali (Tuel). Per i servizi pubblici locali privi di rilievo economico, la competenza residuale regionale si esercita in ragione del soggetto rogatore, dei caratteri e delle modalità di prestazione del servizio stesso. Cfr. altresì Corte cost. sent. n. 29/2006, che decide un ricorso statale avverso una legge della regione Marche, confermando – ma forse si tratta di una enunciazione di più ampio raggio, visto che non compare più il distinguo fatto nella decisione del 2004 – che i servizi pubblici locali rientrano nella competenza residuale regionale, ma precisando subito che su questa materia incide la disciplina del testo unico degli enti locali in attuazione della tutela della concorrenza, ancorché limitatamente alle disposizioni di principio, di portata generale (precisazione queste che, come sembra, rende speculari le due decisioni). La decisione enuncia anche una sorta di catalogo dei principi inderogabili, alla stregua del quale riconosce l'illegittimità di una norma regionale in contrasto con la disciplina transitoria statale.

(38) Quando un servizio può dirsi privo di rilevanza economica? Quando la valutazione funzionale o secondo la prevalenza degli interessi è in grado di escludere qualsiasi valutazione di tipo economico-finanziario?

(39) Corte cost. sent. n. 13 del 2004.

(40) Corte cost. sent. n. 225 del 2005. La decisione risolve una questione relativa all'istituzione di un fondo erariale previsto nella manovra finanziaria del 2004, il cui titolo legittimante è riconosciuto, in assenza attuazione dell'art. 119 Cost., nel D.Lgs. n. 422/1997: il meccanismo previsto dalla legge finanziaria impugnata è sostanzialmente analogo e ciò giustifica l'intervento statale, in nome di un'ibrida continuità normativo-istituzionale. Ciò che la Corte costituzionale sanziona è, però, l'illegittimità del procedimento erogatorio, perché la distribuzione avviene senza il necessario coinvolgimento delle autonomie, nella fattispecie della intesa (mentre le norme prevedevano solo con il parere della conferenza unificata). Cfr. in linea Corte cost. sentt. nn. 80 del 2006, e 452 del 2007.

(41) Corte cost. sent. n. 197 del 2003; ma sulla natura residuale, anche se in un giudizio ante riforma titolo V, cfr. pure Corte cost. sent. n. 90 del 2006.

fica la pervasiva disciplina statale (42). Pesanti gli argomenti usati per radicare le scelte di politica economica del governo: la norma impugnata è, infatti, giustificata dal rilievo del turismo nell'ambito dell'economia italiana e dell'estrema importanza dell'offerta turistica italiana, che presuppone un'attività promozionale unitaria, perché scaturisce dalla combinazione delle offerte turistiche delle varie regioni. La legge supera positivamente anche il controllo di proporzionalità, sussistendo una congrua relazione tra disciplina positiva e la suddetta finalità unitaria. Una medesima sorte non tocca, invece, all'istituzione del comitato nazionale per il turismo, caducata in quanto sproporzionata e priva della necessaria intesa con le autonomie regionali. Il punto rilevante è proprio il collegamento tra il turismo e le scelte politico-economiche di valorizzazione e di investimento pubblico nazionale e internazionale, che ritorna e si afferma anche nella giurisprudenza successiva (43).

In tutti i casi passati in rassegna, le uniche decisioni favorevoli si riscontrano sul piano delle procedure di collaborazione tra Stato e regioni: spesso la Corte rileva la mancanza di adeguati strumenti a tutela del rango primario della competenza regionale interessata dalla legislazione statale. Non si deve, tuttavia, commettere l'errore di sopravvalutare queste (modeste) vittorie regionali: la leale collaborazione e l'intesa, quando non conducono a quei paradossali effetti di stallo di cui si è più sopra denunciata l'incongruenza in ragione della dimensione nazionale delle politiche che vengono ad esserne interessate, non riguardano affatto il momento della decisione politica, ma solo quello dell'esecuzione amministrativa. Come del resto esige la decisione quadro sul principio di sussidiarietà. Il discorso potrebbe continuare: ma non è difficile riscontrare molti tratti di questa giurisprudenza anche in quella che si rivolge ad altre materie di competenza regionale secondo l'art. 117 Cost. (come per l'artigianato, i lavori pubblici, l'edilizia, ecc.) (44).

(42) Corte cost. sent. n. 214 del 2006, nella quale la decisione viene, singolarmente, fondata utilizzando la prassi amministrativa e, in particolare, lo schema di regolamento istitutivo su cui era stata raggiunta l'intesa con la conferenza delle regioni.

(43) Corte cost. sent. n. 88 del 2007, sugli insediamenti turistici di qualità, che respinge le censure regionali mosse contro la disciplina dettata dalla legge finanziaria per il 2006: anche in questo caso il titolo di legittimazione statale in una competenza regionale è la chiamata in sussidiarietà, per l'esigenza di "valorizzare al meglio l'attività turistica sul piano economico interno ed internazionale, attraverso misure di varia e complessa natura". Queste ultime, nel caso in esame, vanno dal recupero di aree demaniali marittime non ancora sfruttate o di insediamenti e impianti non più produttivi, ad un regime speciale dei canoni di concessione riservati a tali insediamenti, alla realizzazione di un elevato livello dei servizi erogati capaci di «attrarre flussi turistici anche internazionali» e di favorire consistenti incrementi dell'occupazione nel settore, al recupero ed alla bonifica di aree compromesse sotto il profilo ambientale, all'applicazione di agevolazioni sia sul piano dei contributi di costruzione che dell'imposta comunale sugli immobili. La pronuncia respinge così quasi tutte le censure, tranne una relativa a una norma incidente sulla programmazione edilizia e quindi sul governo del territorio.

(44) In materia di artigianato cfr. Corte cost. sent. n. 162 del 2005, che salva il fondo statale per l'internazionalizzazione delle imprese artigiane sulla base del principio di continuità istituzionale; per i lavori pubblici si rimanda alla sent. n. 303 del 2003.

6. *Politica economica e "costituzione finanziaria"*. – Il tema delle politiche economiche nel nuovo ordinamento della Repubblica deve misurarsi necessariamente con la questione delle risorse finanziarie ed economiche. Noi giuristi siamo soliti privilegiare il profilo delle competenze normative o dell'assetto dei poteri amministrativi, mentre tendiamo a trascurare le dinamiche economico-finanziarie così come gli assetti dei relativi centri di decisione politica. È necessario fare uno sforzo in questa direzione però: nessun quadro potrà essere vicino a una realistica rappresentazione se non si tiene conto di quella che – mutuando il concetto dall'esperienza tedesca – ho chiamato altrove la "costituzione finanziaria": ossia l'insieme delle regole concernenti il reperimento, l'organizzazione e la distribuzione delle risorse economico-finanziarie della Repubblica (45). Una parte significativa del futuro dello stato regionale italiano sta proprio nell'attuazione dei principi enunciati nell'art. 119 Cost. Le regioni e gli enti locali hanno autonomia costituzionalmente riconosciuta nelle politiche di bilancio, sia sul versante delle entrate sia su quello delle spese. Tra le fonti di finanziamento delle funzioni attribuite a regioni ed enti locali rientrano i tributi e le entrate proprie, le partecipazioni al gettito di tributi erariali riferibile al territorio, le quote derivanti da un fondo di perequazione finanziaria per i territori con minore capacità fiscale per abitante. Il nuovo testo prevede altresì interventi speciali e risorse aggiuntive dello Stato per assicurare esigenze di carattere nazionale ("promuovere lo sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale", "favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona", provvedere a scopi diversi dal normale esercizio delle loro funzioni"), che possono tradursi però solo in misure straordinarie (rispetto alle fonti ordinarie di entrata) e selettive (quanto ai destinatari che possono essere "determinati" enti territoriali). A regioni ed enti locali, mediante la legge dello Stato, è riconosciuto un proprio patrimonio; nonché il potere di ricorrere all'indebitamento, ma solo per finanziare spese in conto capitale e senza garanzia dello Stato per i prestiti contratti.

La norma chiave, però, è contenuta nel quarto comma, laddove enuncia la regola della congruità tra risorse finanziarie e competenze attribuite: si tratta della traduzione positiva del principio di responsabilità che implica la coincidenza in capo al medesimo soggetto e delle competenze (legislative e amministrative) e delle corrispondenti decisioni fiscali e finanziarie. In questo modo l'autonomia viene strettamente correlata alla responsabilità dei titolari degli enti di governo territoriale; e il sistema delle fonti di finanziamento delle politiche regionali e locali viene di conseguenza svincolato dall'attuale morsa di una finanza derivata e orientato verso scenari di una finanza autonoma.

Che cosa questo significhi in concreto, in attesa dell'attuazione del c.d. federalismo fiscale, ha cominciato a chiarire la Corte costituzionale. Sul ver-

(45) Sia consentito il richiamo di A. MORRONE, *Corte costituzionale e "costituzione finanziaria"*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Milano, 2006, 624 ss.

sante delle entrate, i nuovi principi costituzionali riconoscono alle autonomie territoriali una propria potestà impositiva, che se non consente di modificare i presupposti delle imposte a totale o parziale gettito regionale e locale oggi esistenti (Irap, Ici, addizionale Irpef) in quanto tributi erariali di competenza del legislatore statale, può incidere sul *quantum* attraverso il potere di manovra delle aliquote (addirittura differenziandole per assicurare la progressività) (46). Questa innovativa potestà tributaria regionale e locale, però, potrà svolgersi pienamente solo quando saranno stabiliti i principi di coordinamento del sistema fiscale nazionale, con un connesso effetto cristallizzazione, nei confronti delle regioni, del sistema tributario, modificabile solo da parte dello Stato (con l'ambiguo limite del divieto di *reformatio in peius*) (47). Più stringenti, invece, appaiono le garanzie assicurate alle politiche di spesa: per loro il titolo V ha un valore cogente immediato, che permette sia di applicare i nuovi principi anche nei ritardi dell'attuazione, sia di contrastare i tentativi del legislatore statale di perpetrare pratiche di finanza pubblica allargata contraria a ogni forma di autonomia. Nella giurisprudenza sono rinvenibili linee di tendenza dirette a riconoscere e garantire: *a*) il divieto di fondi statali a destinazione obbligatoria, ora del tutto incompatibili con il principio espresso secondo il quale trasferimenti statali nelle materie di competenza regionale (concorrenti o residuali) sono ammissibili solo attraverso il fondo perequativo che l'art. 119, comma 3, configura "senza vincolo di destinazione"(48); *b*) il divieto, sempre nelle materie di competenza regionale, di trasferimenti erariali diretti a favore degli enti locali e/o di soggetti privati *omisso medio*, ossia saltando il livello regionale di governo, ipotesi questa del tutto incompatibile con la regola costituzionale che prescrive la piena responsabilità della regione per le politiche di spesa regionale (49); *c*) e, per converso, la possibilità di trasferimenti finanziari statali diretti (e anche vincolati) ma solamente *a*) nelle ipotesi, del tutto straordinarie rispetto al normale esercizio delle funzioni regionali, e comunque di carattere selettivo, previste dal citato quinto comma dell'art. 119 Cost., oppure, ovviamente, *b*) nell'ambito di materie di competenza esclusiva statale (50). In questa maniera, non solo si delimitano le politiche e le responsabilità finanziarie dello Stato e delle regioni a seconda dei rispettivi ambiti di competenza materiale; ma si valorizza il ruolo della regione come ente di governo sia delle autonomie locali, sia degli attori operanti a diverso titolo nel "mercato regionale".

Questo scenario, così come descritto, rischia di essere fuorviante. Specie se si dimentica che deve fare i conti con la realtà e, soprattutto, con l'assenza di una legislazione di attuazione che possa assicurare i capisaldi della

(46) Corte cost. sent. n. 2 del 2006.

(47) Corte cost. sentt. nn. 296, 297, 311 del 2003 e 37 del 2004.

(48) Corte cost. sent. n. 370 del 2003; nonché sent. n. 160 del 2005, proprio in materia di "organizzazione di attività culturali".

(49) Corte cost. sentt. nn. 16 e 49 del 2004, 308 e 320 del 2004.

(50) Cfr., oltre alle precedenti, Corte cost. sentt. nn. 51, 77, 107, 160 del 2005.

nuova costituzione finanziaria. Un modello pluralistico ha bisogno di una programmazione nazionale in grado di mantenere coeso e unitario il sistema delle relazioni fiscali e finanziarie della Repubblica. Questa funzione dovrebbe svolgere la legge di coordinamento nazionale (da questo punto di vista sembra limitata anche la prospettiva, che ora raccoglie maggiori consensi, di una attuazione del c.d. federalismo fiscale). In assenza di istituzioni costituzionalmente deputate a coinvolgere i due livelli di governo territoriale maggiori e, nell'attesa di una legge generale di coordinamento per l'implementazione delle politiche di bilancio secondo il tipo prefigurato dall'art. 119 Cost., si assiste al ripetersi e al consolidarsi di una serie di strumenti (atipici) che danno forma alle politiche *statali* in materia fiscale e finanziaria. Il coordinamento non si estrinseca affatto in una legge generale, diretta alla determinazione dei principi del sistema, lasciando ai livelli regionali e locali il compito di comporre le restanti parti del *puzzle*. Quello che viene chiamato "coordinamento", nella legislazione statale e nella giurisprudenza costituzionale, è piuttosto una innominata funzione di carattere trasversale, che ammette di volta in volta principi, regole, norme giuridiche, ma anche provvedimenti e atti amministrativi, norme tecniche, misure dettagliate ecc., senza che sia possibile configurare quel sistema di relazioni interordinamentali prefigurato dall'art. 119 Cost. Il tutto in maniera ancora meno permeabile a quelle esigenze di leale collaborazione che pure è possibile ritrovare nei singoli ambiti materiali. La legge finanziaria, in secondo luogo, diventa l'unico strumento per governare dal centro non solo l'amministrazione statale, ma anche regioni e enti locali, superando i paletti innalzati dalla giurisprudenza costituzionale appena citata a tutela delle politiche di bilancio regionali e locali (51). La Corte costituzionale, come dimostrano le pronunce più recenti, non è più in grado (né, forse, può o vuole spingersi oltre) di arginare la lievitazione di strumenti, come i fondi speciali anche a destinazione vincolata, che producono un'effettiva lesione dell'autonomia (52). I limiti aumen-

(51) Cfr., ad esempio, Corte cost. sentt. n. 431 del 2004 e 155 del 2006 che ammette riduzioni unilaterali delle entrate regionali anche per via di plurime disposizioni, purché ciò non determini uno "squilibrio incompatibile" con le "complessive" esigenze di spesa regionale e locale; sent. n. 256/2007, sui contributi obbligatori per il funzionamento dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici (l. finanziaria per il 2006, impugnata dalla provincia autonoma di Bolzano e dalla regione Piemonte) a carico di regioni e province autonome in qualità "stazioni appaltanti", legittimi in quanto espressione di una funzione di vigilanza "unitaria a livello nazionale", non lesive dell'autonomia in quanto dirette a ridurre la spesa pubblica. Adde, altresì, in materia di tutela della salute, Corte cost. sent. n. 193 del 2007, in cui si legge che "l'autonomia legislativa concorrente delle Regioni nel settore della tutela della salute ed in particolare nell'ambito della gestione del servizio sanitario può incontrare limiti alla luce degli obiettivi della finanza pubblica e del contenimento della spesa"; questa possibilità era, però, contenuta nella disciplina – d.l. n. 347 del 2001, interventi urgenti in materia di spesa sanitaria – varata sulla base di un accordo Stato, regioni, enti locali dell'8 agosto 2001, prima della riforma costituzionale quindi.

(52) Il primo importante scricchiolio si ha in Corte cost. sent. n. 423 del 2004 relativamente al fondo speciale in materia di previdenza.

tano e, quindi, si ampliano i poteri statali di intervento economico-finanziario quando si tratta di dare attuazione agli impegni comunitari, attraverso il patto di stabilità: che si traduce nell'imposizione di vincoli di bilancio, solo nominalisticamente confinati nello spazio di norme di principio, essendo invece in grado di penetrare in maniera tentacolare entro qualsiasi ambito delle politiche locali (53). Per non parlare del sistema tributario: il criterio di prevenzione non è altro che la certificazione della fissità della permanente effettività del sistema tributario statale. In questo quadro non riesce a rendersi autonomo neppure il disegno di una piena autonomia regionale tracciato fin dalla Costituente per alcune regioni speciali: le vicende della tassa siciliana sul tubo e, soprattutto, quella della tassa sul lusso imposta dalla regione Sardegna dimostrano chiaramente come nel più largo contesto della riforma del titolo V le leve del fisco siano ancora (e, visti i non gloriosi esperimenti regionali, per fortuna) nelle mani dello Stato. Concludere nel senso che la costituzione finanziaria materiale è necessariamente statale non è considerazione scontata: è la conseguenza del fatto che il quadro delle risorse finanziarie della Repubblica e delle decisioni fondamentali sulla loro allocazione è e resta affidato alla piena responsabilità di governo e Parlamento.

7. *Epilogo.* – Al termine di questa rassegna di precedenti, rispondere al quesito di partenza appare meno problematico di quanto poteva sembrare. È vero che la giurisprudenza costituzionale ha svolto e continua a farlo un delicato e molto problematico compito di supplenza. Non c'è dubbio, tuttavia, che i molteplici segni di continuità tra il futuro e il passato del regionalismo italiano lasciano trasparire linee generali che non possono essere considerate meramente contingenti o di tendenza. Alcuni mi paiono i punti che possono essere tenuti fermi. Innanzitutto, occorre abbandonare la logica delle materie per interpretare il nuovo titolo V della Costituzione. Il processo di "smaterializzazione" non è affatto un'invenzione della giurisprudenza, ma l'inevitabile conseguenza di un sistema pluralistico di governo territoriale. Se questa è la tendenza negli ordinamenti federali e regionali, è necessario ricostruire l'ordinamento a partire dall'individuazione delle "funzioni", degli "obiettivi", di volta in volta nazionali, regionali e locali. Le competenze seguono, non precedono, questo indispensabile compito. È la dimensione degli interessi, per dirla in altre parole, che permette di stabilire l'articolazione dei piani organizzativi e l'individuazione delle responsabilità politiche. Non riesco a trovare una spiegazione diversa alla giurisprudenza costituzionale che, al di là delle acrobazie interpretative di certa letteratura, abbandona letteralmente qualsiasi velleità testuale o formale, per concentrarsi quasi esclusivamente sugli obiettivi e sugli interessi sottesi a ogni politica legislativa.

In questo scenario, quindi, occorre ragionare di politica economica e finanziaria. Gli strumenti sono in funzione della dimensione dell'interesse

(53) Cfr. soprattutto Corte cost. sentt. nn. 4, 36, 260, 390 del 2004, 417 e 439 del 2005.

pubblico da realizzare. Lo Stato dispone di poteri di governo dell'economia e della finanza pubblica in ragione degli obiettivi di politica nazionale (e sovranazionale e internazionale) che sottendono i vari settori o ambiti materiali. Essi possono ritenersi in sintesi riuniti nella formula costituzionale della "unità economica". Il fatto che sia menzionata tra i poteri sostitutivi del governo non elimina, anzi, implica proprio che lì la Costituzione ha individuato il titolo di legittimazione generale per fondare gli strumenti di intervento dello Stato. Questo non significa che si è anche voluto stabilire un potere di riserva assoluto e senza limiti. Il principale merito della giurisprudenza costituzionale sta nella difficile ricerca di punti di equilibrio tra gli interessi dei diversi livelli di governo. Assume rilevanza allora il collegamento tra il concetto di unità economica e i titoli materiali di competenza, in funzione delimitativa del potere.

Gli strumenti di politica economica statale, alla luce dell'indagine condotta, prendono forma concreta in relazione a: *a) valori o funzioni trasversali* (come la tutela della concorrenza, la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, il coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario, ecc.); *b) esigenze intrinsecamente unitarie* che sono sottese a molte materie contenute nell'art. 117 Cost. (energia, tutela della salute, tutela del lavoro, istruzione, spettacolo, turismo, agricoltura, ecc.); *c) infine esigenze che politicamente* richiedono risposte in termini unitari (qui il riferimento è al principio di sussidiarietà utilizzato e legittimato, in assenza di una norma come l'art. 72 del *Grundgesetz*, come clausola generale in funzione della tutela di preminenti interessi nazionali).

Si tratta di poteri di unificazione politica che non sono, come alcuni credono o vorrebbero far credere, contro il pluralismo, ma, tutto all'opposto per il pluralismo delle autonomie. Tutte le esperienze federali o regionali autentiche conoscono poteri di questo tipo: o perché positivizzati nelle costituzioni o perché venuti in luce attraverso graduali processi di razionalizzazione della forma di Stato. In comune vi è sempre la medesima ragione: permettere alla differenziazione delle politiche territoriali regionali o locali di svilupparsi in un contesto necessariamente unitario. In questo scenario, è vero, l'esperienza italiana si presenta alquanto singolare: soprattutto per il ruolo assolutamente primario che ha assunto la Corte costituzionale nell'ergersi ad arbitro delle rispettive sfere di competenza. Resta, ciò nonostante, sempre più necessario non tanto individuare strumenti di politica economica in capo allo Stato (che ci sono e che vengono esercitati in concreto), quanto piuttosto recuperare una autentica funzione direttiva della politica economica e finanziaria, una politica che abbandoni logiche particolari e scappatoie contabili, per puntare decisamente e in maniera rinnovata su una programmazione nazionale e su politiche di sviluppo regionali e locali.

ROBERTO BIN

Professore ordinario di diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Ferrara

La leale collaborazione nel nuovo Titolo V della Costituzione

1. Come tutti i grandi principi, il principio di leale collaborazione non ha una data di nascita precisa. Tuttavia si può convenzionalmente fissare il momento della sua affermazione nella giurisprudenza della Corte costituzionale in un *obitum dictum* con cui termina la sentenza 219/1984. Dopo una lunga motivazione che risponde ad una sequela di questioni di legittimità costituzionale sollevate contro la legge quadro sul pubblico impiego, la Corte conclude con una considerazione posta a mo' di esortazione:

A questo punto, raccogliendo le cose fin qui dette con lo scarso ordine sistematico consentito dal numero, dalla sovrapposizione e dall'intreccio delle questioni sottoposte, la Corte può concludere che l'accoglimento di alcune censure, il rigetto di altre nei sensi di cui in motivazione, la dichiarata inammissibilità di alcune questioni, l'infondatezza di tutte le altre, cioè il risultato complessivo dell'esame della Corte, quale è registrato nel dispositivo della presente sentenza, consentono di esprimere l'auspicio che nell'applicazione della legge i rapporti tra Stato e Regioni ubbidiscano assai più che a una gelosa, puntigliosa e formalistica difesa di posizioni, competenze e prerogative, a quel modello di cooperazione e integrazione nel segno dei grandi interessi unitari della Nazione, che la Corte ritiene compatibile col carattere garantistico delle norme costituzionali.

Ma non è solo un auspicio quello pronunciato dalla Corte o, se lo è, è diretto anche a se stessa. Da quel momento, infatti, la giurisprudenza costituzionale subisce una svolta importante.

In precedenza, infatti, il principio di leale collaborazione era stato richiamato esclusivamente per giustificare i meccanismi di cooperazione previsti dalle leggi statali, ossia quelle forme di interferenza procedurale che lo Stato intendeva mantenere in materie di competenza regionale. Dopo la sentenza 219 invece il ricorso al principio si fa sistematico. Nella sentenza 8/1985, per esempio, la Corte associa il principio di leale collaborazione a quella situazione che già allora veniva definita di ordinario "intreccio di interessi": per ogni materia "etichettata" nell'art. 117, osserva infatti la Corte (citando il suo *leading case* sent. 138/1972), "non è esclusa la possibilità di *identificare materie sostanzialmente diverse secondo la diversità degli interessi, regionali o sovraregionali*, desumibile dall'esperienza sociale e giuridica... Ma lo stabilire in quali forme le due specie di interessi debbano venir considerate e reciprocamente armonizzate compete in larga misura alla legge statale ordinaria; cui spetta, in particolar modo, decidere in che limiti ed a quali effetti l'intreccio riscontrabile fra gli interessi nazionali e regionali richieda che vengano introdotti congegni di cooperazione tra le Regioni e lo Stato, anziché separare con nettezza gli oggetti dell'una e dell'altra competenza". Il ragionamento appariva già allora perfettamente chiaro e coerentemente sviluppato:

l'art. 117 va per questa parte interpretato in collegamento con l'art. 127, ultimo comma, della Costituzione: là dove si dispone che le questioni "di merito per contrasto di interessi" sono risolte dalle Camere e non da questa Corte. Diversamente, il disegno costituzionale delle autonomie regionali non conserverebbe la necessaria elasticità e non potrebbe venire costantemente adeguato – nell'ambito delle stesse materie elencate dall'art. 117 – alle mutevoli esigenze delle popolazioni locali e della collettività nazionale.

In questa sentenza, dunque, si giustifica la previsione di meccanismi di cooperazione nelle leggi dello Stato in base all'argomento sostanziale dell'inestricabile intreccio di competenze. Emblematica la sentenza 151/1986 in cui, a proposito del paesaggio, il concetto è nuovamente espresso con chiarezza:

Certo, nel quadro così tracciato, il rapporto fra competenze statali e competenze regionali non può essere valutato alla stregua di moduli di netta separazione, le cui disfunzioni si tratti di prevenire o di comporre mediante rigidi correttivi procedurali. Il detto rapporto va invece ricostruito alla luce del principio cooperativo, cui si adegua appunto lo strumento della concorrenza di poteri ordinata nel modo suindicato.

Merita aggiungere che lo stesso principio vale anche per le leggi regionali, sempre però nel senso che esso esercita la sua forza di gravità sulle competenze regionali, comprimendole. Nella sentenza 94/1985, per esempio, si dichiara illegittima una legge della Provincia autonoma di Bolzano, in tema di grandi derivazioni di acque a scopo idroelettrico, perché "si inserisce in un tessuto normativo che prevede una pluralità di strumenti di coordinamento dell'attività dello Stato, della Regione e della provincia" senza però prevedere le procedure di leale collaborazione. Altrettanto è affermato nella sentenza 167/1987, che parte da una affermazione di carattere generale estremamente importante

... va confermato, dunque, che ogni qualvolta concorra – come nel caso – una molteplicità di interessi eterogenei, riferibili a soggetti diversi, tutti comunque di rilievo costituzionale, alla loro composizione si provvede con intesa mediante la reciproca consultazione... La Provincia autonoma, dunque... non può sottrarsi, come del resto lo Stato, a siffatti oneri procedurali, i quali, si è già messo in evidenza, rappresentano il momento di composizione tra i diversi interessi.... Si tratta anche qui, allora, della necessità di comporre le esigenze di carattere e di interesse unitario con le istanze e relative pari esigenze delle autonomie. E a realizzare tale indeclinabile bilanciamento degli interessi in gioco è intervenuto proprio l'art. 3 della legge n. 898 con i suoi meccanismi di consultazione che non possono dalla Provincia venire unilateralmente disattesi.

Introdotta con tanta perentorietà l'esigenza di applicazione sistematica del principio di leale collaborazione, la giurisprudenza costituzionale successiva, com'è noto, è tutta tesa alla graduazione degli strumenti di leale collaborazione, lungo una scala ascendente che va dallo scambio di informazioni, alla consultazione e al parere, all'intesa "debole" e, infine, all'intesa "forte".

2. Cosa accade dopo la riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione? La domanda da porsi in via prioritaria è se siano aumentate o diminuite le zone di sovrapposizione tra competenze e interessi. Aumentate, è l'evidente risposta.

Posto che permangono le competenze concorrenti, tutte le materie elencate nel secondo e terzo comma dell'art. 117 perdono di "solidità" amministrativa o, come è stato detto, si "smaterializzano", perché non sono più legate a specifiche strutture o funzioni amministrative e perché non sono state "ri-materializzate" attraverso decreti di trasferimento delle funzioni stesse. Per di più, alcune delle materie più importanti tra quelle elencate come "esclusive" dello Stato hanno subito un processo di rilettura come "materie trasversali" (o "materie – non materie", o "materie-obiettivo" o "materie-funzione" o "materie-valore costituzionale"), la cui principale caratteristica è di non delimitare ambiti più o meno precisi di competenza ma di essere programmaticamente costruite per interferire con competenze e interessi in cura alle Regioni.

Sono fenomeni troppo noti per richiedere ulteriori spiegazioni. Ma, se l'interferenza tra competenze si accresce, aumenta proporzionalmente l'esigenza di applicare il canone della leale collaborazione. Già in una delle primissime sentenze emanate in applicazione del nuovo assetto costituzionale, la sentenza 88/2003, a proposito dei LEA (livelli essenziali di assistenza), la Corte sottolinea l'esigenza che i decreti amministrativi siano emanati attraverso procedure di leale cooperazione, anche se si tratta di materia esclusiva dello Stato:

L'inserimento nel secondo comma dell'art. 117 del nuovo Titolo V della Costituzione, fra le materie di legislazione esclusiva dello Stato, della "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale" attribuisce al legislatore statale un fondamentale strumento per garantire il mantenimento di una adeguata uniformità di trattamento sul piano dei diritti di tutti i soggetti, pur in un sistema caratterizzato da un livello di autonomia regionale e locale decisamente accresciuto. La conseguente forte incidenza sull'esercizio delle funzioni nelle materie assegnate alle competenze legislative ed amministrative delle Regioni e delle Province autonome impone evidentemente che queste scelte, almeno nelle loro linee generali, siano operate dallo Stato con legge, che dovrà inoltre determinare adeguate procedure e precisi atti formali per procedere alle specificazioni ed articolazioni ulteriori che si rendano necessarie nei vari settori.

La sentenza – a dire il vero – non impone che gli atti di attuazione della legge siano prodotti con una procedura di leale collaborazione specifica, ma si limita a negare che l'attribuzione costituzionale della potestà esclusiva consenta al Governo di procedere disattendendo la previsione di procedure di cooperazione previste dalla legislazione in vigore: "al di là di ogni valutazione di merito sul procedimento configurato e sulla stessa adeguatezza dei livelli essenziali in tal modo individuati, resta indubbio che in tutto il settore sanitario esiste attualmente una precisa procedura, individuata con fonte

legislativa, per la determinazione di quanto previsto nell'art. 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione”.

Il rafforzamento delle esigenze di leale collaborazione è poi causato anche dall'attenuazione del rapporto di gerarchia tra Stato e Regioni e dal corrispondente affermarsi, già nell'art. 114, di una certa “carica paritaria” che tende a porre sullo stesso piano i diversi livelli di governo. Lo mette bene in luce la sentenza 31/2006:

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.

3. Appare piuttosto evidente che la Corte, forse ascoltando qualche suggerimento che le era stato offerto dalla dottrina, abbia preso spunto dalla riforma costituzionale per interrompere una giurisprudenza in cui era rimasta invischiata e che la costringeva in difficili e poco pertinenti valutazioni del “variabile livello degli interessi”. Tolto ogni riferimento all'interesse nazionale e smorzata la supremazia dello Stato che si esprimeva anche nel controllo preventivo delle leggi, la Corte riesce a spostare l'asse del suo giudizio dall'improbabile terreno della valutazione di quale sia l'interesse prevalente a quello molto più rassicurante del controllo sulla previsione di adeguate forme di leale collaborazione e del loro concreto rispetto.

È vero che la valutazione concreta della dimensione degli interessi continua a riaffiorare: le “antiche” distinzioni tra interessi frazionabili e interessi non frazionabili, nonché tra interesse nazionale, regionale e “esclusivamente locale”, non sono del tutto superate, ma piuttosto riassunte nei concetti di sussidiarietà e di adeguatezza. È però anche vero che “sussidiarietà” ed “adeguatezza” esprimono una logica di tipo paritario che rafforza il secondo elemento del dittico “supremazia – collaborazione”. Opportunamente, dunque, l'art. 120.2 associa il “*principio di sussidiarietà*” al “*principio di leale collaborazione*”, offrendo la chiave spostare lo sguardo del giudice di legittimità delle leggi.

La giurisprudenza costituzionale sembra essersi ormai attestata su una piattaforma argomentativa che, dando per scontato che quasi ogni legge contestata in giudizio incida su una pluralità di interessi, si regge su una graduazione dei livelli di interferenza e dei livelli di intensità della leale collaborazione. Ad un estremo della scala si pongono i casi, non numerosissimi, in cui può operare il *criterio di prevalenza*, ossia in cui si può determinare con una certa sicurezza che un determinato interesse predomina sugli altri; in tutti gli altri trovano spazio i diversi gradi di intensità dell'obbligo di leale collaborazione. Ecco per esempio come la sentenza 50/2005, in cui la Corte si occupa della delega al Governo in materia di occupazione e mercato del lavoro, mette in relazione i due principi:

“Questioni di legittimità costituzionale possono quindi anzitutto insorgere per le interferenze tra norme rientranti in materie di competenza esclusiva, spettanti alcune allo Stato ed altre, come l'istruzione e formazione pro-

fessionale, alle Regioni. In tali ipotesi può parlarsi di concorrenza di competenze e non di competenza ripartita o concorrente. Per la composizione di siffatte interferenze la Costituzione non prevede espressamente un criterio ed è quindi necessaria l'adozione di principi diversi: quello di leale collaborazione, che per la sua elasticità consente di aver riguardo alle peculiarità delle singole situazioni, ma anche quello della prevalenza, cui pure questa Corte ha fatto ricorso (v. sent. 370/2003), qualora appaia evidente l'appartenenza del nucleo essenziale di un complesso normativo ad una materia piuttosto che ad altre.

Ma il criterio di prevalenza può giustificare l'emanazione "unilaterale" della legge, non anche che la legge assuma qualsiasi contenuto o che venga anche attuata unilateralmente. Il concetto è ben espresso dalla sentenza 213/2006:

"L'analisi dell'intreccio delle competenze deve essere effettuata caso per caso, con riguardo alle concrete fattispecie normative, facendo applicazione del principio di prevalenza e del principio fondamentale di leale collaborazione, che si deve sostanziare in momenti di reciproco coinvolgimento istituzionale e di necessario coordinamento dei livelli di governo statale e regionale".

Quanto ai contenuti, la sentenza 162/2007 aggiunge, a proposito ancora dei LEA:

La competenza statale prevista dall'art. 117, secondo comma, lettera m), Cost., non può... giustificare, nella fattispecie in questione, una disciplina, marcatamente dettagliata, quale è quella che impone il rispetto di determinate modalità procedurali nell'emanazione di disposizioni per regolare i casi in cui la sospensione dell'erogazione delle prestazioni sanitarie è consentita per la sussistenza di motivi di natura tecnica.

Insomma, il criterio di prevalenza non dissolve di per sé tutti i dubbi di legittimità della legge statale, escludendo sempre e comunque che il principio di leale collaborazione entri in considerazione. Ma qui non mi sembra che la giurisprudenza costituzionale si sia ancora ben assestata.

È però sul versante opposto che questo principio acquisisce il massimo della rilevanza nei casi in cui lo Stato agisce – per usare la spiacevole terminologia impiegata ormai correntemente dalla Corte costituzionale – per "chiamata in sussidiarietà". In questi casi, come ha messo in tutta evidenza già la sentenza 303/2003 della Corte, è indispensabile "annettere ai principî di sussidiarietà e adeguatezza una *valenza squisitamente procedimentale*, poiché l'esigenza di esercizio unitario che consente di attrarre, insieme alla funzione amministrativa, anche quella legislativa, può aspirare a superare il vaglio di legittimità costituzionale solo in presenza di una disciplina che prefiguri un iter in cui assumano il dovuto risalto le attività concertative e di coordinamento orizzontale, ovvero sia le intese, che devono essere condotte in base al principio di lealtà".

La "chiamata in sussidiarietà" è la soluzione giurisprudenziale che supplisce all'assenza di qualsiasi meccanismo costituzionale di direzione politica: quello che la Corte ha potuto fare è escogitare un contesto teorico in cui

ambientarla, un contesto compatibile con i principi informatori della riforma costituzionale e quindi soprattutto con “la concezione orizzontale-collegiale dei reciproci rapporti” tra Stato e Regioni. Tanto essa è eversiva dell’ordine costituzionale delle competenze, tanto è soggetta al più elevato grado di leale collaborazione.

4. Non c’è dubbio che il principio di leale collaborazione sia stato fatto valere dalla Corte costituzionale soprattutto contro interventi “invasivi” da parte del legislatore statale. Ma non si può certo escludere che esso venga impiegato nei giudizi su atti regionali, come pure è capitato in passato (v. § 1). L’obbligo di collaborazione reciproca è costantemente affermato dalla Corte già come presupposto operativo del “sistema”:

Così come organi dello Stato possono essere chiamati a dare applicazione a leggi regionali, ove queste disciplinino oggetti di loro competenza (sent. 467/2005), ugualmente gli organi della Regione devono far rispettare leggi dello Stato, senza che ciò possa essere considerato illegittima interferenza (sent. 63/2006).

Tuttavia non mi sembra si registrino, dopo la riforma del 2001, casi di applicazione della leale collaborazione *contro* le Regioni, e ciò per una semplice ragione: che le leggi e gli atti regionali vengono censurati per parametri diversi e più specifici della leale collaborazione, vengono cioè trattenuti dalla fitta rete tessuta dai limiti di legittimità ben prima che debbano fare i conti con il parametro residuale della leale collaborazione.

Indicativa è la sentenza 62/2005, perché in essa la Corte affronta contestualmente alcune leggi locali che “denuclearizzano” il territorio vietando il transito di sostanze radioattive, ma anche il decreto-legge che prevede la localizzazione di impianti per lo smaltimento dei rifiuti radioattivi senza procedura di leale collaborazione: quest’ultimo è censurato per violazione del principio di leale collaborazione, le leggi regionali invece per violazione del limite delle materie nonché dell’art. 120.1.

Anche nella sentenza 378/2005 si giudica di una doppia questione di legittimità costituzionale mossa dal Friuli-Venezia Giulia contro un decreto-legge dello Stato, e dallo Stato contro una legge regionale, entrambi vertenti sulla *vexata quaestio* della nomina dell’Autorità portuale; è significativo che la legge regionale sia dichiarata illegittima per violazione del “principio della materia” (per cui è lo Stato a nominare, e non la Regione) e la legge statale invece per violazione della leale collaborazione (che impone l’intesa forte per procedere alla nomina).

Invece la Corte ha riconosciuto che il principio di leale collaborazione opera nei rapporti tra la Regione e gli enti locali e tra Regione e amministrazioni periferiche dello Stato. Giudicando di una legge pugliese che poneva a carico degli enti locali, di amministrazioni pubbliche statali e di altri soggetti l’obbligo di trasmettere dati relativi alle principali informazioni sulla rete distributiva dei carburanti, nella sentenza 46/2006 si afferma che

come questa Corte ha avuto modo di precisare nell’ambito dello scrutinio di costituzionalità di disposizioni di contenuto analogo a quella oggi in esame, l’acquisizione, l’elaborazione e lo scambio di informazioni non

determinano, di regola, alcuna lesione di attribuzioni, rispettivamente statali o regionali, ma rappresentano, in realtà, strumenti con i quali si esplica, ad un livello minimo, la leale cooperazione tra Stato e Regioni; e ciò in vista dell'esigenza di garantire il più efficiente esercizio delle attribuzioni tanto statali, quanto regionali.

In questo caso (e nella precedente sent. 327/2003) viene dunque applicato a favore della Regione un argomento che in passato veniva sempre fatto giocare a favore dello Stato.

5. In conclusione, il successo evidente che il principio di leale collaborazione ha conseguito nell'ambito delle argomentazioni impiegate dalla Corte costituzionale nel contenzioso Stato – Regioni successivo alla riforma costituzionale del 2001 può essere spiegato con questa massima: tanto più rigoroso è il *self restraint* della Corte nel giudicare del “livello degli interessi”, tanto più è esteso e rigoroso il suo controllo sul rispetto della leale collaborazione. È un controllo che si estende sia sull'*intensità* della collaborazione praticata (o prescritta), sia sulla *effettività* (o, se si vuole, sulla *lealtà*) di essa.

Si dice assai spesso che la leale collaborazione sia un'invenzione della Corte costituzionale e che l'insistenza con cui le sue sentenze la richiamano spostino troppo verso la Corte costituzionale il peso di decidere chi deve governare il Paese. Ma è una critica del tutto ingiustificata.

È necessario tenere presente almeno due fattori. Il primo è che la riforma del Titolo V, come sempre le riforme (costituzionali e no) in Italia, non è stata guidata da una seria e consapevole attenzione per i problemi effettivi e per la loro risoluzione, ma da motivazioni ideologiche e intenti di pura simbologia politica: per cui il testo costituzionale che ne è uscito produce più problemi di quanti non riesca a risolvere. Il secondo fattore è che, per una sfortunata circostanza storica, la prima applicazione della riforma costituzionale è caduta sulle spalle della maggioranza politica che tale riforma aveva duramente avversato (si potrebbe parlare a ragione di un nuovo “ostruzionismo della maggioranza”), e di un governo che, per questa o per altre ragioni, si è comportato secondo una visione della politica tra le più centralistiche della storia dell'Italia repubblicana.

Benché chiunque riconosca che un sistema policentrico moderno non può funzionare senza meccanismi cooperativi, la riforma del 2001 di essi non fa alcuna menzione, ma resta legata ad una visione “separatista” che per altro non riesce neppure a sviluppare con coerenza. In compenso, il nuovo testo costituzionale non offre neppure strumenti adeguati a far prevalere, laddove necessario, l'indirizzo politico del governo centrale su quelli periferici, ma anzi ha abolito gli incerti e inefficaci congegni previsti nel 1948.

La Corte si è trovata nella necessità di trovare i modi per far funzionare il sistema in un contesto così caratterizzato, e lo ha fatto sviluppando il principio di leale collaborazione e dilatando il principio di sussidiarietà, entrambi – in fondo – muniti di un aggancio in Costituzione. E se la sua giurisprudenza è diventata così estesa e influente ciò dipende solo da una circostanza: da un contenzioso esplosivo a causa di governi e maggioranze parlamentari che hanno ripetutamente parlato di “federalismo” e di “autonomia”, ma tran-

quillamente preteso di governare da soli. In fondo è proprio questa pretesa che la giurisprudenza sul principio di leale collaborazione contesta.

FABRIZIO FEDELI
Avvocato dello Stato

La sussidiarietà nell'art. 118 della Costituzione

a) Il dibattito sul principio di sussidiarietà.

Il principio di sussidiarietà ha cominciato ad assumere una posizione centrale nel dibattito politico, specialmente quello legato alla tematica delle riforme istituzionali, a partire dagli anni '90, in conseguenza di una serie concomitante di fattori fra i più salienti dei quali si possono indicare la crisi economica che aveva posto in luce l'inadeguatezza del tradizionale modello di Stato sociale-assistenziale e la denuncia di un fenomeno di estesa corruzione a livello politico amministrativo. Il principio di sussidiarietà è stato visto allora come una proposta di rinnovamento e di riorganizzazione complessiva del sistema delle istituzioni che poteva contribuire ad un recupero dell'azione dei pubblici poteri in chiave di economicità ed efficienza, nonché a consentire un maggiore controllo dei governanti da parte dei governati e quindi, in definitiva, alla conquista di maggiori spazi di democrazia.

Alla diffusione del principio di sussidiarietà ha contribuito anche la normativa di influenza sopra-nazionale alla quale si devono, proprio intorno agli anni '90, i primi riconoscimenti normativi del principio di sussidiarietà.

Al principio di sussidiarietà nella sua componente "verticale" ha fatto riferimento la Carta europea dell'autonomia locale, firmata a Strasburgo il 15 ottobre 1985 nell'ambito del Consiglio d'Europa e resa esecutiva con legge 30 dicembre 1989 n. 439. La Carta muove dal presupposto che la sussidiarietà costituisce uno strumento per valorizzare la partecipazione democratica dei cittadini ed enuncia all'art. 4 il principio secondo cui "*l'esercizio delle responsabilità pubbliche deve, in linea di massima, incombere di preferenza sulle autorità più vicine ai cittadini*" con la conseguenza che "*l'assegnazione di una responsabilità ad altra autorità deve tenere conto dell'ampiezza e della natura del compito e delle esigenze di efficacia e di autonomia*". L'affermazione contenuta nella Carta rappresenta lo sforzo di definire contenutisticamente ed in termini giuridici il principio di sussidiarietà allo scopo di evitare che essa si traduca in una formula dai contorni sfuggenti la cui concreta definizione viene lasciata all'evolversi degli alterni rapporti di forza tra i soggetti politici che sono chiamati a darvi attuazione.

In ambito comunitario l'art. A comma 2 del Trattato di Maastricht ribadisce la scelta per un sistema istituzionale nel quale "*le decisioni siano prese il più vicino possibile ai cittadini conformemente al principio della sussidiarietà*". Nell'art. 3 B del Trattato, invece, la sussidiarietà istituisce un concor-

so dinamico e flessibile di competenze fra i vari livelli di governo (1), laddove stabilisce che *“nei settori che non sono di sua esclusiva competenza la Comunità interviene, secondo il principio di sussidiarietà, soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell’azione prevista non possono essere sufficientemente perseguiti dagli Stati membri e possono, dunque, a motivo delle dimensioni e degli effetti dell’azione in questione, essere realizzati meglio a livello comunitario”*. L’art. 3 B del Trattato è una disposizione esemplare sulla distribuzione delle competenze in base al principio di sussidiarietà. In primo luogo la sussidiarietà presuppone il concorso delle competenze sullo stesso oggetto o materia.

La norma non disegna una volta per tutte il confine tra le competenze di diverso livello ma ne disciplina la concorrenza privilegiando il livello inferiore e fissando le condizioni per l’intervento del livello superiore. L’art. 3 B prefigura quindi un assetto mobile delle competenze che contempla. In entrambi i casi sia nel settore delle competenze proprie che in quello delle competenze concorrenti (assunte in sussidiarietà) l’azione della Comunità è soggetta al limite della proporzionalità ossia *“non deve andare al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente trattato”*. Per l’esercizio di una competenza da parte della Comunità devono ricorrere entrambe le condizioni richieste dall’art. 3 B: è necessario che gli obiettivi non possano essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri a causa della dimensione e degli effetti dell’azione prevista ma possano essere perseguiti meglio a livello comunitario. La prima condizione (insufficienza dell’azione statale) non implica necessariamente la seconda. L’azione nazionale va preferita se assicura un raggiungimento soltanto sufficiente degli obiettivi mentre l’azione comunitaria prevale se garantisce un miglior raggiungimento degli obiettivi medesimi. Si tocca così il problema della *“decisione di preferenza”* per l’ambito più favorevole agli interessati: quale è il metro utilizzabile per individuare l’ambito da preferire nell’allocazione delle funzioni? In breve ci si chiede se l’ambito di governo più vicino agli interessati sia da preferire non solo quando sia in grado di operare a condizioni più vantaggiose rispetto all’istanza superiore ma anche a parità di condizioni. Se si considera la scelta di fondo del principio di sussidiarietà, secondo cui le funzioni si devono articolare a partire dal basso, la risposta dovrebbe essere affermativa.

L’introduzione del principio di sussidiarietà a livello comunitario non è stato privo di conseguenze neppure all’interno degli Stati membri. Nel verificare, infatti, l’idoneità o la sufficienza dell’azione statale nei confronti degli obiettivi dell’azione comunitaria, lo Stato viene in considerazione nel complesso delle sue articolazioni. Ciò significa che gli interventi in base alla sussidiarietà compiuti in ambito comunitario devono essere commisurati

(1) Nel senso che il principio di sussidiarietà porrebbe un limite all’espansione delle attribuzioni comunitarie sulla base di una definizione in termini meramente finalistici delle competenze previste dal Trattato, D’ATENA A., *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunitario*, 1997 p. 612.

tenendo conto anche delle competenze regionali (2) per garantire le quali occorre individuare opportuni strumenti di partecipazione delle regioni ai processi decisionali comunitari.

Sempre agli anni '90 risale la riforma delle autonomie locali disegnata dalla legge n. 142/1990 che avrebbe “*costruito in termini di sussidiarietà i rapporti tra i Comuni, le Province e le Regioni : riconoscendo ai primi una competenza residuale ed elevando a criterio distributivo delle competenze tra i diversi livelli territoriali di governo la dimensione degli interessi pubblici coinvolti, nonché l'economicità e l'efficienza nell'esercizio delle competenze*” (3).

b) Il principio di sussidiarietà nel pensiero filosofico e politico

Prima di venire alla ribalta negli anni '90 il principio di sussidiarietà ha conosciuto quindi un lungo periodo di oblio.

Eppure nel corso del dibattito in Assemblea Costituente un richiamo alla sussidiarietà era contenuto in un ordine del giorno presentato dall'on. Dossetti nel mese di settembre 1946 alla Prima Sottocommissione che, tuttavia, non fu posto in votazione essendosi preferito il passaggio diretto all'esame degli articoli. L'ordine del giorno era incentrato sul primato etico della persona (intesa non solo nei suoi bisogni materiali ma anche spirituali) sullo Stato e sul riconoscimento della necessaria socialità degli individui destinati a completarsi e a perfezionarsi a vicenda mediante una reciproca solidarietà economica e spirituale nelle comunità intermedie (familiari, territoriali, professionali, religiose ecc.) e, solo per tutto ciò in cui quelle comunità non bastino, nello Stato. L'ordine del giorno concludeva con il riconoscimento dell'esistenza di diritti inviolabili sia del singolo che delle comunità anteriormente ad ogni concessione da parte dello Stato.

Il contenuto dell'ordine del giorno aiuta a comprendere che il principio di sussidiarietà attiene al rapporto tra la società nelle sue variegate componenti e lo Stato. Alla fine, in sede di Assemblea Costituente le tematiche fondamentali che attengono al rapporto tra autorità e libertà, tra Stato e formazioni sociali, vennero affrontate al di fuori delle direttrici offerte dal principio di sussidiarietà, in favore di un'ispirazione pluralistica orientata a garan-

(2) VANDELLI L., *Il principio di sussidiarietà nel riparto di competenze tra diversi livelli territoriali. A proposito dell'art. 3 B del Trattato sull'Unione Europea*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunitario* 1993, p. 392, dove l'autore riporta, in nota 25, il contenuto della dichiarazione finale adottata dalla quarta Assise delle Regioni d'Europa, Mannheim, 4 febbraio 1992, secondo cui “il principio di sussidiarietà stabilito nel Trattato vale non solo tra la Comunità europea e gli Stati membri, ma anche per il rapporto con il livello regionale e richiede un'applicazione che parta da una prevalenza del livello più vicino e permetta per il resto ad ogni livello – Comunità, Stato membro, Regione – di adempiere i propri compiti in conformità alle sue competenze”.

(3) D'ATENA A., *op. cit.*, p. 604; per VANDELLI L., *op. cit.*, pp. 384-385, le leggi regionali che procedessero all'allocazione delle funzioni amministrative in contrasto con il principio di sussidiarietà desumibile dalla L. n. 142/1990 (artt. 3, 9, 14, 17, 19) sarebbero sindacabili dinanzi alla Corte Costituzionale.

tire spazi di conflittualità sociale (4) e a promuovere, tramite essa, trasformazioni nel tessuto politico, economico e sociale. La sussidiarietà, infatti, pur nella sua ambivalenza, è un principio che presuppone una forte coesione sociale. Per un verso, infatti, la sussidiarietà è un postulato per la difesa dell'individuo e delle formazioni sociali da ingerenze e pretese totalizzanti del potere statale e, per l'altro, è il tramite per l'avanzamento di esso verso tutte le componenti della società e per una sinergia fra le componenti sociali di diversa ampiezza la cui azione gradatamente si ricompone nell'unità statale complessiva. Per questa sua forte valenza unificante, la sussidiarietà era vista come un pericolo per la soppressione di spazi di confronto e di conflitto sociale soprattutto dalle sinistre le quali preferirono mantenere un disegno "aperto" e "conflittuale" del pluralismo rispetto all'organizzazione dello Stato ed iscrivere il riconoscimento dell'autonomia delle formazioni sociali in un quadro aperto a possibili trasformazioni dei rapporti all'interno della società civile al di fuori di una gerarchia predeterminata (5).

Al momento del dibattito in assemblea costituente il principio di sussidiarietà, quindi, aveva già ricevuto un'antichissima elaborazione nella storia del pensiero che si era sviluppata intorno ad alcuni tratti comuni.

L'idea della sussidiarietà è legata, infatti, ad una visione organicista della società, composta di più parti o cerchi concentrici che si integrano a vicenda nell'unità complessiva. Ciascun gruppo ha una sfera di autonomia e di azione garantita rispetto a possibili ingerenze provenienti da gruppi più ampi. Tuttavia anche la libertà del singolo o di alcuni gruppi sociali può incontrare dei limiti e giustificare l'intervento di un'autorità o di un gruppo superiore alla quale non possono non essere riconosciuti o conferiti, spesso in base a veri e propri accordi, alcuni compiti per colmare le lacune dei primi e raggiungere il benessere comune.

Aristotele affronta il tema della sussidiarietà concependo una politica non invadente le cui funzioni sarebbero limitate alla difesa, all'ordine pubblico, alla giustizia, alle finanze e al culto, allo scopo di evitare che il potere politico possa pretendere di dirigere la vita quotidiana dei cittadini deviando dal suo ruolo che dovrebbe essere quello di affiancare l'azione sociale assumendosi la responsabilità di quei soli compiti che richiedono capacità superiori a quelle dell'individuo e delle altre componenti della società (famiglie, villaggi, città). L'idea di una società stratificata è presente nel pensiero di Tommaso D'Aquino il quale vede nella sussidiarietà un principio che permette di conciliare l'autonomia del singolo ed il perseguimento del bene comune. Anche per Tommaso d'Aquino il ricorso all'istanza superiore è giustificato solo in caso di insufficienza di quella inferiore ed il potere politico deve costituire un semplice mezzo al servizio della società per consentire a tutte le istanze socia-

(4) RIDOLA P., *Il principio di sussidiarietà e la forma di Stato di democrazia pluralistica*, in CERVATI A., PANUNZIO S.P., RIDOLA P., *Studi sulla riforma costituzionale*, Torino, 2001, p. 208.

(5) Per questa lettura, RIDOLA P., *op. cit.*, p. 229.

li di raggiungere i loro scopi. In Giovanni Althusius (XVII sec.) la sussidiarietà si coniuga invece con l'idea di patti stipulati dai vari gruppi sociali in virtù dei quali ciascun gruppo, da un lato preservava la propria autonomia ottenendo anche il riconoscimento della possibilità di partecipare alla gestione del livello superiore e, dall'altro, otteneva la protezione ed il soccorso del gruppo dotato di maggiori capacità. I patti sociali assolvevano, quindi, ad una funzione di garanzia poiché attraverso di essi il gruppo che riceveva ausilio era messo in grado di esercitare un controllo sulla comunità più dotata evitando di essere completamente assorbito da questa (6).

Con la nascita dello Stato moderno il tema della sussidiarietà non concerne più i rapporti fra i diversi attori impegnati sulla scena sociale ma la relazione tra le istanze sociali e lo Stato inteso come entità suprema per eccellenza. L'alternativa che si pone allora è fra la visione di uno "Stato assente" nel quale prendono il sopravvento i particolarismi e i localismi mettendo a repentaglio il perseguimento del bene comune e dell'interesse generale e quella di uno "Stato opprimente" che pretende di dirigere e controllare tutta la vita sociale (7). Il principio di sussidiarietà dovrebbe consentire, quindi, di trovare il giusto equilibrio nella "domanda di Stato".

Nella visione liberale della sussidiarietà la relazione si instaura direttamente tra lo Stato e l'individuo. A differenza delle concezioni organicistiche il pensiero liberale rifiuta la concezione comunitaria che vede la società formata da gruppi intermedi che si frappongono tra l'individuo e lo Stato. Viene svalutata anche l'idea di benessere generale o collettivo, ridotto ad una semplice sommatoria di interessi individuali. Il pensiero liberale valorizza dunque il profilo negativo del principio di sussidiarietà, ossia il dovere di non ingerenza. Lo Stato non deve interferire con le azioni individuali a meno che questa ingerenza non sia dettata dall'incapacità dell'individuo di perseguire il suo stesso interesse. Per il liberalismo infatti lo Stato è il garante delle libertà personali ed il suo compito storico consiste principalmente nel non ostacolare lo sviluppo dell'autonomia individuale.

Il principio di sussidiarietà compare associato alla tematica del federalismo in Proudhon, secondo il quale il federalismo permette di raggiungere un equilibrio perfetto tra libertà ed uguaglianza ponendo termine alla conflittualità sociale. Alla base della teoria di Proudhon sta l'idea di un contratto (diverso dal contratto sociale di Rousseau perché il contraente non è un uomo mitizzato sovrano, astratto e solitario) stipulato da gruppi sociali organizzati e dotati di una certa autosufficienza attraverso il quale essi avrebbero conservato la propria libertà e contemporaneamente ottenuto aiuto dall'istanza superiore qualora non si fossero dimostrati capaci di perseguire i propri obiettivi (8). In Proudhon la sussidiarietà torna nella sua

(6) Per ampi riferimenti ai filosofi citati nel testo, RINELLA A., *Il principio di sussidiarietà: definizioni, comparazioni e modello di analisi*, in (a cura di) RINELLA A., COEN L., SCARCIGLIA R., *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali, esperienze a confronto*, pp. 8 e ss.

(7) RINELLA A., *op. cit.*, p. 12

(8) RINELLA A., *op. cit.*, p. 17.

duplice componente positiva e negativa rappresentata sia dall'ingerenza che dalla non ingerenza che si alternano a seconda della capacità della comunità più ristretta di soddisfare i propri bisogni. Nel conflitto tra autorità e libertà, la prima non può essere completamente eliminata ma è chiamata ad intervenire solo in presenza di una situazione di dimostrata incapacità del gruppo inferiore.

Il principio di sussidiarietà permea inoltre la dottrina sociale che la Chiesa ha elaborato a partire dal XIX secolo (9). Il principio si presta ad un impiego flessibile, particolarmente adatto ad una società in continua evoluzione, accentuandosi talvolta il principio di ingerenza e talvolta quello di non ingerenza.

Nell'*Enciclica Rerum Novarum* di Leone XIII (1891) si afferma la necessità di un intervento dello Stato per combattere gli eccessi del liberalismo. Nell'*Enciclica Quadragesimo anno* (1931) Pio XI preferì invece porre l'accento sulla non ingerenza secondo cui "è illecito togliere agli individui ciò che essi possono compiere con le forze e l'industria propria per affidarlo alla comunità, così come è ingiusto rimettere ad una maggiore e più alta società quello che dalle minori ed inferiori comunità si può fare". Anche nell'*Enciclica Centesimus Annus* (1991) Giovanni Paolo II riconduce le disfunzioni e i difetti dello Stato assistenziale ad una inadeguata comprensione dei compiti dello Stato, poiché "anche in questo ambito deve essere rispettato il principio di sussidiarietà: una società di ordine superiore non deve interferire nella vita interna di una società di ordine inferiore privandola delle sue competenze ma deve piuttosto sostenerla in caso di necessità ed aiutarla a coordinare la sua azione con quella delle altre componenti sociali, in vista del bene comune". Nella dottrina sociale della Chiesa è presente una tensione alla ricerca dell'equilibrio tra ingerenza e non ingerenza in vista della valorizzazione della dignità dell'uomo (che presuppone l'autonomia e la responsabilità della persona ma può entrare in conflitto con la libertà) che viene vista come il valore fondamentale verso il quale devono convergere sia la libertà che l'uguaglianza.

c) Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana

Pur in assenza di espliciti riconoscimenti testuali, in dottrina (10) si è ritenuto, tuttavia, che la sussidiarietà costituisca un principio implicito della Costituzione e che in essa potessero rinvenirsi alcune manifestazioni del principio. Ad esempio nel rapporto tra Stato e confessioni religiose diversa dalla cattolica (art. 8) alle quali si riconosce il diritto di organizzarsi in base a propri statuti e, quindi, una sfera di autonomia che non sarebbe comprimibile o sostituibile da parte dello Stato. Si è ricondotta al principio di sussidiarietà anche la disciplina in materia di famiglia, definita come società naturale fondata sul matrimonio, specie con riguardo alle disposizioni contenute

(9) RINELLA A., *op. cit.*, p. 18.

(10) D'ATENA A., *op. cit.*, pp. 615 ss.; Id., *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quaderni Costituzionali* 2001, pp. 24 ss.

nell'art. 30 che riconoscono il diritto-dovere dei genitori di mantenere, istruire e educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio, stabilendo che solo “*nei casi di incapacità dei genitori*” la legge provvede a che sino assolti i loro compiti. Una lettura in chiave di sussidiarietà è stata offerta anche per quanto concerne il riconoscimento di alcune peculiari autonomie funzionali, come le Università degli Studi. Nel prevedere che “*le istituzioni di alta cultura, università ed accademie hanno il diritto di darsi ordinamenti autonomi, nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato*”, l'art. 33 della Costituzione avrebbe implicitamente attribuito ad esse l'autonomia statutaria e vietato alla legge statale di impartire una disciplina così dettagliata da privare l'autonomia normativa delle Università di un apprezzabile margine di esplicazione. L'art. 33 conterrebbe, dunque, una riserva di legge assoluta nei confronti dei regolamenti dell'esecutivo e relativa nei riguardi delle Università in funzione della salvaguardia dell'autonomia ad esse riconosciuta (11). Le norme della costituzione nelle quali il principio di sussidiarietà ottiene un implicito riconoscimento mediante l'attribuzione, ad una sfera di autonomia, di una competenza riservata, vengono definite “dispositivi statici” per distinguerli da quei “trasformatori dinamici e permanenti” di competenze in base al principio di sussidiarietà rinvenibili nell'art. 3B del Trattato di Maastricht e nell'attuale formulazione dell'art. 118 della Costituzione. In quanto tali, i dispositivi statici valgono solo per le ipotesi da essi contemplate. Tuttavia, non si può escludere che dalla compresenza di una pluralità di dispositivi di questo tipo si potesse già desumere un principio destinato ad applicarsi anche ad ipotesi non previste in virtù dell'eccedenza di contenuto deontologico di cui i principi sono dotati (12). Tuttavia si riscontrano importanti esclusioni come ad esempio il campo dell'istruzione che non appare affatto ispirato al principio di sussidiarietà dell'intervento statale ma all'opzione prioritaria in favore della scuola pubblica. L'art. 33 comma 2 della Costituzione pone infatti a carico dello Stato il compito, non secondario né sussidiario rispetto a quello dei privati (e del tutto distinto da quello dei genitori di istruire i figli), di istituire scuole ed istituti di educazione per tutti gli ordini e gradi in una cornice ispirata più alla concorrenza che alla sussidiarietà (13). In realtà sembra corretto ritenere che i “dispositivi di sussidiarietà” contenuti nelle disposizioni della Costituzione del '48 che tutelano sfere di autonomia prevedendo alcune riserve di competenze (come gli artt. 8 e 33) non siano sufficienti per ritenere che il principio sarebbe stato riconosciuto, almeno a livello implicito, con una valenza di portata generale. Infatti, i dispositivi statici di competenza sono solamente delle pre-condizioni piuttosto che veri e propri congegni di sussidiarietà, i quali necessitano di meccanismi dinamici di integrazione che dovrebbero assicurare raccordi e congegni di sostituzione di tipo funzionale fra le cerchie sociali minori ed i pubblici poteri assicurando la confluenza del sistema delle autonomie nella

(11) D'ATENA A., *Il principio di sussidiarietà, cit.*, p. 616.

(12) *Idem*, p. 613.

(13) RIDOLA P., *op. cit.*, p. 228-229.

formazione più ampia rappresentata dallo Stato (14). Proprio basandosi sulla sfera di autonomia costituzionalmente garantita alla famiglia, la Corte Costituzionale Tedesca ha introdotto il principio di sussidiarietà fiscale (15) obbligando il legislatore a rendere fiscalmente deducibili tutte le spese necessarie per l'esistenza familiare. In questo senso si è riconosciuta la priorità dell'auto-sostentamento rispetto all'assistenza sociale. Considerato che le risorse autonomamente guadagnate comunicano un grado di libertà superiore rispetto alle risorse ricevute dallo Stato, la sussidiarietà fiscale è stata vista come un tramite per valorizzare la dignità personale evitando di trasformare il cittadino, che senza un'elevata pressione fiscale disporrebbe di risorse proprie, in un "assistito" (16).

d) Il principio di sussidiarietà verticale ed orizzontale.

La sussidiarietà è un principio tipicamente di relazione applicandosi ai rapporti tra i diversi livelli territoriali di governo e tra essi e la società civile. Per questa ragione si afferma che la sussidiarietà avrebbe una dimensione verticale ed una orizzontale entrambe presenti nell'attuale formulazione dell'art. 118 della Costituzione (17). Anzi si potrebbe sostenere che la dimensione "orizzontale" della sussidiarietà costituisca un *prius* logico rispetto a quella verticale. In un primo momento occorrerebbe, infatti, delimitare il "confine esterno" dell'azione delle istituzioni pubbliche in base al criterio secondo cui solamente le funzioni che non possano essere efficacemente svolte dai cittadini o da loro associazioni dovrebbero essere attribuite a strutture burocratiche dipendenti da un vertice governativo e poi, in un secondo momento, si dovrebbe provvedere a ripartire le funzioni tra i diversi apparati pubblici. In senso orizzontale il principio di sussidiarietà sta a significare che i fini e i compiti pubblici dovrebbero essere perseguiti non solo dalle istituzioni di governo e dalle strutture amministrative da esso dipendenti ma, in tutti i casi in cui ciò sia possibile, dagli stessi cittadini singoli o associati (18). A dire il vero il quarto comma dell'art. 118 non contempla un riparto e una distribuzione di compiti tra le istituzioni pubbliche e la

(14) *Idem*, p. 227.

(15) ANTONINI L., *Sulla giustiziabilità del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Quaderni costituzionali*, 2003, p. 636.

(16) *Ibidem*.

(17) Alla sussidiarietà orizzontale faceva riferimento l'art. 3 comma quinto del D.Lgs. n. 267/2000 secondo cui "I comuni e le province svolgono le loro funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dall'autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali".

(18) PASTORI G., *La sussidiarietà orizzontale alla prova dei fatti nelle recenti riforme legislative*, in (a cura di) RINELLA A., COEN L., SCARCIGLIA R., *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali, esperienze a confronto*, pp. 170 e ss., secondo il quale un'attività pubblica in senso oggettivo perché orientata al perseguimento di interessi definiti come pubblici dalle leggi non necessariamente dovrebbe essere esercitata da chi è pubblico in senso soggettivo ma eventualmente anche da organizzazioni private espressione della libera iniziativa dei cittadini.

società civile ma consiste in una blanda disposizione programmatica nella quale è contenuta una previsione di favore “*per l’autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale*”. In uno dei progetti elaborato dalla Commissione parlamentare per le riforme istituzionali vi era una disposizione più netta sul riparto di competenza tra pubblico e privato. Nel testo del mese di giugno 1997 si precisava che “*Le funzioni che non possono essere più adeguatamente svolte dalla autonomia dei privati sono ripartite tra le Comunità locali, organizzate in Comuni e Province, le Regioni e lo Stato, in base al principio di sussidiarietà e differenziazione*”; il testo di novembre stabiliva invece che “*nel rispetto della attività che possono essere adeguatamente svolte dalla autonoma iniziativa dei cittadini, anche attraverso le formazioni sociali, le funzioni pubbliche sono attribuite a Comuni, Province, Regioni e Stato sulla base dei principi di differenziazione e di adeguatezza*”. La prima formulazione, pur contenendo una più netta presa di posizione nella ripartizione dei compiti tra pubblico e privato, a parità di condizioni privilegiava il pubblico, mentre il testo di novembre concede maggiori spazi all’iniziativa privata pur risolvendosi in una disposizione più generale e di principio.

Nell’art. 118 comma 4 della Costituzione (letto in connessione ad altri fondamentali articoli, come l’art. 2 per il riferimento all’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà sociale e l’art. 4 nella parte in cui pone a carico di ogni cittadino il dovere di svolgere un’attività o una funzione che concorra al progresso spirituale e materiale della società) hanno trovato riconoscimento le categorie del “privato sociale” e della “cittadinanza societaria” che secondo un’impostazione sociologica (19) si riferiscono a “*sistemi di azione organizzati sulla base di motivazioni, regole, scopi e mezzi di solidarietà sociale, che godono del massimo di autonomia gestionale interna, e possono essere anche strutturati in forma di impresa, mentre sono pubblicamente rendicontabili verso il sistema politico amministrativo nel quadro dei diritti di cittadinanza*”. La cittadinanza smetterebbe di essere una categoria giuridica e sociale di competenza esclusiva dello Stato per diventare indicativa di relazioni fra persone che non agiscono “*né per profitto e né per comando*” al di là del mercato e dello Stato. L’art. 118 comma 4 diviene un punto di riferimento a livello costituzionale per la realtà degli enti non commerciali e *non profit* che costituiscono il “terzo settore”. Il “favore” previsto dalla norma costituzionale può tradursi in misure di agevolazione patrimoniale e fiscale (20) ma anche nel precludere la possibilità di porre limiti alle manifestazioni dell’autonomia sociale attraverso autorizzazioni, permessi o licenze che non siano dettate dalla necessità di rispettare esigenze di ordine

(19) DONATI P., *La cittadinanza societaria*, Roma-Bari, 1993.

(20) L’art. 7 della l. n. 131/2003 ha specificato che quando l’attuazione del principio comporta l’impiego di risorse pubbliche occorre rendere noti i criteri per l’assegnazione delle stesse.

pubblico, sicurezza, sanità o altri tipici compiti riservati allo Stato escludendo al tempo stesso l'assoggettamento di quelle espressioni di autonomia a poteri di indirizzo e coordinamento. Le organizzazioni del "privato sociale" divengono pertanto utili alleati dei pubblici poteri, senza sostituirsi ad essi ma assumendo il ruolo di "coamministratori", nel perseguimento degli obiettivi del pieno sviluppo della persona umana (art. 3 comma 2 Cost.) e della rimozione delle disuguaglianze. Erronea sarebbe, tuttavia, un'interpretazione dell'art. 118 comma 4 che giustificasse il ritrarsi dei poteri pubblici dai loro compiti istituzionali perché la sussidiarietà orizzontale segna semmai un ampliamento della gamma di interventi e delle modalità di realizzazione della loro missione costituzionale (21).

La sussidiarietà orizzontale dovrebbe essere orientata alla soppressione allo Stato di funzioni e di compiti che possono essere svolti utilmente dall'autorità e dall'autonomia privata (in tal senso il disegno di legge Bassanini che ha portato alla legge n. 59/97 conteneva un'esplicita previsione anche se poi, nel testo finale della legge, è scomparso il conferimento diretto dei compiti attribuibili all'autonomia privata o sociale in cambio di una generica previsione di favore entro il processo di attuazione della sussidiarietà verticale). Stretto è quindi il legame tra la sussidiarietà orizzontale e le politiche di liberalizzazione e di privatizzazione (22) attraverso il mutamento di ruolo dello Stato da Stato amministrativo a Stato regolatore (23). Sotto questo profilo è interessante l'esperienza delle leggi comunali tedesche che stabiliscono a quali condizioni, sulla base di stringenti clausole di sussidiarietà, è consentito istituire imprese comunali. Si è riconosciuta ad esempio, dalla Corte Costituzionale del Land Renania-Palatinato, la legittimità di clausole che attribuiscono al Comune il potere di istituire imprese commerciali quando il fine pubblico non può essere perseguito in modo altrettanto adeguato o economico da terzi privati. La sussidiarietà orizzontale coinvolge quindi anche il rapporto Stato-mercato. Nella visione liberale dell'economia lo Stato potrebbe intervenire solo qualora il mercato non sia in grado di operare efficacemente, fino a giungere alle teorizzazioni degli ordoliberali di Friburgo

(21) BONAVENTURA S. e RAGAZZO M., *La sussidiarietà orizzontale e i diritti costituzionali dei cittadini: problematiche esegetiche ed opportunità per gli enti non profit*, pubblicato sulla rivista internet *Non Profit on line*.

(22) Secondo MANGIAMELI S., *Sussidiarietà e servizi di interesse generale: le aporie della privatizzazione*, articolo tratto dal sito web Issirfa, nella erogazione dei servizi pubblici la scelta in favore della sussidiarietà si giustifica solo in presenza di un mercato che possa agire in modo concorrenziale allo scopo di evitare che la soddisfazione dei bisogni degli individui, ai quali sono sottesi diritti fondamentali, si iscriva in una relazione di potere privato e di dipendenza. Anche qualora la gestione dei servizi pubblici venga affidata all'autorità privata, in regime di concorrenza, il "pubblico" dovrebbe essere presente con un'attività di regolazione che disciplini le modalità di svolgimento del servizio in modo da assicurarne l'accessibilità e la qualità.

(23) Anche attraverso le figure di "auto-amministrazione" quali denuncia di inizio di attività, silenzio assenso, autocertificazioni.

per i quali lo Stato dovrebbe svolgere l'unica funzione essenziale di garantire le condizioni di concorrenza. Il "favore" per la sussidiarietà orizzontale contenuto nell'art. 118 comma 4 implica anche il riconoscimento di un nucleo incompressibile dell'autonomia privata che non potrebbe essere sacrificato dal legislatore nel perseguimento di interessi collettivi. Dal principio di sussidiarietà orizzontale potrebbero quindi desumersi limiti all'intervento di strumenti pubblicistici in un settore regolato dal diritto privato. Il principio della sussidiarietà orizzontale è richiamato dalla Corte Costituzionale nelle sentenze n. 300 e 301 sulle fondazioni bancarie che hanno ribadito la natura di persone giuridiche private delle fondazioni con piena autonomia statutaria e gestionale collocandole a pieno titolo tra i soggetti dell'organizzazione delle "libertà sociali".

Sulla questione centrale concernente la presenza di Regioni, Province, Comuni, Città metropolitane negli organi di indirizzo, Corte ha stabilito che la prevalenza assegnata a questi enti è incostituzionale; negli organi di indirizzo, al contrario, deve essere presente una "qualificata rappresentanza degli enti, pubblici e privati, espressivi delle realtà locali". Al tempo stesso viene dichiarata l'illegittimità di diverse norme della riforma Tremonti tese a limitare l'autonomia delle fondazioni, a porle sotto il sostanziale indirizzo e controllo delle autonomie territoriali ed a convogliare le loro risorse verso finalità determinate, almeno in parte, dai poteri pubblici (sent. n. 301/2003), riproponendo la soluzione già prospettata a suo tempo riguardo alle Ipab, in cui si riafferma il principio per cui la natura privata di un ente vieta che esso sia sottoposto a forme invasive di direzione statale, consentendo al massimo un'attività pubblicistica di coordinamento, la cui incisività è assai minore.

Del resto anche il Consiglio di Stato, nel parere del 1° luglio 2002 n. 1354 sulle fondazioni bancarie (24) aveva affermato, in relazione alla legittimità di correttivi di ordine pubblicistico introdotti dal legislatore statale al regime e all'attività di soggetti aventi formalmente natura privatistica, che *"la sussidiarietà rappresenta il criterio propulsivo in presenza del quale deve da ora svilupparsi, nell'ambito della società civile, il rapporto tra pubblico e privato anche nella realizzazione delle finalità di carattere collettivo. Gli eventuali interventi normativi in materia debbono ispirarsi al rispetto dell'autonomia privata dei soggetti che svolgono l'azione sussidiaria e sono comunque soggetti ai principi di ragionevolezza e proporzionalità"*.

La sussidiarietà orizzontale non si limita a garantire il ruolo dell'autonomia privata ma potrebbe schiudere nuovi orizzonti nei rapporti fra le fonti del

(24) Per le perplessità destinate dal parere sia in ordine all'affermazione secondo cui l'intervento della società civile potrebbe alleggerire l'impiego di risorse pubbliche destinate alla realizzazione dei progetti di utilità pubblica e sia in ordine alla stessa riconducibilità delle fondazioni bancarie al tema della sussidiarietà orizzontale avuto riguardo all'origine delle fondazioni, in base ad un processo squisitamente legislativo (avviato con la l. n. 218/90) che non costituisce espressione di un'iniziativa autonoma e spontanea dei cittadini, FIORENZANO S., *Fondazioni bancarie e sussidiarietà orizzontale*, pubblicato sul sito web Labsus - Laboratorio per la sussidiarietà.

diritto. Si è ritenuto, infatti, che in forza del principio di sussidiarietà orizzontale potrebbero aprirsi nuovi spazi per l’inserimento nell’ordinamento di fonti consuetudinarie elaborate dalla società civile che si aggiungono al diritto prodotto dalle fonti statali, regionali o comunitarie secondo la distribuzione delle competenze tipica degli ordinamenti positivi (25) consentendo di recuperare uno spazio vitale per la disciplina spontanea e originale dei “domini collettivi” dopo che questi ultimi sono stati espunti dal modello di proprietà delineato dalla moderna codificazione basata sulla persona giuridica come centro unitario di rapporti e sulla distinzione tra diritto pubblico diritto privato. La fonte di disciplina dei domini collettivi diverrebbe, perciò, quella sussidiaria all’ordinamento statale, costituita dalla consuetudine e dagli statuti ai quali sarebbe demandata anche la configurazione organizzativa della gestione proprietaria. Ogni tutela esterna prevista da fonti statali o regionali sarebbe illegittima in quanto contraria al principio di sussidiarietà, mentre la disciplina della gestione sarebbe quella stabilita autonomamente dagli organi di produzione giuridica dell’organizzazione del dominio collettivo (26).

L’art. 118 della Costituzione tace a proposito del ruolo delle autonomie funzionali ammettendo l’esercizio delle funzioni amministrative da parte di un limitato numero di enti pubblici tutti di tipo territoriale. Subito dopo l’entrata in vigore della riforma la dottrina aveva denunciato l’assurdità di una conclusione secondo cui, nella nuova architettura costituzionale, non vi sarebbe stato più spazio per l’esercizio di funzioni amministrative da parte di enti che territoriali non fossero (27), salvo che per le autonomie funzionali costituzionalmente garantite come le Università. Argomenti a sostegno della sopravvivenza delle autonomie funzionali sono stati tratti proprio dal principio di sussidiarietà orizzontale che dovrebbe consentire non solo l’allocazione delle funzioni pubbliche alle istituzioni più vicine ai cittadini ma l’immedesimazione dei cittadini e della società organizzata nell’esercizio delle funzioni stesse. Ciò è quanto si verifica nel caso delle autonomie funzionali (camere di commercio, università, ordini professionali) i cui compiti erano pur sempre salvaguardati dal decentramento attuato dalla legge n. 59/1997. Le autonomie funzionali sono oggettivamente pubbliche ma composte dalle comunità di riferimento di cui sono al tempo stesso rappresentative. Esse sono estranee al circuito della rappresentanza politica e diretta emanazione delle comunità sulle quali si riflette la loro azione e nei confronti delle quali rispondono, potendo in tal modo pervenire a decisioni che procedono a

(25) MERUSI F., *Il diritto sussidiario dei domini collettivi*, in *Riv. trim. dir. pubblico*, 2003, p. 88.

(26) *Ibidem*, fermo restando, secondo l’autore (pp. 89-90), la possibilità dell’ordinamento statale di intervenire dettando norme ispirate a interessi superiori o prevalenti, ossia più generali di quelli espressi dalla comunità che la Costituzione ammette a produrre norme integrative dell’ordinamento statale.

(27) D’ATENA A., in (a cura di) BERTI G., G.C. DE MARTIN, *Il sistema amministrativo dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, Roma, 2002.

bilanciamenti di interessi non dall'esterno ma dall'interno, al di fuori della mediazione partitica e più vicine alle comunità di riferimento. L'art. 7 comma 1 della legge n. 131/2003 ha colmato il vuoto lamentato stabilendo la necessità del rispetto nel conferimento delle funzioni da parte dello Stato e delle Regioni *“anche ai fini dell'assegnazione di ulteriori funzioni, delle attribuzioni degli enti di autonomia funzionale”*.

e) *Il principio di sussidiarietà nella Legge Cost. n. 3/2001.*

Il principio di sussidiarietà ha trovato ingresso nella Costituzione repubblicana con la legge cost. n. 3 del 2001, che lo menziona a proposito del riparto delle funzioni amministrative fra i diversi livelli di governo (art. 118) e dei poteri sostitutivi dello Stato nei confronti delle Regioni e degli enti locali (art. 120 comma 2), dopo aver avuto già riconoscimento ed attuazione nella legge ordinaria. Si è verificata quindi una singolare inversione degli eventi in quanto la Costituzione dovrebbe dettare il programma e la cornice che precede l'evoluzione della legislazione ordinaria. Sfruttando le potenzialità insite nella Costituzione ante-riforma, la legge n. 59/97 ed i decreti legislativi delegati (in particolare il D.Lgs. n. 112/1998) hanno attuato il “federalismo a Costituzione invariata” in base al principio di sussidiarietà che figura tra i principi e i criteri direttivi del trasferimento a Regioni, Province, Comuni e ad altri enti locali delle *“funzioni e dei compiti amministrativi localizzabili nei rispettivi territori in atto esercitati da qualunque organo o amministrazione dello Stato, centrali o periferici, ovvero tramite enti o altri soggetti pubblici”* (art. 1 comma 2) e, al tempo stesso quale principio fondamentale della legislazione a cui devono attenersi le leggi regionali nel conferimento delle funzioni nelle materie di cui all'art. 117 della Costituzione (art. 4 comma 3 lett. a). Il principio di sussidiarietà nella legge n. 59/97 consiste ne *“l'attribuzione della generalità dei compiti e delle funzioni amministrative ai comuni, alle province e alle comunità montane secondo le rispettive dimensioni territoriali, associative e organizzative, con l'esclusione delle sole funzioni incompatibili con le dimensioni medesime, attribuendo le responsabilità pubbliche anche al fine di favorire l'assolvimento di funzioni e di compiti di rilevanza sociale da parte delle famiglie, associazioni e comunità, alla autorità territorialmente e funzionalmente vicina ai cittadini interessati”*; fra i principi fondamentali della legislazione statale compaiono alla lett. g) il principio di adeguatezza, *“in relazione all'idoneità organizzativa dell'amministrazione ricevente a garantire, anche in forma associata con altri enti, l'esercizio delle funzioni”* ed alla lett. h) anche il principio di differenziazione *“nell'allocazione delle funzioni in considerazione delle diverse caratteristiche, anche associative, demografiche, territoriali e strutturali degli enti riceventi”*, entrambi richiamati dall'art. 118 della Costituzione. Anche le funzioni fondamentali di Comuni (*“Spettano al Comune tutte le funzioni amministrative che riguardano la popolazione ed il territorio comunale, precipuamente nei settori organici dei servizi alla persona e alla comunità, dell'assetto ed utilizzazione del territorio e dello sviluppo economico, salvo quanto non sia espressamente attribuito ad altri soggetti dalla legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze”*)

e delle Province (“*funzioni amministrative di interesse provinciale che riguardino vaste zone intercomunali e l'intero territorio provinciale*”) erano già delineate nel testo unico sugli enti locali (D.Lgs. n. 267/2000).

La riforma Bassanini non ha realizzato una forma di federalismo bensì di decentramento amministrativo autarchico. Si è trattato di una forma di ridisegno dell'assetto dello Stato con un'amplissima concessione di autonomia alle Regioni e agli enti locali. La caratteristica della riforma del '97 consiste, infatti, in un processo che muove dall'alto, è guidato dallo Stato e conduce ad un assetto statico di competenze (il federalismo presuppone, invece, un'aggregazione di Stati indipendenti che si federano ossia comporta una redistribuzione delle competenze che muove dal basso). Era tuttavia il massimo che si potesse fare con gli strumenti allora vigenti. La Costituzione del '48 non prefigurava un assetto del tutto statico di competenze tra Stato, Regioni ed enti locali e negli spazi consentiti si è inserito il processo attuato con la riforma Bassanini. L'art. 5 prevede che la Repubblica promuove le autonomie locali. Da ciò si poteva desumere che le competenze originariamente assegnate agli enti locali non fossero un punto di arrivo, ma un punto di avvio destinato ad incrementarsi in attuazione del principio di promozione. L'art. 117 stabiliva poi che, con leggi costituzionali, ulteriori materie si sarebbero potute aggiungere fra quelle comprese nella potestà legislativa concorrente con la conseguenza di consentire solo un aumento e non una sottrazione delle materie di potestà legislativa ripartita, accrescendo la sfera dell'amministrazione regionale stante il principio del parallelismo allora vigente. Poi vi era lo strumento della delega delle funzioni amministrative dallo Stato alla Regione previsto dall'art. 118 comma 2. Da notare che già si riteneva che la delega delle funzioni amministrative si accompagnasse o comunque implicasse per la Regione anche la facoltà di esercizio della funzione legislativa connessa alla funzione delegata. L'art. 118 comma 1 del testo previgente stabiliva poi che con leggi della Repubblica si potesse operare un ritaglio delle competenze amministrative delle Regioni ed attribuire funzioni di interesse esclusivamente locale alle Province, ai Comuni e agli altri enti locali. Le Regioni, a loro volta, erano chiamate dall'art. 118 comma 3 ad esercitare normalmente le loro funzioni amministrative delegandole alle Province ai Comuni e agli altri enti locali oppure avvalendosi dei loro uffici (amministrazione indiretta necessaria).

Avvalendosi dei suddetti meccanismi la riforma Bassanini ha compiuto un esteso decentramento di funzioni amministrative alle Regioni e agli enti locali. Alla tesi che ha intravisto “germi di sussidiarietà” nella Costituzione ante-riforma si potrebbe obiettare che il dinamismo nella distribuzione delle funzioni consisteva in un processo dall'alto verso il basso che non sembra compatibile con il principio di sussidiarietà il quale prelude ad uno spostamento verso l'alto di competenze in favore di entità di livello superiore abilitate a sostituirsi a quelle inferiori in presenza di determinati presupposti. La differenza è stata spiegata con il rovesciamento dell'enumerazione delle competenze. Siccome ante riforma del 2001 le competenze generali e residuali spettavano allo Stato era inevitabile che spostamenti di competenze

dovessero aprire la strada ad un ampliamento delle competenze regionali anziché dello Stato. Attualmente anche comuni e province hanno una sfera di competenza amministrativa costituzionalmente garantita mentre, in precedenza, la loro sfera di autonomia era rimessa alla legislazione dello Stato (art. 128 abrogato).

L'importanza della riforma consiste tuttavia nell'aver costituzionalizzato il principio di sussidiarietà come principio mobile e dinamico di allocazione delle competenze amministrative (e legislative, Corte Cost. n. 303/2003 e giurisprudenza successiva) fra enti paritari, a partire da una redistribuzione dal basso che privilegia il livello comunale-municipale e non semplicemente locale.

Nel momento dell'entrata in vigore della riforma una redistribuzione delle funzioni in base al principio di sussidiarietà era già avvenuta ed il sistema avrebbe potuto funzionare anche senza la necessità di ulteriori interventi. Sotto questo aspetto l'art. 118 è intervenuto soprattutto a fornire copertura e legittimazione costituzionale a quanto era già avvenuto nella legislazione ordinaria. Ulteriori spostamenti di competenze ovviamente vi sarebbero potuti essere, sia da parte dello Stato, al quale spetta fissare le funzioni fondamentali *ex art. 117 comma 2 lett. p)* e nelle materie di competenza esclusiva, sia da parte delle Regioni nelle materie di competenza concorrente e residuale.

La riforma del 2001, rovesciando il criterio di attribuzione della competenza legislativa ha reso le Regioni titolari della competenza a conferire le funzioni amministrative agli enti locali, riservando a sé quelle nelle quali è richiesto un esercizio unitario a livello regionale, in numerose materie che erano in precedenza riservate alla competenza legislativa dello Stato. Subito dopo l'entrata in vigore della riforma si è posto quindi il problema delle modalità di attuazione del "quarto decentramento" e, precisamente, se l'art. 118 fosse una disposizione immediatamente applicabile o se necessitasse del previo conferimento di risorse e di personale dallo Stato alle Regioni. Quest'ultima conclusione è parsa la più ragionevole in considerazione della necessità di evitare una duplicazione di uffici e uno spreco di risorse ed in quanto difficilmente le Regioni avrebbero potuto disporre di personale e di risorse statali con proprie leggi. Al riguardo si è invocato, ritenendolo ancora applicabile, l'art. VIII delle disposizioni transitorie e finali che rimanda a Leggi della Repubblica il passaggio delle funzioni statali attribuite alle Regioni, sul presupposto del carattere "finale" e non solo transitorio della disposizione. Si è ritenuta indispensabile, quindi, una legge statale di trasferimento delle funzioni amministrative alle Regioni affinché queste le potessero di nuovo conferire agli enti locali in base ai principi dettati dall'art. 118 Cost. Questa soluzione non è poi esattamente coincidente con quella che ha trovato attuazione nell'art. 7 della legge n. 131/2003 secondo cui il conferimento delle funzioni non viene effettuato dallo Stato e dalle Regioni secondo le rispettive competenze ma secondo chi sia attualmente titolare della funzione amministrativa. Si tratta di un metodo che si discosta da quanto previsto dall'art. 118 comma 2 Cost. perché è il legislatore statale ad assegnare le funzioni (sulla base di accordi conclusi in sede di conferenza unificata) ai Comuni salvo quelle che occorra riservare a Province, Città metropolitane,

Regioni ed allo Stato stesso per assicurare l'unitarietà di esercizio, per motivi di buon andamento, efficienza o efficacia dell'azione amministrativa, ovvero per motivi funzionali o economici o per esigenze di programmazione o di omogeneità territoriale. Il metodo prescelto dall'art. 7 comma 1 della legge n. 131/2003 che vede le Regioni non soggetto ma oggetto di legislazione si è giustificato per la circostanza che si tratta della prima applicazione del IV decentramento, mentre la disciplina a regime seguirà ovviamente secondo le coordinate offerte dall'art. 118. In caso di ritardo nell'approvazione dei disegni di legge statali collegati alla manovra di finanza pubblica l'art. 7 comma 3 della legge n. 131/2003 prevede la possibilità di trasferire le funzioni alle Regioni sulla base di D.P.C.M. preceduti da accordi in sede di conferenza unificata, ai quali faranno seguito poi le Leggi Regionali di conferimento (secondo il metodo che era stato suggerito dai fautori della tesi dell'immediata operatività dell'art. 118).

L'entrata in vigore della riforma del 2001 ha posto tuttavia sul piano amministrativo alcuni problemi rispetto alla disciplina pre-vigente. In primo luogo si è reso necessario sciogliere il nodo delle funzioni fra le varie "etichette" individuate dal legislatore: funzioni fondamentali, proprie e conferite.

In dottrina si è pervenuti a diverse interpretazioni:

– le funzioni fondamentali sarebbero le funzioni comuni attribuite dallo Stato a ciascuna categoria di ente locale rispetto alle quali non sarebbe operante il principio di differenziazione. Esse dovrebbero coincidere con le funzioni imprescindibili, essenziali o più importanti, quelle connaturate a ciascun livello di governo territoriale. Secondo altri consisterebbero negli aspetti apicali di disciplina dell'organizzazione e delle funzioni amministrative degli enti locali. Tra le funzioni fondamentali si fanno rientrare i tradizionali compiti del comune per i servizi di competenza statale (servizi di anagrafe, elettorali, funzioni del Sindaco come Ufficiale di Governo). Si è peraltro sottolineata la valenza ordinamentale delle funzioni fondamentali per sostenere che esse si riferiscono a settori organici di materie, sicché esse sarebbero prive di contenuto materiale ossia non individuerrebbero procedimenti amministrativi specifici. Le funzioni fondamentali corrisponderebbero quindi, in una certa misura, alla definizione dei compiti contenuta nel Testo Unico delle autonomie locali. Il vero nodo delle funzioni fondamentali non è meramente nominalistico ma consiste nello stabilire se lo Stato possa definire le funzioni fondamentali degli enti locali anche con leggi di settore nelle materie di competenza concorrente o residuale delle Regioni, ossia se lo Stato abbia la competenza a determinare le funzioni amministrative fondamentali per ogni materia di legislazione settoriale, conclusione che la dottrina tende ad escludere per scongiurare un'eccessiva compressione delle competenze regionali.

– le funzioni proprie sono identificate da parte della dottrina nelle funzioni fondamentali; da altri si è ritenuto che le funzioni proprie sono quelle attribuite dalla legge dello Stato e della Regione che si differenziano in base al principio di adeguatezza tra enti dello stesso livello mentre le funzioni conferite sarebbero quelle frutto del moto ascendente della sussidiarietà (R.

Bin); si è ritenuto altresì che le funzioni proprie costituiscono l'*acquis* storico degli enti locali ossia le finzioni ad essi spettanti in base alla normativa vigente al momento dell'entrata in vigore della riforma le quali subirebbero un processo di cristallizzazione (S. Mangiameli); si è ritenuto ancora che le funzioni proprie sarebbero unicamente quelle dei Comuni titolari della competenza generale mentre gli altri enti locali sarebbero titolari di funzioni conferite (D'Atena); secondo un ulteriore orientamento le funzioni proprie sarebbero quelle che trovano un titolo di attribuzione diretta nella Costituzione o che gli enti locali possono svolgere nella loro autonomia senza la necessità di un previo conferimento ad opera della fonte legislativa, le altre funzioni sarebbero conferite-attribuite (A. Ferrara) in titolarità piena escludendosi la possibilità, nel nuovo ordinamento, di funzioni amministrative delegate alle Regioni (per abrogazione tacita del riferimento alle funzioni delegate dallo Stato contenuto nell'art. 121 ultimo comma).

Su questo impianto complessivo è intervenuta la sentenza della Corte Cost. n. 303/2003 che ha riscritto in buona misura il Titolo V. La Corte parte dalla sussidiarietà che attiene al metodo di riparto delle funzioni amministrative per arrivare a modificare sostanzialmente il rigido riparto delle competenze legislative contemplato dall'art. 117 Cost. In definitiva, quanto meno nelle materie di competenza concorrente (caso nel quale la Corte è stata chiamata a pronunciarsi) lo Stato quando assume una funzione in sussidiarietà può spingersi a disciplinarla anche con disposizioni non solo di principio per far salvi interessi unitari che trovano riconoscimento nell'art. 5. L'art. 118 diviene fonte di poteri legislativi "impliciti". Subito dopo l'entrata in vigore della riforma si era ritenuto piuttosto che nelle materie di competenza concorrente lo Stato non potesse allocare direttamente le funzioni ma dovesse dettare norme di principio sul conferimento. Queste conclusioni sono state radicalmente smentite dalla Corte.

In estrema sintesi, per la Corte costituzionale, alla luce dei principi di sussidiarietà ed adeguatezza:

1) anche nelle materie di potestà legislativa concorrente le funzioni amministrative possono essere conferite ad autorità statali, per la tutela di esigenze di carattere unitario, garantite dall'art. 5 della Cost., insuscettibili di frazionamento o localizzazione territoriale;

2) una volta operato tale conferimento, la funzione legislativa è attratta, *in toto*, nello spazio interessato dalle funzioni amministrative assunte a livello statale, ma la legge statale non può emanare regolamenti, né promuovere iniziative di delegificazione;

3) la descritta devoluzione delle competenze amministrative e, dunque, legislative è subordinata, oltre che al rispetto dei parametri di proporzionalità e di ragionevolezza (intesi però in chiave procedurale poiché starebbero a significare la necessità di misurare le modalità cooperative previste dalla legge attrattiva), ad una intesa con la Regione interessata.

L'intesa non precede l'emanazione della legge (in assenza di una trasformazione delle istituzioni parlamentari che potrebbe avvenire con legge costituzionale), che si trasforma in una "legge di procedimenti", ma la segue e ne

condiziona l'efficacia e l'operatività di disciplina nei confronti della Regione interessata.

Molti sono i problemi posti dalla sentenza n. 303/2003 che in un certo senso ha riscritto, almeno in parte il Titolo V. Le questioni fondamentali si possono così enucleare (28):

– la Corte nella sent. n. 303/2003 si pronuncia sull'attrazione di funzioni amministrative da parte dello Stato nelle materie di competenza concorrente perché questo era il caso sottoposto al suo giudizio; rimane aperta la possibilità di estendere il principio anche alle materie di competenza residuale delle Regioni; il tipo di argomenti utilizzati nella sentenza tocca direttamente le basi e i principi generali dell'assetto costituzionale dettato con il nuovo Titolo V e ha quindi valenza, almeno potenzialmente, oltre lo specifico caso in esame; su questo punto si è sostenuto che nelle materie di potestà residuale per definizione non può esservi un interesse unitario dello Stato proprio perché affidate a legislazioni differenziate. Al contrario appare preferibile la tesi secondo cui la novità della giurisprudenza della Corte consiste nell'aver ripristinato sì il parallelismo tra legislazione e amministrazione ma rovesciato poiché è la seconda che segue la prima. Quindi se è la funzione amministrativa assunta al centro per esigenze unitarie a generare la necessità di esercizio della funzione legislativa quest'ultima non dovrebbe incontrare ostacoli nelle materie di competenza regionale residuale;

– l'attrazione della potestà legislativa riguarda le norme necessarie ad organizzare e regolare l'esercizio delle funzioni assunte in sussidiarietà, ma anche le norme di dettaglio "cedevoli" necessarie per consentire l'immediata operatività di una disciplina che si rende necessaria per garantire esigenze unitarie; peraltro, nella sentenza n. 303/2003 la Corte lascia trasparire che, al di fuori dei casi di "legislazione sussidiaria", nel nuovo impianto costituzionale non sarebbe più consentita l'adozione di norme di dettaglio cedevoli in materie di legislazione concorrente;

– la Corte esclude che l'attrazione della potestà legislativa possa riguardare anche la potestà regolamentare: questa affermazione appare eccentrica in quanto anche i regolamenti sono soggetti al principio di legalità e dovrebbero seguire l'attrazione della potestà legislativa;

(28) Per un'ampia rassegna di queste tematiche: CARINCI F., *Il principio di sussidiarietà verticale nel sistema delle fonti*; D'ARPE E., *La Consulta censura le norme statali "cedevoli" ponendo in crisi il sistema: un nuovo aspetto della sentenza n. 303/2003*; RUGGERI A., *Il parallelismo redivivo e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare...) in una storica (e, però, solo in parte soddisfacente) pronuncia*; D'ATENA A., *L'allocatione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte Costituzionale*; VIOLINI L., *I confini della sussidiarietà: potestà legislativa "concorrente", leale collaborazione e strict scrutiny*; CINTIOLI F., *Le forme dell'intesa e il controllo sulla leale collaborazione dopo la sentenza 303 del 2003*; ANZON A., *Flessibilità dell'ordine delle competenze legislative e collaborazione tra Stato e Regioni*; BARTOLE S., *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine costituzionale*; CAMERLENGO Q., *Autonomia regionale e uniformità sostenibile: principi fondamentali, sussidiarietà e intese forti*, MORRONE A., *La Corte Costituzionale riscrive il Titolo V?*; tutti pubblicati nel *Forum di Quaderni Costituzionali*.

– la Corte afferma, inoltre, che l'imputazione di una funzione amministrativa allo Stato in base ad esigenze di carattere unitario dovrebbe "di regola" essere resa "evidente in maniera esplicita" anche se non sono ben chiare le conseguenze dell'inosservanza di questa regola e quali eccezioni sarebbero consentite;

– si pone poi la questione della possibile operatività di presunzioni sul piano processuale. Sulla scorta dell'affermazione della Corte secondo cui «ben può darsi (...) che nell'articolarsi del procedimento (...) la pretesa statale di attrarre in sussidiarietà le funzioni amministrative ad essa relative risulti vanificata» ove la Regione «non solo allega, ma argomenta e dimostra la propria adeguatezza e la propria capacità di svolgere in tutto o in parte la funzione», sembrerebbe che a fronte di una iniziativa statale genericamente motivata, dovrebbero essere le autorità regionali a fornire la prova della propria idoneità ad assolvere adeguatamente le contestate funzioni amministrative e, dunque, anche quelle legislative. In definitiva, lo Stato, invocando i principi di sussidiarietà e adeguatezza, può attrarre verso di sé, anche al di fuori dei settori ad esso esplicitamente riservati, i poteri amministrativi e, quindi, le "correlative" funzioni legislative. La Regione, per negare legittimamente la propria adesione alla proposta statale d'intesa, è tenuta a dimostrare la propria adeguatezza complessiva. Si potrebbe, così, parlare di presunzione relativa di legittimità dell'intervento in sussidiarietà e di inadeguatezza dell'autonomia (legislativa e amministrativa) regionale (Camerlengo Q.). Secondo altra dottrina, invece, dovrebbe valorizzarsi il principio generale dell'attribuzione delle funzioni al livello più basso (il Comune) posto dall'art. 118 comma 1 per ritenere operante una presunzione in favore delle autonomie;

– infine, la giurisprudenza inaugurata dalla sentenza n. 303/2003 pone il problema di definire le "esigenze di esercizio unitario" che giustificano l'attrazione della funzione a livello centrale. La Corte Costituzionale ha espressamente sancito che l'interesse nazionale non costituisce più un limite né di legittimità, né di merito dell'azione regionale. Tuttavia la dottrina ha continuato a leggere nel riconoscimento di istanze unificanti la tutela dell'interesse nazionale. La riforma del 2001, in realtà, non avrebbe abolito l'interesse nazionale (29), ma gli strumenti nei quali esso si esprimeva (controllo di merito, impugnazione preventiva delle leggi regionali ecc.). Secondo un diverso orientamento le esigenze di esercizio unitario della funzione non potrebbero coincidere con l'interesse nazionale. Le esigenze di esercizio unitario presuppongono l'esistenza di un interesse nazionale ma quest'ultimo non coincide sempre con le prime. Le esigenze di esercizio unitario sono fatte coincidere con l'inadeguatezza da un punto di vista dimensionale o organizzativo dell'ente di livello inferiore allo svolgimento di una funzione o servizio, oppure con la necessità di allocare una funzione al livello supe-

(29) BIN R., *L'interesse nazionale dopo la riforma: continuità dei problemi, discontinuità della giurisprudenza costituzionale*, in *Le Regioni*, 2001, p. 1213.

riore perché solo questo è in grado di compiere valutazioni che necessitano di una visione di insieme o complessiva. Anche le Regioni possono svolgere, infatti, funzioni di interesse nazionale senza che ciò possa di per sé solo legittimare l'allocazione della funzione ad un livello superiore statale, in assenza di una delle due condizioni sopra descritte. L'adeguatezza diventa, dunque, il fattore ascendente della sussidiarietà verticale (30).

Uno degli aspetti più importanti della sentenza n. 303/2003 consiste nel ripristino del parallelismo (rovesciato, però) tra potestà legislativa e amministrativa e nella posizione fondamentale che assume la funzione amministrativa. Non è più la potestà amministrativa ad essere finalizzata all'esecuzione del comando legislativo, ma è la potestà legislativa ad essere finalizzata alla disciplina delle funzioni amministrative.

In virtù del principio di legalità, i pubblici poteri sono abilitati ad esercitare le funzioni amministrative previste dalla legge. In forza del canone della sussidiarietà, inteso dinamicamente per la tutela di esigenze unitarie, lo Stato titolare delle relative attribuzioni amministrative attira verso di sé anche le imprescindibili competenze legislative. Tant'è vero che, ribadendo la possibilità di una simile attrazione, la Corte parla «delle funzioni amministrative e delle correlative funzioni legislative» (31).

In breve, la distribuzione del potere legislativo segue l'allocazione della funzione amministrativa che prescinde, almeno in parte, dalla distribuzione della potestà legislativa per materie e risponde invece direttamente ai principi costituzionali di sussidiarietà e di adeguatezza. L'amministrazione è, in questo quadro, non tanto attuazione o esecuzione di legge, quanto cura e soddisfazione di interessi e la natura e la dimensione della funzione amministrativa dipendono prima di tutto dalla dimensione e dalla natura degli interessi da curare (Torchia L.).

Uno degli aspetti più problematici della giurisprudenza inaugurata dalla sentenza n. 303/2003 è costituito dalla nozione "procedimentale e consensuale della sussidiarietà" avuto riguardo alla tendenza a tradurre la sussidiarietà nel principio dell'intesa, sotto forma di intesa forte.

Innanzitutto tale corrispondenza necessaria non compare proprio negli ordinamenti in cui il principio di sussidiarietà è esplicitamente o implicitamente previsto combinato, come da noi oggi, con il principio di attribuzione (o dell'enumerazione tassativa) per le competenze dell'autorità centrale ed è destinato ad operare principalmente nel campo delle competenze "concorrenti".

In secondo luogo, subordinare l'efficacia dell'intervento statale in via sussidiaria all'accordo con la Regione interessata (come avviene nella sentenza n. 303/2003 per l'individuazione delle "grandi opere" da inserire nel programma governativo), oltre a non trovare riscontro in nessuna delle espe-

(30) PADULA C., *Principio di sussidiarietà verticale e interesse nazionale: distinzione teorica, sovrapposizione pratica*, in *Giurisprudenza Costituzionale* 2006, p. 817 e ss.

(31) TORCHIA L., *In principio sono le funzioni (amministrative): la legislazione seguirà. A proposito della sentenza 303/2003 della Corte Costituzionale*, in *Astrid on line*.

rienze ricordate di applicazione della sussidiarietà, rischia di subordinare la riuscita dell'intera operazione e con essa il perseguimento dell'esigenza unitaria che ne sta alla base, al veto della singola Regione e così di frustrare proprio le istanze poste a base della sussidiarietà.

Si pone in termini problematici poi la disponibilità delle prerogative legislative regionali, come tali suscettibili di confluire in un assetto negoziale difforme rispetto al modello prescelto dalla Carta fondamentale. Sul punto il Consiglio di Stato, sez. consultiva per gli atti normativi, 10 febbraio 2003, n.335, ha ritenuto che *«l'intesa fra lo Stato e le Regioni non può ritenersi sufficiente alla possibilità di modificare la disciplina del riparto di competenze sulla rispettiva potestà regolamentare, trattandosi di disciplina non disponibile in quanto stabilita in modo diretto e completo dalla Costituzione nel nuovo testo del Titolo V»*, mentre la Consulta ha accolto una prospettiva incline ad ammettere la derogabilità pattizia delle competenze dettate dalla costituzione.

Il punto critico non riguarda tanto la valenza sintomatica della procedimentalizzazione ma quella dispositiva e transattiva. Il procedimento appare utile per fare emergere interessi ed offrire elementi di valutazione al giudice in un eventuale contenzioso per poter orientare la decisione.

La procedimentalizzazione ha avuto applicazione nell'esperienza comunitaria a partire dall'accordo interistituzionale dell'ottobre 1993 e dal protocollo sulla sussidiarietà allegato al Trattato di Amsterdam in virtù del quale gli schemi di misure che la Commissione intende adottare sono accompagnati da un'istruttoria finalizzata a verificare le ragioni della sussidiarietà. Queste previsioni impegnano la Commissione: a procedere a consultazioni dalle quali si può prescindere solo per motivi di urgenza e di riservatezza, a verificare la sussistenza dei presupposti per l'intervento comunitario alla luce di principi guida indicati nel protocollo, a motivare la scelta in favore dell'intervento comunitario. La verifica della conformità delle misure all'art. 3B delle proposte della Commissione fa parte anche delle valutazioni rimesse al Parlamento e al Consiglio che devono adeguare al rispetto del protocollo anche gli emendamenti da essi proposti qualora comportino una modifica alla sfera di intervento della Comunità. Il Progetto di protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità allegato al Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa prevede poi la motivazione dei progetti di atti legislativi europei con riguardo al principio di sussidiarietà e di proporzionalità. Ogni progetto di atto legislativo deve contenere una scheda contenente elementi circostanziati per valutare il rispetto del principio di proporzionalità e di sussidiarietà. È previsto altresì che i Parlamenti nazionali (o ciascuna camera di essi) possano esercitare un potere di rinvio con richiesta di riesame mediante un parere motivato che esprime le ragioni in virtù delle quali non si ritiene il progetto conforme al principio di sussidiarietà. Qualora si superi una certa percentuale di richieste (un terzo dei voti attribuiti ai parlamenti nazionali) il progetto deve essere riesaminato e al termine del riesame l'organo che ha presentato il progetto può decidere, motivando, di confermarlo, modificarlo o ritirarlo. L'introduzione di correttivi

procedurali risponde all'esigenza di superare l'inidoneità del principio di sussidiarietà a fungere da parametro in grado di orientare in modo sufficiente la decisione del giudice. Appare ormai pacifico che in ambito comunitario il principio di sussidiarietà appartenga al novero dei principi giustiziabili e non si limiti ad attribuire alla Comunità la "competenza della competenza", ossia il potere di sostituirsi agli Stati membri in base ad una decisione politica praticamente insindacabile. Il parametro alla stregua del quale dovrebbe essere esercitato il giudizio sulla sufficienza dell'azione da parte degli Stati membri e sull'idoneità della Comunità a raggiungere meglio gli obiettivi dell'azione prevista a ragione degli effetti e della dimensione medesima rimane, comunque, molto sfuggente.

La procedimentalizzazione è stata introdotta per semplificare e rendere più agevole il controllo giurisdizionale. Basti pensare alla possibile emersione di vizi formali (omissione della fase di consultazioni) ed al sindacato esercitabile sulla congruenza fra la decisione finale e gli elementi emersi in istruttoria. Il rischio di affidare al sindacato giurisdizionale l'applicazione del principio di sussidiarietà consiste nel fatto che esso può scadere nell'arbitrarietà della decisione (per l'indeterminatezza del parametro), oppure nell'eccessiva deferenza verso le contingenti determinazioni degli attori politici. Del resto è stata rilevata nella giurisprudenza in tema di interesse nazionale una tendenza della Corte Costituzionale a privilegiare il *favor auctoritatis* rispetto al *favor autonomiae*, dovuto non solo ad un rilievo di tipo statistico, ma alla stessa tecnica di giudizio adoperata, basata più su un controllo "in negativo" sull'assenza di vizi palesi e macroscopici e, quindi, sulla non irrazionalità o non arbitrarietà della soluzione adottata, anziché "in positivo" sulla sussistenza di reali ragioni giustificatrici della compressione dell'autonomia.

La riduzione della sussidiarietà nell'intesa rischia però di subordinare la legittimità dell'operazione all'accordo degli attori politici e non già (o non solo) all'effettiva sussistenza dei presupposti sostanziali della sussidiarietà/adequatezza, la cui verifica, nel caso di specie, appare delegata *in toto* alle parti contraenti. Esaltare il ruolo dell'accordo rischia, infatti, di svalutare se non negare la forza giuridica del principio di sussidiarietà e configurarlo come principio eminentemente politico, affidato al compromesso tra gli interessati, in contrasto con le tendenze più recenti che tendono invece alla sua oggettivizzazione e a precisarne il contenuto giuridico anche facendo riferimento ai contributi offerti dall'analisi economica del diritto (32). Basti pensare alla teoria dei "costi di transazione" che potrebbe essere utilizzata quale utile criterio per la scelta tra tante discipline regionali differenziate e una disciplina uniforme nazionale. Lo stesso principio di sussidiarietà nell'analisi economica del diritto è legata alla nozione di economia di scala secondo cui il costo medio di produzione o distribuzione di un bene o di un servizio

(32) ABRESCIA M., *Governare la differenziazione. L'analisi economica del diritto e il nuovo titolo V della Costituzione*, in *Mercato concorrenza regole*, 2003 pp. 31 ss.

decesce all'aumentare della quantità prodotta o distribuita fra i cittadini. Dimensioni troppo ristrette di un ente territoriale potrebbero non essere sufficienti per raggiungere efficienti economie di scala consigliando di affidare la gestione ad un livello centralizzato (forti economie di scala si riscontrerebbero nella materia delle "grandi reti di trasporto e di navigazione" e della "produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia"). Anche la nozione di esternalità (costi e benefici che si producono al di fuori del territorio nel quale alcuni beni vengono prodotti o distribuiti) potrebbe giustificare alcune soluzioni normative, ad esempio, nell'istituire ambiti di competenza legislativa concorrente per alcune materie o di giurisdizioni speciali (ambiti territoriali ottimali previsti dalla legge Galli n. 36/94) allo scopo di internalizzare le ricadute dell'attività mediante misure compensative. La competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di ambiente e tutela dell'ecosistema (art. 117 comma 2 lett. s) viene a sua volta giustificata, dall'analisi economica del diritto pubblico, con la necessità di evitare fenomeni di "concorrenza al ribasso" da parte dei legislatori regionali allo scopo di attirare le imprese.

La riduzione della sussidiarietà nell'intesa non evita alla Corte Costituzionale di entrare nel merito delle questioni, spesso con implicazioni politiche o economiche anziché strettamente giuridiche, che presiedono all'allocazione delle funzioni, perchè può verificarsi che l'intesa non si realizzi e la questione sia riportata sul piano del contenzioso.

Le intese Stato-Regioni sono comunque non paritarie in quanto, almeno fino all'attuazione dell'art. 119 della Costituzione, lo Stato potrà utilizzare il "potere della borsa" per esercitare una forte pressione sulle Regioni, al fine di convincerle o costringerle all'intesa sulla attribuzione alle stesse amministrazioni centrali di funzioni amministrative in materia di identificazione, realizzazione e/o localizzazione di infrastrutture strategiche, in cambio della realizzazione dei programmi e dei progetti relativi finanziati con fondi statali. È difficile immaginare che una Regione rifiuti "*i vantaggi finanziari ed i connessi benefici economici e sociali che per la sua comunità di riferimento l'iniziativa dello Stato comporta*" (S. Bartole).

Alla fine, a decidere l'allocazione delle funzioni sarà non tanto l'adeguatezza della Regione o dell'ente locale ma, in concreto, il maggiore o minore interesse della Regione e/o dell'ente locale alla realizzazione della infrastruttura strategica. Con la conseguenza paradossale che più una infrastruttura interessa direttamente e prevalentemente la popolazione regionale e locale, maggiore sarà la disponibilità della Regione e/o degli enti locali interessati a concedere l'intesa, anche spogliandosi dei poteri amministrativi relativi alla localizzazione e realizzazione dell'opera, pur di vederla realizzata. In presenza di un interesse essenzialmente nazionale (della comunità nazionale), associato ad uno scarso interesse regionale e locale, maggiore sarà la propensione della regione e/o degli enti locali a negare l'intesa, onde evitare la realizzazione di una infrastruttura alla quale sono scarsamente interessati se non addirittura contrari (si pensi alla localizzazione di depositi di rifiuti radioattivi).

Il Governo e le amministrazioni centrali risulteranno quindi più deboli laddove più forte è l'interesse nazionale in senso proprio, più forti dove invece prevale l'interesse regionale o locale (33).

Occorre evitare che la riduzione della sussidiarietà nell'intesa possa configgere con le esigenze del buon andamento nel senso di realizzazione della funzione. Se la sede nella quale le Regioni hanno la possibilità di dimostrare la loro adeguatezza a raggiungere i risultati previsti dalla funzione da attrarre è quella cooperativa e dell'intesa allora la valutazione dell'efficienza sembra porsi al di fuori del giudizio di costituzionalità. Questa interpretazione contrasterebbe con l'interpretazione della sussidiarietà come efficienza che, a rigor di termini, impone che sia l'inadeguatezza delle capacità organizzative e gestionali della regione a giustificare l'attrazione della funzione.

Sarebbe necessario, quindi, ricorrere a meccanismi di intesa "debole" in presenza di un interesse nazionale "forte" (ad esempio infrastrutture di interesse interregionale o internazionale) e di intesa "forte" in presenza di opere nelle quali si può riscontrare un interesse regionale alla loro attuazione. Ancora meglio sarebbe istituire meccanismi di "decisione di ultima istanza" (Consiglio dei ministri integrato o Giunta Regionale) per fare in modo che alle decisioni necessarie si pervenga in tempi certi e ragionevolmente brevi.

La competenza del Consiglio dei ministri integrato dai presidenti delle Regioni ad adottare la decisione di ultima istanza sarebbe dunque prevista nei soli casi nei quali per esigenze unitarie sia stata attribuita allo Stato la relativa competenza amministrativa (Bassanini F.).

Relazioni

FLORIANA CERNIGLIA

Professore associato di Economia Politica, presso la Facoltà di Economia, Università degli Studi di Milano - Bicocca

Le vicende e le prospettive del federalismo fiscale in Italia

SOMMARIO: Premessa. 1.- Caratteristiche dei sistemi decentrati e la teoria del decentramento fiscale: una sintesi. 2.- Il decentramento in Italia negli anni '90 e la riforma del Titolo V. 3.- La dimensione finanziaria del federalismo fiscale in Italia. 4.- Per concludere.

Premessa

Wallace Oates, uno dei massimi studiosi mondiali del federalismo fiscale, in un suo recente saggio ha detto che in Italia la spinta verso la decentra-

(33) BASSANINI F., *La localizzazione delle grandi infrastrutture dopo la sentenza n. 303/2003: una questione ancora irrisolta*, in V. CERULLI IRELLI-C. PINELLI (a cura di), *Verso uno Stato Federale? Normazione e amministrazione nel nuovo titolo V della Costituzione*, Bologna 2004.

lizzazione si è spinta talmente oltre da prevedere una vera e propria proposta di separazione della nazione in due stati indipendenti (1).

E ben sappiamo infatti che negli ultimi venti anni nel nostro paese di federalismo si è parlato – ed anche fatto – moltissimo. Una rassegna completa e corretta del federalismo fiscale in Italia o della storia della finanza locale richiederebbe allora un volume, perché sia gli interventi di carattere normativo (come pure altri tentativi o proposte di riforme) sia gli autorevoli studi prodotti a fronte di questi interventi e proposte di riforme sono stati numerosi. Pertanto, con questo breve articolo vogliamo semplicemente segnalare: i) le motivazioni di ordine economico e politico che hanno portato il nostro paese verso una struttura più decentrata nelle relazioni finanziarie tra i vari livelli di governo (stato, regioni, province, comuni); ii) le possibili interpretazioni e gli aspetti irrisolti che discendono da una lettura (necessariamente congiunta) degli art. 117 e 119.

Il lavoro è organizzato come segue. Il paragrafo 1 riassume le principali indicazioni della letteratura economica sul federalismo fiscale e le tendenze emergenti in alcuni paesi. Il paragrafo 2 presenta un breve *excursus* storico sul processo di decentramento nel nostro paese fino alla riforma del Titolo V. Il paragrafo 3 illustra alcune stime quantitative sull'ammontare del decentramento. Il paragrafo 4 conclude.

1. Caratteristiche dei sistemi decentrati e la teoria del decentramento fiscale: una sintesi.

La spinta al decentramento degli ultimi decenni non ha coinvolto solo il nostro paese, ma ha caratterizzato le relazioni finanziarie dei livelli di governo di paesi sia federali sia caratterizzati da una struttura di governo più unitaria (2). Detto altrimenti, negli ultimi decenni abbiamo visto che una stragrande maggioranza di Stati (anche quelli meno sviluppati) hanno decentrato risorse e competenze ai livelli inferiori di governo. In alcuni casi, questa tendenza al decentramento ha assunto la forma di una vera e propria domanda di secessione da parte di alcuni gruppi politici o regioni all'interno di uno Stato nazionale (3). Contemporaneamente, fuori dai confini nazionali cioè sulla scena internazionale, abbiamo anche visto che alcune organizzazioni sovra-nazionali (si pensi ad esempio alla Unione Europea) hanno acquisito più forza e poteri di coordinamento od indirizzo di alcune politiche. In altre parole ad alcune di queste organizzazioni sono state affidate compiti, responsabilità e funzioni prima riservate agli Stati nazionali.

(1) Oates (1999, p.1129) nostra traduzione dall'inglese: “*And in Italy the movement toward decentralization has gone so far as to encompass a serious proposal for the separation of the nation into two independent countries*”.

(2) Cfr. Cerniglia (2003a).

(3) Non ci riferiamo solo alle note vicende italiane, ma esperienze in questa direzione sono comuni al Belgio, al Canada, alla Spagna, al Regno Unito.

Le ragioni economiche alla base di questi due processi (4) – apparentemente in contraddizione tra di loro – sono state ben spiegate dalla letteratura economica (5). In estrema sintesi questa letteratura ha evidenziato che le conseguenze connesse al fenomeno dell'integrazione dei mercati nazionali (o globalizzazione) hanno richiesto il rafforzamento di organizzazioni internazionali a cui affidare la gestione di questo fenomeno, ma questa accresciuta concorrenza internazionale ha anche obbligato gli Stati a decentrare per cercare maggiore efficienza (6). Su questo sfondo, è pure indubbio il fatto che il mercato nazionale (o la comunità nazionale) ha assunto meno rilevanza rispetto a quanto accadeva prima e pertanto in alcuni Stati le aree più ricche potrebbero non essere più disposte ad accettare i meccanismi di redistribuzione delle risorse verso le aree più povere. In altri termini la letteratura economica suggerisce che quando entrano in gioco gli *aspetti redistributivi* dei flussi finanziari tra i territori di una nazione, le tendenze secessionistiche possono emergere più facilmente (7).

Concentriamoci ora più in dettaglio soltanto sul primo processo, vale a dire il processo di decentramento di competenze e risorse dallo Stato centrale ai governi locali.

Sappiamo che le responsabilità e le funzioni di governo sono per la maggior parte beni pubblici che generalmente sono forniti ai cittadini da diversi livelli di governo: nazionale e locali. Ma quale è il livello di governo giusto? Si tratta di un tema largamente studiato dalla letteratura economica sul federalismo fiscale, la quale fornisce chiare indicazioni sul decentramento delle competenze e quindi sull'applicazione del principio di sussidiarietà (8).

Brevemente elenchiamo (e sintetizziamo anche nella tabella che segue) le principali indicazioni emerse da questa letteratura. Prima però vogliamo subito mettere in evidenza che quando gli economisti forniscono argomentazioni pro e contro il decentramento hanno in mente soprattutto considerazioni di efficienza economica, vale a dire si concentrano su interventi di tipo allocativo (o sulla funzione allocativa) da parte del settore pubblico (9).

(4) E cioè, ripetiamo, più decentramento fra i confini nazionali e più accentramento a livello sopranazionale.

(5) Cfr. Alesina e Spolaore (2004).

(6) Questo punto sarà più chiaro nelle righe che seguono.

(7) Dreze (1993).

(8) Per una rassegna completa e aggiornata sulla teoria economica del decentramento fiscale rinviamo al volume a cura di Ahmad e Brosio (2006).

(9) Ricordiamo che le altre due funzioni sono quella di stabilizzazione (cioè governo del ciclo economico attraverso la politica fiscale e monetaria) e quella di redistribuzione (cioè il meccanismo di redistribuzione di risorse e redditi tra individui appartenenti ad una stessa nazione o anche, in seconda battuta, tra aree geografiche della nazione).

TABELLA 1. *La matrice del decentramento*

	Decentramento	Accentramento
Preferenze degli individui per i beni e servizi pubblici	Eterogenee	Omogenee
Economie di scala	No	Si
<i>Spillovers</i> o esternalità geografiche	No	Si
Costi di informazione e di decisione	Crescono con il numero dei partecipanti	Rimangono bassi quando il numero dei partecipanti aumenta
Concorrenza fiscale vista in termini positivi	Si	No
Concorrenza fiscale vista in termini negativi	No	Si

Fonte: nostra traduzione da: Dafflont (2006, p. 281, tabella 11.1)

La principale indicazione che emerge è che il decentramento di alcune politiche, beni e servizi pubblici è efficiente perchè esso consente di rispettare meglio le preferenze dei cittadini delle diverse comunità locali. In altri termini quando siamo in presenza di forti eterogeneità delle preferenze per i beni pubblici locali la scelta ottima ricade sulla soluzione decentrata. I governi locali infatti, essendo più vicini ai cittadini, hanno maggiori informazioni sulle loro preferenze. Ma poiché i governi locali sono più vicini ai cittadini, questi ultimi possono “controllare” meglio i politici locali. I cittadini possono cioè riconoscere più facilmente i benefici del bene pubblico locale ed anche il costo e/o il finanziamento del bene pubblico locale, ma anche possono confrontare facilmente le scelte dei politici locali con le scelte dei politici degli altri governi locali (10). Il decentramento quindi potrebbe aumentare di più il “senso di responsabilità” (11) dei politici, promuove una più diretta partecipazione dei cittadini al processo politico rafforzando quindi la democrazia. Inoltre, in presenza di mobilità degli individui, il decentramento di alcune politiche introduce forme di concorrenza fra i governi locali e anche questo in alcuni casi contribuisce ad aumentare l’efficienza allocativa (12). Un’altra argomentazione a favore del decentramento è che costituisce un ambiente adatto per la sperimentazione di nuove politiche pubbliche a livello locale; questa sperimentazione se conduce a risultati più efficienti potrà essere copiata dai governi locali ed eventualmente anche

(10) Questa situazione è nota in letteratura come il fenomeno della *yardstick competition*.

(11) A questo proposito si usa spesso il termine inglese *accountability*.

(12) Su questo tema la letteratura economica non fornisce risultati univoci, secondo alcuni studi la concorrenza fra governi locali può avere come possibile conseguenza una sorta di corsa al ribasso (*race to the bottom*). Per una rassegna della letteratura, cfr. Wilson (2006).

dal governo centrale (13). Per tutte queste ragioni il decentramento potrebbe anche favorire la crescita economica di un paese (14).

La soluzione accentrata è invece più efficiente quando siamo in presenza di beni pubblici la cui fornitura produce forti esternalità e/o economie di scala nella produzione. Detto altrimenti, alcune funzioni devono essere accentrate per sfruttare appieno le economie di scala e i possibili effetti di interdipendenza tra i governi locali (esternalità negative o positive, o *spillovers*). Esternalità positive si manifestano ad esempio quando un governo locale beneficia degli effetti della spesa pubblica effettuata da un altro governo locale per alcune categorie di beni. Infine, i governi locali non sempre hanno sufficiente informazione o capacità di decidere quando devono adottare alcune politiche, anche in questo caso può essere più efficiente la soluzione accentrata.

Da quanto sin qui detto, emerge anche che il *policy maker*, quando viene chiamato ad applicare questi criteri, si trova di fronte al seguente *trade-off*: i benefici dell'accentramento (soprattutto sfruttamento delle economie di scala, internalizzazione delle esternalità) devono essere soppesati con i costi di uniformità che questa soluzione comporta dato che accentrando non si tengono in considerazione le diverse preferenze delle comunità locali. Questi costi sono tanto più alti quanto più forte è l'eterogeneità delle preferenze tra le comunità locali (15).

Sul piano invece delle fonti di finanziamento dei governi locali (o corretta attribuzione delle entrate) il problema affrontato dalla letteratura economica concerne la corretta individuazione della tipologia di imposta da applicare ad ogni livello di governo e quindi la scelta della base imponibile e dell'aliquota (16). In estrema sintesi, secondo la teoria economica, le imposte locali: 1) dovrebbero avere immobilità della base imponibile per evitare il fenomeno della concorrenza fiscale e dell'esportazione fiscale tra i governi locali; 2) non devono distorcere l'allocazione delle risorse; 3) devono presentare una distribuzione geografica abbastanza omogenea per non creare problemi di equità fiscale e orizzontale; 4) devono presentare una limitata variabilità del gettito nell'alternarsi dei cicli economici 5) infine devono anche essere facili da amministrare. È immediato riconoscere che nella realtà sono poche le imposte che soddisfano contemporaneamente i suddetti requisiti. Segue che le spese dei governi locali possono essere coperte prevedendo forme di compartecipazione ai tributi statali ma soprattutto attraverso i trasferimenti erogati dal governo centrale.

(13) In letteratura questa ragione a favore del decentramento è nota come *laboratory federalism*.

(14) Il nesso positivo tra federalismo e crescita economica è un tema di ricerca molto recente, cfr. Cerniglia e Longaretti (2008) e Brueckner (2006). I pochi studi empirici sembrano comunque dare evidenza a questa tesi. Cfr. Thiessen (2003).

(15) Per un'elaborazione teorica su questo aspetto cfr. Alesina, Angeloni e Etro (2005).

(16) Per una trattazione esauriente di questo argomento rinviamo a Ambrosanio e Bordignon (2006).

Vogliamo ora sottolineare che per la teoria economica la questione dei trasferimenti è un aspetto molto importante ai fini della costruzione di un ordinato e sensato modello di federalismo fiscale. I trasferimenti servono a coprire i residui fiscali, cioè la differenza tra gettito fiscale e spesa dei governi locali. In sostanza il compito importante della perequazione fiscale è affidato ai trasferimenti.

Nella pratica si osservano trasferimenti vincolati (cioè destinati al finanziamento di specifiche categorie di spese e stabilite dal governo centrale) e non vincolati (17). Soprattutto questi ultimi sono allocati sulla base di alcuni indicatori (ad es. il fabbisogno di spesa dei governi locali e/o la capacità fiscale). Si osservi anche che da un punto di vista quantitativo i trasferimenti rappresentano in quasi tutti i paesi (anche quelli federali) una parte cospicua di finanziamento delle spese dei governi locali. Per maggiore chiarezza su un tema così importante (soprattutto per il caso italiano) è opportuno qui riferire cosa scrivono Bordignon e Ambrosanio (2007, 11-12): “L’architettura del sistema dei trasferimenti è di grande rilevanza per i suoi effetti sull’efficienza, sull’equità e sulla disciplina fiscale. Un elemento chiave è il modo in cui un dato ammontare di trasferimenti viene distribuito tra i diversi enti sub-centrali. Come suggerisce la teoria economica, i trasferimenti:

- non dovrebbero distorcere il sistema degli incentivi;
- non dovrebbero penalizzare gli enti con più elevata capacità fiscale potenziale, inducendo disincentivi a raccogliere gettito;
- dovrebbero essere una fonte infra-marginale di finanziamento, in modo da non influenzare le decisioni di spesa al margine;
- non dovrebbero minare la disciplina fiscale ed incoraggiare la formazione di disavanzi a livello locale;
- dovrebbero essere trasparenti – in modo che ciascun ente locale possa prevedere le sue entrate – e stabili, in modo che ciascun ente locale possa programmare i suoi flussi di spesa.

Le considerazioni sinora svolte dimostrano quanto sia complesso costruire un sistema decentrato che tenga conto dei problemi di efficienza e nello stesso tempo voglia rispettare alcuni requisiti di equità. La stessa teoria economica non dà indicazioni univoche e questo spiega, almeno in parte, il fatto che nel mondo si osservano sistemi decentrati tra loro molto differenziati, sia che si tratti di Stati unitari sia che si tratti di Stati federali”.

Le tabelle 2, 3, 4a e 4b descrivono la situazione dei rapporti finanziari tra livelli di governo in alcuni paesi stranieri. In particolare le tabelle riportano degli indicatori di decentramento che sono principalmente due: la quota delle entrate fiscali e della spesa pubblica dei governi locali sui rispettivi totali nazionali.

(17) La letteratura economica individua anche una serie di effetti che i trasferimenti possono sortire nella scelta delle varie tipologie di spesa dei governi locali a seconda che i trasferimenti siano vincolati e non vincolati. Per un approfondimento, cfr. Ahmad, E. e Brosio, G. (2006).

Proponiamo questi indicatori (molto utilizzati nei confronti internazionali) perché innanzitutto emerge che i modelli di decentramento sperimentati dai vari Stati solo parzialmente riflettono le prescrizioni della teoria. Dalle tabelle si evince che, contrariamente a quanto ci potremmo aspettare, ci sono Stati unitari dove la quota di spesa pubblica locale sul totale nazionale è più elevata rispetto ad alcuni Stati federali (18).

Anche i dati sulle entrate mostrano un quadro di elevata variabilità sia tra gli Stati federali sia tra gli Stati unitari. Come prima anticipato emerge che i trasferimenti hanno un peso rilevante tra le entrate dei governi locali. In Italia nel 1985 sono l'80% delle entrate. Questi dati inoltre ci sembrano utili ai fini di un confronto con il grado di decentramento raggiunto ad oggi in Italia e che sarà presentato nel paragrafo 3.

TABELLA 2. *Evoluzione delle spese dei governi subnazionali a partire dal 1970 (% del totale dell'amministrazione pubblica)*

	1970	1975	1980	1985	1990	1995	Dato più recente
<i>Stati federali</i>							
Germania	45	44	44	41	41	41	38 (1998)
Svizzera	56	55	53	52	50	48	47 (1999)
Austria	30	32	31	30	30	31	31 (1998)
Spagna	-	-	11	21	30	30	32 (1997)
<i>Stati unitari</i>							
Danimarca	44	47	48	43	44	44	46 (2000)
Svezia	45	44	40	37	37	31	34 (1998)
Norvegia	38	40	33	33	32	32	33 (1997)
Finlandia	38	38	39	40	41	34	36 (1998)
Francia	17	17	16	16	18	18	17 (1997)
Italia	-	-	27	27	27	24	28 (1999)
Belgio	-	-	14	12	11	11	11(1997)
Olanda	-	27	25	26	23	24	22 (1997)
Regno Unito	30	30	26	24	25	22	22 (1998)
Irlanda	27	28	27	25	23	24	25 (1997)
Portogallo	-	7	-	-	8	8	10 (1998)

Fonte: Zanardi (2006, p. 51) che riprende dati IMF/Government Financial Statistics, 2001.

2. Il decentramento in Italia negli anni '90 e la riforma del Titolo V (19).

La riallocazione delle potestà legislative e delle funzioni amministrative tra Stato ed autonomie locali operata dal nuovo Titolo V della seconda parte

(18) Si osservi che la Tabella 2 non riporta i dati relativi a due importanti Stati federali: gli USA e il Canada. Da altre fonti (cfr Bordignon e Ambrosanio 2007, p. 13) ricaviamo che nel 2001 questo dato è circa il 40% per USA e il 56% per il Canada.

(19) Questo paragrafo riprende in buona parte nostri precedenti lavori, in particolare Bordignon e Cerniglia (2004); per ulteriori approfondimenti rinviamo quindi a questo lavoro e alla bibliografia ivi citata.

TABELLA 3. *Composizione delle spese dei governi subnazionali per funzione (% del totale dell'amministrazione pubblica per ciascuna funzione)*

	Istruzione	Sanità	Sicurezza sociale e welfare	Abitazioni e assetto del territorio	Ordine pubblico e sicurezza	Affari economici	Totale
<i>Stati federali</i>							
Germania (1996)	96	28	79	93	92	64	38
Svizzera (1999)	90	31	23	85	93	37	47
Austria (1998)	72	48	9	25	3	n.d	31
Spagna (1997)	71	31	6	93	41	60	32
<i>Stati unitari</i>							
Danimarca (2000)	46	95	55	33	13	35	46
Norvegia (1998)	63	77	19	87	17	17	34
Francia (1993)	37	2	9	82	28	18	17
Olanda (1997)	33	5	14	79	25	26	22
Regno Unito (1998)	67	0	20	41	52	29	22
Irlanda (1997)	22	48	6	70	100	70	25

Fonte: Zanardi (2006, p. 51) che riprende dati IMF/Government Financial Statistics, 2001.

della Costituzione, che rivede gli articoli 114-133, comporterà profonde conseguenze sulla gestione della finanza pubblica in Italia. Le innovazioni introdotte sono molto forti e occorrono notevoli sforzi ricostruttivi per ricercare le linee di coerenza interna del nuovo impianto.

Questo processo verso un significativo grado di decentramento è cominciato attorno ai primi anni novanta ed ha condotto ad una progressiva crescita del grado di autonomia tributaria e finanziaria di tutti gli enti territoriali. Alcune cifre sono sufficienti a illustrare il punto: per le Regioni a statuto ordinario l'incidenza delle entrate proprie sul complesso delle entrate correnti era nel 1990 del 3,3%; per le Province e per i Comuni era rispettivamente del 14,5% e del 34,9%. Nel 1999, queste stesse cifre sono diventate rispettivamente pari a 44,4%, 56,4%, 60,4%. Se ci riferiamo anche al grado di autonomia finanziaria (misurata come la quota delle entrate proprie sul totale

TABELLA 4A. *Le entrate % in percentuale delle entrate totali*

	1985	2001
<i>Paesi Federali</i>		
Austria	23.8	18.9
Belgio	4.8	28.6
Canada	45.4	44.1
Germania	30.8	29.2
USA	32.7	31.7
<i>Paesi unitari</i>		
Danimarca	28.4	33.8
Finlandia	22.4	22.4
Francia	8.7	9.3
Grecia	1.3	1.0
Irlanda	2.3	1.9
Italia	2.3	12.2
Lussemburgo	6.6	5.6
Olanda	2.4	3.5
Norvegia	17.7	16.3
Portogallo	3.5	6.5
Spagna	11.2	16.5
Svezia	30.4	30.8
Regno Unito	10.2	4.1

Fonte: Bordignon e Ambrosanio (2007, p. 13) che riprendono dati OECD, Revenue Statistics, 2003.

delle spese) per le amministrazioni locali questo indicatore passa dal 25% nel 1990 al 55% nel 2004, se consideriamo soltanto gli enti locali (cioè Province e Comuni) si passa dal 35% al 52% (20).

È ampiamente noto che in questa direzione il primo passo si realizza per i Comuni nel 1990 con la legge 142/90 che riconosce a Province e Comuni autonomia non solo statutaria ma anche finanziaria con la previsione dell'Ici mentre per le Regioni i passaggi si concretizzano con la regionalizzazione della tassa automobilistica e dei contributi sanitari (D.Lgs. n. 502 del 1992), nel 1994 viene istituita la compartecipazione regionale alla tassa di iscrizione regionale e poi sull'accisa sulla benzina, ma soprattutto con l'introduzione dell'Irap e dell'addizionale regionale all'Irpef (D.Lgs. n. 446 del 1997). Contestualmente, con la legge n. 549 del 1995 si realizzò la soppressione di tutti gli "storici" fondi di trasferimento sia a destinazione libera (come il Fondo comune) sia a destinazione vincolata (come il Fondo nazionale trasporti).

(20) Per questi dati cfr. *La finanza locale in Italia, Rapporto 2005*, a cura di ISAE, IRES Piemonte, IRPET, Franco Angeli, Milano, 2006.

TABELLA 4B. *Composizione % delle entrate dei governi locali*

	<i>Entrate tributarie</i>		<i>Altre entrate</i>		<i>Trasferimenti</i>	
	1985	2000	1985	2000	1985	2000
<i>Paesi federali</i>						
Australia	42.5	40.3	37.0	45.4	20.5	14.3
Austria	53.8	52.4	32.1	27.4	14.2	20.1
Belgio	32.0	37.2	6.7	9.2	61.3	53.6
Canada	36.5	40.6	15.6	19.9	47.9	39.5
Germania	36.9	39.5	36.6	25.3	27.0	35.2
Messico	35.2	19.4	57.2	29.2	7.6	51.4
Svizzera	50.9	48.2	32.4	34.5	16.7	17.3
USA	39.3	37.8	22.1	23.6	38.5	38.6
<i>Paesi Unitari</i>						
Danimarca	44.0	52.9	10.0	7.8	46.0	39.3
Finlandia	46.2	55.1	19.6	22.6	34.2	22.3
Francia	46.7	45.1	18.9	19.3	34.4	35.5
Islanda	72.0	74.0	20.0	17.3	8.0	8.8
Irlanda	5.4	4.9	20.0	18.7	74.6	76.4
Italia	6.3	37.2	11.7	13.5	82.0	49.3
Lussemburgo	45.0	33.4	12.5	29.4	42.5	37.2
Olanda	5.6	9.7	14.0	20.2	80.4	70.1
Norvegia	45.7	38.5	15.8	20.1	38.4	41.4
Spagna	56.3	66.5	19.4	11.0	24.2	22.6
Svezia	57.7	74.9	20.5	5.7	21.8	19.4
Regno Unito	30.8	14.3	21.1	15.6	48.1	70.1

Fonte: Bordignon e Ambrosanio (2007, p. 14) che riprendono dati OECD, Revenue Statistics, 2003.

Motivazioni economiche e politiche hanno guidato questo processo di decentramento. Tra tutte vale la pena richiamare che il sistema di finanza derivata che aveva caratterizzato i bilanci delle autonomie locali fino alla fine degli anni '80 aveva generato gravi fenomeni di irresponsabilità finanziaria tra i governi locali. La spesa di questi ultimi era diventata ormai completamente fuori controllo perché finanziata *ex-post* a piè di lista tramite il meccanismo dei fondi. Ma le condizioni assai precarie della finanza pubblica agli inizi degli anni '90 e la firma del Trattato di Maastricht nel 1992 convincono il governo centrale ad un mutamento di rotta. Si fa avanti l'idea che: l'introduzione di una maggiore autonomia dal lato tributario insieme e più spazi di intervento sul fronte delle spese avrebbero potuto mitigare il problema del "*soft budget constraint*" dei governi locali. Soprattutto si voleva introdurre più efficienza nel sistema ed anche si volevano rendere i governi locali corresponsabili nel raggiungimento dei parametri di finanza pubblica previsti da Maastricht.

Il punto di svolta quindi sulla via dell'autonomia finanziaria avviene soprattutto con la XIII legislatura (1996-2001). È importante rilevare che durante questa legislatura, il processo di decentramento fiscale si intreccia fin da subito con quello di revisione costituzionale. Ed infatti, viene messo in cantiere un ambizioso piano di riforma costituzionale, concretizzatosi con una legge (n.1/1997) istitutiva di una Commissione bicamerale, che in nove mesi di lavoro predispose un testo di revisione della seconda parte della Costituzione (e quindi anche del Titolo V). I fatti politici che portano all' "affossamento" – nel maggio del 1998 – del testo di revisione proposto dalla bicamerale sono noti e non li ripercorriamo in questa sede. Tuttavia ricordiamo che questa breve stagione di riforma organica della seconda parte della Costituzione non finisce nel nulla, perché viene immediatamente sostituita da riforme parziali. Per i profili che a noi interessano, rimane in particolare viva l'idea di rendere il sistema dei rapporti tra diversi livelli di governo meno accentrato ed infatti sul piano del decentramento amministrativo prendono corpo le cosiddette leggi Bassanini (legge n. 59/1997 e 127/97). Un'altra riforma parziale è la Legge Costituzionale 22 novembre 1999 n.1 che, introducendo l'elezione diretta del Presidente della Giunta regionale e l'autonomia statutaria per le Regioni ordinarie, anticipa lo spirito della riforma del Titolo V (il nuovo art. 123 della Costituzione sugli statuti regionali lascia completamente in piedi l'impianto della suddetta legge). Sul piano del decentramento fiscale, un altro intervento significativo è la delega contenuta nella legge 133/1999 all'art. 10, dal titolo "Disposizioni in materia di federalismo fiscale" L'art. 10 ed in particolare commi 1, 2, 3 disponevano la soppressione di trasferimenti erariali alle Regioni a statuto ordinario e la contestuale previsione di nuove forme di finanziamento per le Regioni. Il decreto legislativo 18 febbraio 2000 n. 56 da attuazione al suddetto articolo; alcuni aspetti di questo decreto in particolare la formula perequativa interregionale in essa contenuta è poi stata presa a modello per il successivo e riformato art.119 della Costituzione (21).

In questo clima di maggiore decentramento amministrativo e fiscale (che come prima detto caratterizza la XIII legislatura) si riprende ben presto anche la proposta di revisione del Titolo V della Costituzione. Il metodo di lavoro scelto questa volta è l'elaborazione di un progetto di legge costituzionale da parte della Commissione Affari Costituzionali da consegnare in un secondo momento all'esame del Parlamento. Vale la pena qui richiamare che il progetto elaborato in Commissione viene presentato al vaglio della Camera dei Deputati nel novembre del 1999 (22). Alla Camera il voto finale si svolge il 28 febbraio 2001 registrando soltanto 316 voti favorevoli (e quindi solo di quattro voti superiore al *quorum* previsto di 312 voti) al Senato l'8 marzo 2001 (lo stesso giorno in cui il Parlamento viene sciolto) con 171 voti a favore, quindi con una maggioranza un po' più ampia. Già qualche

(21) Sui contenuti, le proprietà e i limiti del decreto 56/2000 cfr. Giarda (2005).

(22) Si ricordi che il sopraggiungere della sessione di bilancio interrompe l'*iter* di approvazione che riprende soltanto quasi un anno dopo, nel settembre 2000. La votazione

giorno dopo, il 13 marzo 2001, viene presentata la richiesta di referendum confermativo sulla legge che si svolge il 7 ottobre 2001. La partecipazione è del 33,9% dei cittadini aventi diritto e la percentuale di voti favorevoli sui voti validi è del 64%. La legge costituzione di revisione del Titolo V entra in vigore quindi l'8 novembre successivo (23).

Per la parte che a noi qui interessa, ovvero gli aspetti finanziari del Titolo V, il disegno del nuovo impianto normativo di "tipo federale" emerge soprattutto negli articoli 117 e 119.

Sintetizziamo nel prosieguo i principali contenuti degli articoli 117 e 119. Solo un tentativo di lettura congiunta e coerente dei due articoli può permettere la formulazione di ipotesi interpretative e attuative sul *quantum* di risorse da devolvere dal bilancio dello Stato a quello delle Regioni per l'esercizio delle nuove funzioni e sulle forme di finanziamento che ne potrebbero conseguire. Un'altra osservazione generale è che il nuovo testo costituzionale, sia sul fronte del riparto delle competenze, sia sul fronte del riparto delle risorse, non indica in maniera univoca quanto deve essere il grado di decentramento dallo Stato alle Regioni ed anche i gradi di differenziazione, pure possibili, tra le Regioni. La scelta viene demandata al legislatore ordinario.

– *L'art. 117: competenze esclusive e competenze concorrenti*

L'art. 117 esprime il tratto del nuovo ordinamento federale in particolare nella inversione della enumerazione delle competenze, rendendo esplicite quelle esclusive dello Stato, mentre la residualità delle competenze è ora a favore delle Regioni. È un rovesciamento molto forte perché questa inversione nella enumerazione è tipica delle costituzioni federali, anche se nel caso italiano la Costituzione non è esplicitamente definita come tale.

Già il primo comma è importante per il nuovo sistema di distribuzione di poteri fra i livelli di governo, laddove prevede il limite degli obblighi internazionali a carico della generalità degli atti legislativi, sia statali sia regionali.

Il secondo comma dell'art. 117 norma le competenze esclusive dello Stato che non appaiono eccessivamente ampie se consideriamo che in altri

finale presso la Camera dei deputati si svolge il 26 settembre 2000 in un clima di forte contrapposizione fra forze di governo e di opposizione, che non partecipano neppure al voto finale in segno di protesta per la mancata adozione nel testo dei propri emendamenti. Anche in sede di esame presso il Senato, nessuno degli emendamenti presentati dalle opposizioni viene accolto ed ancora una volta le forze di opposizione non partecipano al voto finale. Inoltre ricordiamo che nella primavera del 2000 si svolgono le elezioni regionali che sanciscono la vittoria della nuova alleanza Polo della Libertà-Lega Nord; alcuni dei "neo-governatori regionali" del Nord – eletti per la prima volta direttamente dai cittadini – si fanno subito promotori di iniziative referendarie consultive sull'eventuale trasferimento di poteri dallo Stato alle Regioni. La "questione federalismo" diventa dunque più che mai centrale nell'agenda politica.

(23) Per un resoconto su alcune vicende e sugli sviluppi successivi al referendum confermativo e cioè "sulle riforme della riforma del Titolo V" cfr. Cerniglia (2003b; 2003c; 2003d; 2006).

ordinamenti federali rientrano fra le attività del livello centrale competenze esclusive in materia di poste e telecomunicazioni, nelle reti di trasporto dell'energia, che invece nel caso italiano rientrano fra le competenze concorrenti. Un altro aspetto riguarda le funzioni concorrenti. Sono sancite nel terzo comma che contiene un elenco di tutte le materie la cui disciplina viene demandata alla legislazione statale e regionale (24). Infine, le funzioni rientranti nell'esclusività delle competenze regionali sono tutte quelle non menzionate nell'art. 117 tra quelle esclusive dello Stato e quelle concorrenti fra Stato e Regioni e sono collegate quindi alla *residualità* delle competenze, come previsto dallo stesso art. 117 al comma 4°. Nell'attuale art.117 le competenze regionali si esplicano allora in due diversi regimi: quello *concorrente* e quello *residuale*. I due regimi si distinguono per i vincoli posti alla potestà legislativa regionale. Nelle competenze esclusive, le Regioni possono legiferare in piena autonomia nel rispetto delle norme costituzionali, sebbene debba essere ricordato che tra le funzioni esclusive dello Stato appaiono norme di definizione di diritti di cittadinanza o di valori cosiddetti "trasversali" che comunque possono vincolare l'operato delle Regioni anche nell'area delle funzioni esclusive (25). Nell'area delle competenze concorrenti, le Regioni esercitano la potestà legislativa sotto il vincolo dei principi fondamentali stabiliti dal legislatore nazionale. Sembrerebbe dunque che nell'area della legislazione concorrente lo Stato possa mantenere ancora un controllo gerarchico sulle Regioni, sebbene limitato ai principi generali. In passato, questo controllo era di fatto esercitato dal legislatore nazionale estensivamente.

Cosa avverrà in futuro è ovviamente al momento ignoto (cfr. paragrafo 4), ma è opportuno sottolineare che molto dipenderà anche dal sistema di finanziamento che si vorrà adottare. Un sistema di finanziamento fortemente sbilanciato verso i trasferimenti, magari vincolati e/o con un criterio di riparto fortemente controllato dal centro, tenderebbe a ridurre l'autonomia regionale rispetto invece ad un sistema di finanziamento più orientato verso i tributi propri e le compartecipazioni. Questo riguarda in particolare le funzioni concorrenti, ma si noti, potrebbe riguardare anche le funzioni esclusive delle Regioni, in forza della lettera *m*) dell'art.117, nella misura in cui tali materie influiscono sui "livelli essenziali" delle funzioni pubbliche. Una definizione univoca di tali livelli da parte dello Stato centrale, accompagnata magari da

(24) Secondo alcuni studiosi nulla cambia realmente rispetto alla situazione precedente in termini di conferimento dei poteri al livello di governo statale e a quello regionale, nel senso che anche prima della riforma tutte le funzioni delle Regioni erano esercitate in regime di concorrenza con lo Stato (anche se questa parola non era usata nel vecchio Titolo V). Ciò che adesso cambia, a vantaggio delle Regioni, è che il numero di funzioni a competenza concorrenti è enormemente aumentato; cfr. Giarda (2001).

(25) Si vedano a questo proposito alcune sentenze della Corte Costituzionale (ad es. sentenze n. 307 del 7 ottobre 2003, n. 222 del 24 giugno 2003, n.536 del 20 dicembre 2002, n. 407 del 26 luglio 2002).

un sistema di finanziamento basato su trasferimenti vincolati, potrebbe finire con il limitare fortemente l'autonomia regionale anche su queste funzioni. Del resto, l'esperienza del passato nel campo della tutela della salute dimostra ampiamente come una definizione estensiva dei livelli essenziali da parte dello Stato centrale, accompagnata da trasferimenti vincolati, possa facilmente vanificare l'autonomia delle Regioni.

– *L'art. 119: l'autonomia finanziaria*

Il nuovo testo dell'art. 119 introduce aspetti rilevanti che sono:

Innanzitutto, già da un punto di vista formale, il nuovo testo presenta un numero maggiore di commi rispetto alla vecchia formulazione che, è bene ricordare, è stato un paradigma aperto per le relazioni intergovernative finanziarie, permettendo di passare da un modello di finanza derivata (dai primi anni '70) ai nuovi modelli di riparto finanziario fortemente autonomisti (ad esempio d.l. 56/2000) (26). L'intento del legislatore costituzionale è stato, forse, quello di risolvere alcune ambiguità del vecchio testo e di presentare un modello più preciso delle relazioni intergovernative. L'attuazione dell'art. 119 sarà dunque cruciale nel determinare le relazioni finanziarie fra i livelli di governo. Il nuovo testo dell'art. 119 si struttura su *tre nuclei* fondamentali.

Il *primo nucleo* si articola nei primi quattro commi e serve a delineare le modalità di finanziamento delle autonomie locali. Si parte con il *primo comma* dove si riconosce l'autonomia finanziaria di entrata e di spesa delle Regioni, dei comuni, delle province e delle città metropolitane; si ribadisce al *secondo comma* che gli enti summenzionati devono disporre di risorse autonome stabilendo ed applicando tributi ed entrate proprie in armonia con la Costituzione e secondo i principi del coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario e disponendo di compartecipazioni al gettito di tributi erariali riferibili al loro territorio; al *terzo comma* si prevede con legge dello Stato l'istituzione di un fondo perequativo (senza vincoli di destinazione), ma solo per i territori con minore capacità fiscale per abitante; il *quarto comma* "chiude il modello", rendendo esplicito l'obiettivo legato all'autonomia finanziaria, il finanziamento integrale delle funzioni attribuite alle autonomie.

Il *secondo nucleo* ha nette finalità di solidarietà e di sviluppo e si svolge intorno al *quinto comma* che dispone la possibilità per lo Stato centrale di attribuire risorse aggiuntive agli enti locali per rimuovere gli squilibri economici e sociali e per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona.

Il *terzo nucleo* è il *sesto comma* che prevede la disponibilità per le autonomie locali di un proprio patrimonio e il ricorso all'indebitamento, ma solo per finanziarie le spese di investimento escludendo anche ogni garanzia dello Stato sui prestiti contratti dagli stessi.

(26) Secondo alcuni studi, da un punto di vista contenutistico, le innovazioni introdotte sono più di tipo evolutivo o interpretativo che non delle assolute novità, cfr. Giarda (2001).

Nonostante lo sforzo di chiarezza del legislatore costituzionale, ad oggi l'attuazione dell'art. 119 è stata completamente disattesa e il dibattito sia accademico sia politico ha già registrato ampie varianti interpretative (27).

La prima questione aperta concerne il concetto di autonomia finanziaria che *può non corrispondere* ad autonomia tributaria (ovvero potestà legislativa in materia finanziaria). Dal testo costituzionale, il principio guida per l'attribuzione dei tributi alle autonomie locali sembrerebbe quello del "coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario" (secondo comma dell'art. 119). A sua volta la materia coordinamento della finanza pubblica deve essere esercitata in modo concorrente dallo Stato e dalle Regioni (lettera s, dell'art. 117). Un problema aperto rimane dunque il ruolo delle Regioni nell'attività del coordinamento della finanza pubblica. Sarà una concertazione paritaria tra i livelli di governo coinvolti? Ancora, spetteranno alle Regioni poteri ordinamentali in materia di finanza locale?

Una seconda questione riguarda la "territorialità" delle compartecipazioni al gettito dei tributi erariali che rappresenta una assoluta novità rispetto al vecchio testo. Ma la specificazione di gettito territoriale è assai vaga: si tratta del gettito riscosso, di quello prodotto, o di quello incidente sui cittadini di quel territorio? (28)

Una terza questione concerne la costituzione del fondo perequativo: infatti pur essendo l'art. 119 indicativo della volontà di un esplicito riconoscimento in Costituzione di un principio solidaristico, tuttavia non comprende né il riferimento alle specifiche fonti di entrata che dovranno alimentare il fondo perequativo né al *quantum* della perequazione, vale a dire la perequazione dovrà annullare le differenze nella capacità fiscale o solo ad avvicinarle?

Una quarta questione riguarda infine i limiti che la nuova legislazione impone sui rapporti finanziari tra livelli di governo. Il terzo comma sembrerebbe tendere verso una forte autonomia degli enti locali, escludendo per esempio che lo Stato possa intervenire con trasferimenti (eccetto quelli dal fondo perequativo) o che questi trasferimenti possano essere a destinazione vincolata o basati su nient'altro che la capacità fiscale. Ma il quinto comma, nella sua generalità ("rimuovere gli squilibri economici e sociali e favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona"), apre la strada a vari e possibili interventi alternativi da parte dello Stato centrale, che possono ben con-

(27) Una lista non esaustiva del dibattito include Antonini (2003), Brancasi (2004), Bertolissi (2004), Giarda (2001; 2002a; 2002b), Ceriani (2002), Gallo (2002) e l'utile sintesi analitica di Petretto (2003). Vanno anche segnalate tutte le sentenze della Corte Costituzionale che si sono rilevate di particolare importanza; per un dibattito aggiornato su queste sentenze rinviamo ai siti www.associazionedeicostituzionalisti.it e www.federalismi.it.

(28) Per capire la complessità di questa interpretazione si pensi alla discussione in corso in alcune Regioni a Statuto Speciale di voler considerare, nell'ambito dei meccanismi di compartecipazione ai tributi erariali previsti dagli statuti, non più il gettito *riscosso* bensì il gettito *prodotto* dalle imprese che operano e producono nei rispettivi confini regionali.

templare trasferimenti vincolati basati su indicatori diversi dalla capacità fiscale, per esempio, i bisogni comunque misurati. È nel peso relativo attribuito a questi due commi, e all'interpretazione che di essi darà il legislatore ordinario, che si gioca l'evoluzione futura del decentramento italiano.

Nel complesso, l'attuale Titolo V lascia dunque aperte molte opzioni e molte possibili ipotesi alternative. Questa pluralità di letture però non significa che non esistano *modelli coerenti di federalismo fiscale* che non possano essere costruiti a partire dal testo costituzionale. Anzi, il problema fondamentale del Titolo V è quello di non aver scelto in modo chiaro tra questi diversi modelli possibili, lasciando dunque al legislatore ordinario l'onere di effettuare questa scelta. L'importante, è che questa scelta avvenga avendo ben presenti i vantaggi e gli svantaggi di ciascuna opzione e le compatibilità che devono esistere, in un modello ordinato di relazioni tra diversi livelli di governo, tra attività di spesa e finanziamento.

Nello specifico, ci sembra che i seguenti siano i modelli alternativi di federalismo fiscale presenti nell'attuale ordinamento costituzionale (29).

C'è innanzitutto un *modello tedesco* basato su una forte accentuazione del ruolo dello Stato nel determinare e garantire gli standard dei servizi essenziali e quindi su una lettura estensiva degli elementi solidaristici del comma quinto dell'art.119, e su un'accentuazione del ruolo svolto dalle Regioni nel co-determinare l'ordinamento tributario. Un sistema di finanziamento appropriato potrebbe essere garantito, come nel sistema tedesco, da ampie partecipazioni ai principali tributi e da sistemi perequativi fortemente caratterizzati dalla prevalenza di indicatori (determinati centralmente) di costi e bisogni. Il problema principale di questo modello è, come noto, la sua rigidità e la mancanza di competitività che limiterebbe uno dei vantaggi essenziali del federalismo, cioè la flessibilità e l'innovazione istituzionale; il suo principale vantaggio è invece il mantenimento di elevati livelli di solidarietà sociale.

Un'interpretazione alternativa vedrebbe invece privilegiare un *modello di federalismo più competitivo, simile a quello canadese*. Questo richiederebbe un'interpretazione più restrittiva del ruolo dello Stato nelle funzioni concorrenti (dovrebbe davvero solo limitarsi alla legislazione di principio), ed uno spazio assoluto di manovra per le Regioni nel campo delle funzioni esclusive. Sul piano del finanziamento, l'autonomia di spesa dovrebbe anche necessariamente accompagnarsi ad uno spazio di manovra molto maggiore sul lato tributario. Si tratterebbe dunque di privilegiare un'interpretazione dell'art.119 che privilegi i primi commi rispetto ai seguenti, e che sia fortemente orientata a vantaggio dei tributi propri e a scapito delle partecipazioni. I problemi con questo modello sono che in Italia la presenza di forti divari regionali – soprattutto nelle base imponibili – rende difficilmente applicabile questo modello nella sua forma pura.

(29) Per una discussione più approfondita su questi modelli, in questa sede solo richiamati, rinviamo a Bordignon e Cerniglia (2004) e Fausto e Pica (2000).

Aggiungiamo che, entrambi i modelli precedenti, mortificano il ruolo delle altre autonomie rispetto alle Regioni, così sostanzialmente svuotando di contenuto l'articolo 118. Quindi un'interpretazione alternativa, che potremmo definire per mancanza di un nome migliore un *modello di decentramento amministrativo* vedrebbe invece magnificato il ruolo delle autonomie. In questo modello, si potrebbe immaginare di portare a compimento la separazione tra funzioni legislative e funzioni amministrative, mantenendo le prime nelle mani di Stato e Regioni, ma delegando tutto il resto e dunque le capacità di spesa effettiva ai livelli di governo subcentrale – comuni, provincie, città metropolitane ma anche scuole, università, camere di commercio, enti ecc. In questo assetto Stato e Regioni, nell'area di rispettiva competenza, e assieme nell'area concorrente, legiferebbero, ma l'implementazione effettiva delle politiche, compresa dunque l'attività di spesa, verrebbe affidata a questi enti subcentrali, sulla base di principi di adeguatezza, appropriatezza, sussidiarietà ecc. Questa interpretazione, mentre esalterebbe l'art.118, viceversa vanificherebbe almeno in parte il 119, in quanto almeno in alcuni casi, non richiederebbe più il passaggio di risorse alle Regioni. Per esempio, nel campo della istruzione e della ricerca, le Regioni otterrebbero la possibilità di legiferare assieme allo Stato, ma non sarebbe più necessario immaginare il passaggio di risorse (edifici + personale) alle Regioni, visto che sarebbero comunque scuole e università (come in parte già fanno adesso) a dover gestire le proprie risorse.

Questo modello ha il vantaggio di magnificare l'autonomia locale, ma soffre anche di diversi problemi. Ad esempio, cosa non trascurabile, si rischia di ampliare la distanza tra il momento delle decisioni di spesa e di finanziamento e quindi aumenta il pericolo di irresponsabilità finanziaria (le Regioni decidono, ma non finanziano, le autonomie locali decidono, ma il finanziamento viene deciso in altro loco ecc.).

Infine, nell'attuale titolo V c'è anche *in nuce* un *modello spagnolo*, che deriverebbe dall'attuazione dell'art.116 sul federalismo a velocità variabile o asimmetrico. Come nel caso spagnolo, questo modello avrebbe il vantaggio di non costringere tutte le Regioni a muoversi con lo stesso passo, così rispettando i diversi gradi di sviluppo e le diverse preferenze delle diverse aree territoriali.

Il problema con questo approccio "Arlecchino" è soprattutto sul lato dei costi e del finanziamento. Si rischia una duplicazione di burocrazie (lo Stato dovrebbe comunque mantenere uffici e personale per le funzioni non decentrate ad alcune Regioni) con la conseguenza che il costo potrebbe diventare eccessivo. Inoltre è difficile costruire un sistema di perequazione e finanziamento efficiente tra Regioni quando ciascuna di queste fa delle cose diverse. Il rischio di una "specializzazione" delle Regioni a statuto ordinario simile a quella delle Regioni a statuto speciale è assai alto ed è pericoloso in quanto, è bene ricordarlo, il sistema di finanziamento delle Regioni a statuto speciale rappresenta quanto di più inefficiente e illogico il nostro paese conosca (30).

(30) Per una sintetica descrizione del sistema di finanziamento delle regioni a statuto speciale cfr. Zanardi (2006) cap. VI.

3. La dimensione finanziaria del federalismo fiscale in Italia.

Affrontiamo ora il tema delle dimensione finanziaria delle risorse legate a una piena attuazione del Titolo V. Di questo tema si è dibattuto moltissimo dopo l'approvazione della riforma, ma il dibattito ha assunto talvolta toni assurdi e grotteschi dato che spesso le stime sulle risorse da trasferire dal bilancio dello Stato al bilancio delle amministrazioni locali sono state banalmente confuse come i "costi del federalismo". In questo dibattito si è invece perso di vista il punto cruciale per realizzare in maniera efficiente ed equa questo passaggio, vale a dire la questione del finanziamento – attraverso tributi propri, compartecipazioni, fondo perequativo, secondo quanto previsto dall'art. 119 – delle vecchie e nuove spese a carico delle amministrazioni locali.

Tutto questo sarà chiarito meglio nel prosieguo del paragrafo, ma prima ci pare utile partire da una breve descrizione quantitativa della attuale ripartizione delle competenze di spesa fra: amministrazioni centrali, amministrazioni locali e enti di previdenza (31). La tabella che segue si riferisce dunque alla spesa erogata dai tre sottosettori, prima menzionati, che compongono l'aggregato Amministrazioni pubbliche. La scomposizione della spesa non è per categorie economiche (32) bensì per categorie funzionali che rappresentano molto bene i *fini primari* perseguiti dalle amministrazioni pubbliche e che sono: 1) servizi generali delle pubbliche amministrazioni; 2) difesa; 3) ordine pubblico e sicurezza; 4) affari economici (33); 5) protezione dell'ambiente; 6) abitazione e assetto territoriale; 7) sanità; 8) attività ricreative, culturali e di culto; 9) istruzione; 10) protezione sociale.

Detto altrimenti, la scomposizione della spesa nelle suddette dieci tipologie consente: i) la comprensione in maniera più puntuale per quale finalità o *bene pubblico* viene impiegata la spesa pubblica; ii) l'individuazione immediata dei *beni pubblici nazionali* per i quali, ad esempio, la soluzione accentrata è certamente preferibile (34). Si noti anche che i dati riportati in tabella escludono la spesa per interessi che come è noto è a carico delle Amministrazioni Centrali (35).

La tabella è di facile lettura, ma il dato di rilievo che vogliamo evidenziare è che in termini di risorse erogate, la spesa delle amministrazioni centrali è più o meno simile a quella degli enti di previdenza. Inoltre la differen-

(31) Per ulteriori approfondimenti su questo argomento cfr. Cerniglia (2007).

(32) Cioè spese per consumi finali, redditi da lavoro etc. L'Istat ha diffuso solo da qualche anno questi dati facendo seguito ad indicazioni previste da organismi internazionali, per una discussione più precisa cfr. Ceriglia (2007).

(33) Si noti che nella funzione affari economici rientrano le spese per agricoltura, foreste, pesca e caccia, trasporti, comunicazione, energia, estrazione minerali, manifatture e costruzioni etc.

(34) Cfr. quanto detto nel paragrafo 1.

(35) E aggiungiamo che ai fini della nostra analisi, vale a dire l'allocazione di competenze di spesa fra i livelli di governo, questa tipologia si spesa, per ovvi motivi, va gestita dallo Stato centrale.

TABELLA 5. Spesa complessiva a prezzi correnti per funzione e per sottosectore (anni 1990-2002, milioni di euro correnti)

Funzioni	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
Amministrazioni Centrali*													
Servizi generali	78.558	95.793	106.625	114.934	106.450	114.934	121.529	108.024	101.003	91.220	91.711	95.676	91.279
Difesa	10.259	11.368	12.031	11.893	12.042	11.276	11.605	11.339	11.853	12.983	13.493	14.779	15.423
Ordine pubblico e sicurezza	12.501	13.462	14.117	15.335	16.285	17.067	18.984	19.410	20.036	20.323	20.918	21.101	21.592
Affari economici	26.781	26.450	26.589	28.772	25.312	26.731	29.608	23.428	25.594	25.420	9.971	24.711	24.529
Protezione dell'ambiente	457	536	474	562	461	501	503	468	493	548	568	799	811
Abitazioni e assetto del territorio	1.501	1.767	1.667	1.916	1.394	721	681	600	55	511	420	714	700
Sanità	892	1.278	1.506	1.708	1.536	1.980	2.502	2.050	1.878	1.741	1.591	1.625	16.121
Atti vità n. cr., culturali e di culto	1.535	1.686	1.888	2.132	2.424	2.531	2.996	3.336	3.161	3.342	3.381	3.276	3.265
Istruzione	30.119	32.284	34.295	34.767	31.122	31.715	34.814	35.875	36.899	38.221	41.291	43.417	43.281
Protezione sociale	19.058	20.608	23.115	25.483	27.948	38.014	12.912	12.639	11.516	4.424	4.529	4.812	4.663
Totale	181.661	205.232	222.307	237.502	224.974	245.470	236.134	217.169	212.988	198.733	187.873	210.910	207.155
Amministrazioni Locali*													
Servizi generali	11.633	12.586	13.212	14.070	14.628	14.992	16.240	17.873	18.136	18.189	19.461	20.928	21.379
Difesa	8	9	9	8	8	9	9	8	9	8	8	10	10
Ordine pubblico e sicurezza	1.695	1.834	1.931	1.971	2.057	2.103	2.276	2.380	2.466	2.701	2.838	3.119	3.172
Affari economici	17.767	19.358	18.612	19.351	19.096	19.032	21.075	21.346	22.417	23.379	24.914	28.454	28.965
Protezione dell'ambiente	2.123	2.341	2.593	2.483	2.283	2.256	2.737	3.068	3.418	3.979	4.244	4.698	4.820
Abitazioni e assetto del territorio	6.116	5.672	6.024	5.793	5.715	6.004	6.946	6.758	8.105	8.569	8.608	8.748	8.904
Sanità	42.708	48.357	49.791	49.237	48.991	48.179	51.900	56.306	58.640	61.586	68.918	75.843	79.485
Atti vità n. cr., culturali e di culto	3.733	3.858	3.941	3.915	4.043	4.355	4.945	5.193	5.592	5.767	6.058	6.535	6.633
Istruzione	8.542	9.621	9.914	9.488	13.383	13.449	14.650	15.632	16.389	17.071	16.443	17.693	18.269
Protezione sociale	3.968	4.086	4.270	4.583	4.828	5.009	5.548	5.595	5.585	5.947	6.329	7.401	7.490
Totale	98.293	107.722	109.847	110.899	115.032	115.388	126.326	134.159	140.757	147.196	157.821	173.429	179.127

TABELLA 5 (continua)

Funzioni Enti di Previdenza *	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
Servizi generali													
Difesa													
Ordine pubblico e sicurezza													
Affari economici													
Protezione dell'ambiente													
Abitazioni e assetto del territorio	1183	1.461	1.511	929	585	830	769	396	392	317	229	-620	-9.030
Sanità	160	177	181	202	223	203	208	213	75	60	89	204	198
Attività ricre, culturali e di culto													
Istruzione													
Protezione sociale	89.471	98.522	109.944	115.700	123.248	128.828	156.181	168.660	174.535	189.799	195.932	203.355	216.828
Totale	90.814	100.160	111.636	116.831	124.056	129.861	157.158	169.269	175.002	190.176	196.250	202.939	207.996

Fonte Istat

* I dati riportati in questa tavola sono riferiti alla spesa finale dei sottosettori, escludendo le transazioni che possono avvenire con gli altri sottosettori delle Amministrazioni Pubbliche: interessi passivi, trasferimenti correnti ad altre AAPP, contributi agli investimenti ad altre AAPP, imposte dirette corrisposte ad altre AAPP

za tra spesa erogata dalle amministrazioni centrali e spesa erogata dalle amministrazioni locali è di circa 28 miliardi di euro (36).

Detto altrimenti, nel 1990 la spesa delle amministrazioni locali è pari al 35% della spesa complessiva (37) e al 26,5% del totale della spesa delle amministrazioni pubbliche (escludendo la spesa per interessi). Nel 2002 questi valori sono rispettivamente il 42% e il 30%. In questo stesso anno la spesa delle amministrazioni locali è il 14% del Pil. Se confrontiamo questi dati con quelli di altri paesi (cfr. Tabella 2, paragrafo 1) vediamo che l'Italia si caratterizza già per un buon grado di decentramento.

Consideriamo la situazione sul lato delle entrate riferendo cosa riportano Bordignon e Ambrosiano (2007, p. 29): “Il grado di autonomia finanziaria, misurato dalla quota di entrate fiscali sul totale delle entrate era del 15,7% nel 1990, sale al 44,1% nel 2005. La quota delle entrate fiscali complessive delle Amministrazioni Pubbliche che andava alle autonomie locali era solo il 5,5% all’inizio del periodo; è pari al 16% nel 2005”.

Da quanto sin qui detto emerge anche – in maniera molto netta – che il decentramento italiano degli anni '90 è aumentato soprattutto sul lato delle entrate (cfr. tabella 6).

TABELLA 6. *Il grado di decentramento calcolato sul lato delle entrate*

<i>anni</i>	<i>1990</i>	<i>1993</i>	<i>1999</i>	<i>2002</i>	<i>2004</i>
Quota entrate fiscali delle Amm. Locali sul totale delle entrate fiscali delle Amm. Pubbliche	5%	14%	13%	16%	16%
Quota entrate fiscali Amm. Locali sul totale spese Amm. Locali	15%	44%	41%	45%	44%
Quota entrate fiscali Amm. Locali sul totale entrate Amm. Locali	16%	45%	41%	47%	46%

Fonte: nostre elaborazioni su dati ISTAT

Passiamo ora a considerare a quanto dovrebbero ammontare le risorse da destinare alle autonomie locali per svolgere le funzioni loro assegnate dalla Costituzione. Una quantificazione di queste risorse è stata fatta in diversi studi già nel 2001 (38). Recentemente, grazie anche alla maggiore ampiezza di

(36) I dati si fermano al 2002, ma i valori attuali (in termini di confronto fra i tre aggregati delle AP) sono sostanzialmente immutati.

(37) Intendiamo con spesa complessiva la somma della spesa delle amministrazioni centrali e delle amministrazioni locali.

(38) Rinviamo ai lavori di Bordignon e Cerniglia (2001a; 2001b; 2004). In questi studi si fornivano le prime stime sull'ammontare del decentramento e si discutevano dei problemi metodologici connessi a queste stime.

informazioni sui dati, stime più precise sul *quantum del decentramento* sono state fornite dall'ISAE. A questa fonte ci riferiamo in questa sede. Più in particolare nella Tabella che segue sintetizziamo le ultime stime fornite dell'ISAE nel *Rapporto sull'attuazione del Federalismo fiscale* del marzo 2006 (39).

Secondo l'ISAE quindi l'ammontare delle risorse da distribuire alle autonomie locali per la realizzazione del Titolo V ammonterebbe a circa 70 miliardi di euro (40); si tratta di circa il 5% del Pil con riferimento sempre al 2004 (41), un incremento quindi del 33% rispetto alla situazione attuale (nella tabella 7 indicata come ante-decentramento). Di questi 70 miliardi la parte del leone spetta all'istruzione, circa 45 miliardi. In base a queste stime dunque è soprattutto l'istruzione a rappresentare la vera novità del Titolo V, almeno sul piano finanziario.

TABELLA 7. *Il decentramento prima e dopo la riforma del Titolo V – Spesa delle amministrazioni locali, anno 2004, milioni di euro.*

	Spesa ante Decentramento	Decentramento di competenze	Spesa post decentramento	Var. % della spesa locale generata dal decentramento
Servizi generali	26.041	190	26.231	0,7
Difesa	15	0	15	-
Ordine pubblico e sicurezza	3.784	0	3.784	-
Affari economici	34.446	6.868	41.314	19,9
Protezione dell'ambiente	6.149	661	6.810	10,7
Abitazioni e assetto del territorio	9.880	241	10.121	2,4
Sanità	89.428	569	89.997	0,6
Attività ricreative, culturali e di culto	7.874	1.235	9.109	15,7
Istruzione	21.098	45.266	66.364	214,6
Protezione sociale	8.671	14.987	23.658	172,8
Totale	207.386	70.017	277.403	33,8

Fonte: nostra sintesi da ISAE (2006, p. 49, tab. 4)

(39) Dopo il marzo 2006, l'Isae non ha più pubblicato questo Rapporto che invece negli anni precedenti aveva avuto cadenza annuale come indicato in bibliografia.

(40) Si osservi anche che queste stime non sono molto diverse da quelle che qualche anno prima avevamo proposto nei nostri studi, cfr. Bordignon e Cerniglia 2001a; 2001b; 2004.

(41) Ricordiamo che, in base ai dati del 2002, la spesa delle amministrazioni locali ammonta a circa il 14% del Pil.

Occorre precisare che, date le metodologie di calcolo, si tratta di stime abbastanza alte di decentramento. Detto altrimenti nel calcolo dell'ISAE, si fanno ipotesi "estreme" di decentramento: una volta deciso che una funzione venga devoluta localmente (perché in base all'art. 117 rientrando tra le competenze concorrenti o esclusive delle amministrazioni locali) lo Stato centrale trattiene soltanto le risorse per compiti di controllo, indirizzo, incentivazione e monitoraggio per lo svolgimento di quella funzione da parte dei livelli di governo inferiori (42). Precisiamo anche che lo studio ISAE fa riferimento alla interpretazione del Titolo V relativamente al *decentramento legislativo* e nessuno studio, ad oggi, tiene conto della questione, certamente molto più difficile da considerare, del trasferimento di risorse che dovrebbe eventualmente seguire al *decentramento amministrativo* pure previsto dal Titolo V per gli enti locali. In altri termini anche l'attuazione dell'art. 118 dovrebbe spostare risorse finanziarie dal bilancio dello Stato alle autonomie locali o dal bilancio delle Regioni a quello degli enti locali. Tuttavia va anche rilevato che l'applicazione del Titolo V ha preso forma negli ultimi anni con le numerose sentenze della Corte Costituzionale, ma queste sentenze sono andate spesso nella direzione di ipotesi di devoluzione meno estreme rispetto a quanto sopra prospettato, in sostanza abbiamo assistito ad una riduzione del "coefficiente di autonomia normativa delle regioni" (43).

Continuiamo la nostra disanima sul *quantum* del decentramento facendo ora un breve riferimento alla distribuzione regionale delle spese "post decentramento". I valori sono in euro pro-capite. Questo riferimento alla distribuzione regionale in termini pro-capite è nel caso italiano assolutamente necessario perché mette bene in luce il problema principale nel nostro paese per l'attuazione di una riforma in senso federale. Si tratta della questione delle differenze territoriali della spesa pro-capite e del gettito pro-capite delle imposte. Aggiungiamo che la questione della regionalizzazione delle spese e delle entrate è un problema che da un punto di vista metodologico è ancora un problema aperto a causa della poca confrontabilità dei bilanci delle Regioni – e degli altri enti locali – spesso costruiti con criteri che variavano da regione a regione (44).

La tabella 8 mostra la spesa regionale pro-capite.

(42) Ad esempio per quanto riguarda la funzione istruzione.

(43) Così scrivono alcuni studiosi in Zanardi (2006, 69-70) che aggiungono: "...la Corte ha da tempo elaborato uno strumento di flessibilità del riparto di competenze previsto dall'art. 117 attraverso il riferimento all'art. 118, ed in particolare attraverso la possibilità per lo Stato di attrarre in sussidiarietà materie di competenza concorrente (e, successivamente, anche di competenza esclusiva regionale) allorché tale attrazione sia giustificabile alla luce dei principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione. Sulla scorta di questa attrazione normativa, non possono non prodursi riflessi centripeti in termini di sistema finanziario.

(44) Per risolvere questo problema segnaliamo il progetto promosso di recente dal Ministero dell'Economia e delle Finanze sui Conti Pubblici Territoriali i cui primi risultati sono discussi in Barca, Cappiello, Ravoni e Volpe (2006) e gli sforzi in questa direzione fatti di recente dall'ISTAT e dall'ISAE.

TABELLA 8. *La spesa pro-capite.*

Regioni	Spese totali*	Spesa delle Amministrazioni Locali**
Piemonte	2.060	4.862
Lombardia	1.668	5.368
Veneto	1.648	4.448
Liguria	2.105	5.469
Emilia-Romagna	1.813	5.074
Toscana	1.845	5.057
Marche	1.829	4.839
Umbria	2.167	6.229
Lazio	1.939	5.402
Abruzzo	1.844	4.873
Molise	2.259	4.842
Campania	1.673	4.681
Puglia	1.685	5.413
Basilicata	1.685	4.195
Calabria	1.551	5.205

* Fonte: Bordignon e Ambrosanio (2004) i dati sono in euro pro-capite e si riferiscono al 2001;

** Si tratta della Spesa Totale delle amministrazioni locali a decentramento avvenuto, i dati si riferiscono al 2004, fonte ISAE 2006, p. 56.

Nella tabella la prima colonna fa riferimento ad una indagine di Bordignon e Ambrosanio (2004) sulle Regioni nel 2001, la seconda colonna fa riferimento alle stime ISAE che considera invece la spesa locale delle amministrazioni locali a decentramento avvenuto. Il quadro che emerge è che la spesa pro-capite non presenta grosse differenze tra Regioni ricche e Regioni povere o tra Regioni del Nord d'Italia e Regioni del Sud d'Italia. La situazione è completamente diversa quando invece consideriamo la distribuzione regionale del gettito tributario pro-capite (tabella 9).

Emerge un forte divario tra regioni del Nord e regioni del Sud. Il gettito pro-capite della Calabria è il 40% di quello della Lombardia.

Concludiamo dicendo che, come è noto, ad oggi, il divario tra spese e tributi nelle regioni più povere viene coperto dai trasferimenti statali, ma cosa accadrà con l'attuazione del Titolo V? Come disegnare un sistema di trasferimenti perequativi basato sulla capacità fiscale ma concretamente sostenibile nonostante i forti divari regionali nelle dotazioni finanziarie? Come saranno individuati i tributi propri regionali? Quale sarà l'aliquota di compartecipazione ai tributi nazionali? (45)

(45) Per alcune ipotesi di meccanismi di finanziamento delle nuove spese attraverso aliquote di compartecipazione e una perequazione basata sulla capacità fiscale rinviamo a Bordignon e Cerniglia (2004).

TABELLA 9. *Il gettito tributario delle regioni*

Regioni	I tributi propri delle Regioni*	Principali imposte delle amministrazioni Locali**
Piemonte	878	1.408
Lombardia	1.029	1.564
Veneto	895	1.398
Liguria	696	1.267
Emilia-Romagna	985	1.468
Toscana	802	1.302
Marche	722	1.257
Umbria	682	1.080
Lazio	825	1.392
Abruzzo	609	966
Molise	497	774
Campania	419	704
Puglia	435	707
Basilicata	469	724
Calabria	402	643

* Fonte: Bordignon e Ambrosanio (2004) i dati sono in euro pro-capite e si riferiscono al 2001;

** Si tratta delle principali imposte delle amministrazioni locali (per le regioni: Irap, tasse automobilistiche accisa regionale sulla benzina, addizionale regionale all'Irpef; per i comuni: ICI, imposta comunale sull'energia elettrica, contributi concessioni edilizie, imposte comunali sulla pubblicità e sulle affissioni, addizionale comunale all'Irpef; per le province: imposta provinciale di trascrizione, imposta sulle assicurazioni RC auto, imposta provinciale sull'energia elettrica, i dati si riferiscono al 2004, fonte ISAE 2006, p. 71.

4. Per concludere

Riteniamo che sarà davvero molto difficile rispondere in modo semplice e coerente alle suddette domande e cioè risolvere la questione del federalismo in Italia. Alla politica toccherà l'onere o l'onore di trovare un delicato equilibrio tra esigenze di autonomia degli enti territoriali, principi di solidarietà e di equità territoriale, e garanzie di tenuta dei conti pubblici. Grande attenzione deve essere attribuita dal legislatore al disegno del sistema di finanziamento, accompagnando l'attribuzione di risorse proprie con schemi perequativi che svolgano in maniera efficiente sia una funzione redistributiva che assicurativa.

Forse le vicende che hanno caratterizzato in ambito legislativo il periodo di tempo intercorso dall'approvazione del nuovo Titolo V testimoniano le difficoltà della concreta attuazione di questa riforma che come prima detto si presta a molteplici interpretazioni. Per esempio, l'adozione di un'interpretazione fortemente sbilanciata sul lato dell'autonomia degli enti territoriali comporta con sé l'esigenza di un sistema di finanziamento che questa autonomia consenta di sviluppare in concreto, cioè un sistema di finanziamento locale fortemente sbilanciato sul lato dei tributi e delle risorse proprie, con sistemi di perequazione "poco" caratterizzati sul lato della destinazione delle

risorse. Viceversa, un'interpretazione che riconosca allo Stato centrale un ruolo maggiore nella determinazione dei servizi locali, può accompagnarsi ad un sistema di finanziamento più sbilanciato sul lato delle partecipazioni e dei trasferimenti.

Esemplare di questa difficoltà interpretativa ci pare la vicenda dell'Alta Commissione di Studi sul federalismo fiscale che fu istituita con la legge finanziaria per il 2003 per dare attuazione all'art. 119. La Commissione ha finito i suoi lavori nel settembre 2005 nell'indifferenza generale anche perché non formulava proposte concrete.

Riteniamo che un'altra delle ragioni che può spiegare la fase di stallo che ha caratterizzato la vicenda del Titolo V, va ricercata anche nella pochezza di dati e informazioni (da un punto di vista quantitativo) sugli esatti flussi finanziari tra i livelli di governo per i motivi metodologici prima accennati. Questo problema della scarsa informazione ha generato molta confusione sulle effettive conseguenze dell'implementazione della riforma del Titolo V ed ha assunto profili ancora più preoccupanti nel dibattito politico e nei mezzi di informazione. Per esempio, i 70 miliardi di euro di risorse (a cui abbiamo fatto cenno nel paragrafo 3) sono stati spesso confusi dalla stampa e/o dal dibattito politico come "i costi del federalismo" anziché come mero trasferimento di risorse dal bilancio dello Stato al bilancio delle Regioni. Se pensiamo che una legge finanziaria sta nell'ordine di 12-18 miliardi di euro, ci risulta difficile capire come questa confusione sui costi del federalismo possa essere avvenuta.

Segnaliamo infine che il governo Prodi aveva approvato in via preliminare il 28 giugno 2007 un disegno di legge per il conferimento al governo della delega a disciplinare la riforma in senso federale della finanza di Regioni e degli Enti locali. Questo disegno non è mai andato in Parlamento. Sempre nel giugno 2007, il Consiglio regionale della Regione Lombardia ha approvato una proposta di legge al Parlamento sul federalismo fiscale i cui punti chiave in materia di tributi propri regionali e compartecipazione al gettito dei tributi erariali sono: *a*) l'imposta regionale sul reddito personale inizialmente istituita con un'aliquota uniforme per tutte le Regioni, in misura non inferiore al 15 per cento; *b*) l'assegnazione alle Regioni del gettito delle accise, dell'imposta sui tabacchi e di quella sui giochi, riferibile al territorio di ciascuna Regione; *c*) istituzione di una compartecipazione regionale all'IVA, in misura non inferiore all'80 per cento e commisurata al gettito riscosso.

Nel momento in cui scriviamo sembra che questa proposta sarà la base di partenza per la discussione della legislatura eletta nell'aprile 2008 e che ha inserito di nuovo il federalismo tra i punti principali dell'agenda politica.

Riferimenti bibliografici

ACOFF - Alta Commissione di Studio per la definizione dei meccanismi strutturali del federalismo fiscale, *Relazione sull'attività svolta*, Roma, Ministero dell'Economia e delle Finanze, 2005.

AHMAD E., BROSIO (eds) (2006), *Handbook of Fiscal Federalism*, Cheltenham and Northampton: Edward Elgar.

ALESINA A., SPOLAORE E. (2004), *The size of Nations*, Mit Press.

AMBROSANIO M.F., BORDIGNON, M. (2004) *Il Federalismo in pratica; il benchmarking delle Regioni Italiane*, Cifrel, Milano.

AMBROSANIO M.F., BORDIGNON, M. (2006) *Normative versus Positive Theories of Revenue Assignments in Federations*, in *Handbook of Fiscal Federalism*, Cheltenham and Northampton: Edward Elgar.

AMBROSANIO M.F., BORDIGNON, M. (2006) *Il federalismo fiscale in Italia: fatti e problemi* in *Osservatorio Monetario* n.1, Università Cattolica del Sacro Cuore, Laboratorio di Analisi Monetaria.

ANTONINI L. (2003) *La vicenda e la prospettiva dell'autonomia finanziaria regionale: dal vecchio al nuovo art. 119 Cost.*, in *Le Regioni*, a. XXXI, n. 1. pp. 11-39.

ARACHI G., ZANARDI A. (2001), *La devoluzione nel paese del dualismo*, in *La finanza pubblica italiana, Rapporto 2001*, a cura di Arachi G., Zanardi A., Il Mulino, Bologna.

ASTRID (2004) *Costituzione una riforma sbagliata, Il parere di sessantatre costituzionalisti*, Passigli Editore.

BARCA F., CAPIELLO F., RAVONI L., VOLPE, M. (a cura di) (2006), *Federalismo, equità, sviluppo, I risultati delle politiche pubbliche analizzati e misurati dai Conti pubblici territoriali*, Il Mulino, Bologna.

BARDHAN P. (2002) *Decentralization of Governance and Development*, in *Journal of Economic Perspective*, vol. 4, pp.185-205.

BERTOLISSI M. (2004) *L'autonomia finanziaria delle Regioni ordinarie*, in *Le Regioni*, a. XXXII, n. 2/3 pp. 429-450.

BORDIGNON M., CERNIGLIA F. (2001a), *L'aritmetica del decentramento: devolution all'italiana e problematiche connesse*, in *Temi di Finanza Pubblica* a cura di Verde A., Cacucci Editore, Bari.

BORDIGNON M., CERNIGLIA F. (2001b) *Riforme costituzionali e decentramento fiscale*, in *Economia Italiana*, 3, pp. 549-576.

BORDIGNON M., CERNIGLIA F. (2004) *I nuovi rapporti finanziari fra Stato ed autonomie locali alla luce della riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Rivista di Politica Economica*, n. IX-X, settembre-ottobre 2004, pp. 83-166.

BORDIGNON M., CERNIGLIA F. (2006) *Lombardo-Veneto autonomo, surplus di 55 miliardi*, *Il Sole 24 ore*, 30 giugno 2006.

BORDIGNON M., EMILIANI N. (1999), *Federalismo e perequazione in Italia, a proposito dell'articolo 10 della legge 133/1999: "Disposizioni in materia di perequazione, razionalizzazione e federalismo fiscale"*, Rapporto preparato per il Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro, Roma.

BRANCASI A. (2004) *Osservazioni sull'autonomia finanziaria*, in *Le Regioni*, a. XXXII, n. 1, pp. 451-478.

BRUECKNER J. (2006) *Fiscal Federalism and Economic Growth*, in *Journal of Public Economics*, 90, pp. 2107-2120.

BUGLIONE E., MARE' M. (2003) *Il federalismo fiscale in Italia: ruolo dello Stato e degli enti territoriali nella gestione delle entrate e delle spese*, Commissione Tecnica per la Spesa Pubblica, Ministero dell'Economia e delle Finanze ed anche WP Siep, no. 296.

CERIANI V. (2002) *Federalismo, perequazione e tributi*, in *Rassegna Tributaria* n. 5.

CERNIGLIA F. (2003a) *Decentralization in the public sector: quantitative aspects in federal and unitary countries*, in *Journal of Policy Modeling* n. 25, pp. 749-776.

CERNIGLIA F. (2003b) *Devolution: lo stato dell'arte* disponibile sul sito www.lavoce.info 27 febbraio 2003

CERNIGLIA F. (2003c) *Le sei novità del disegno di legge costituzionale* disponibile sul sito www.lavoce.info 17 aprile 2003.

CERNIGLIA F. (2003d) *Il Titolo V e la bozza di Lorenzago* disponibile sul sito www.lavoce.info 14 ottobre 2003.

CERNIGLIA F. (2006) *Una riforma in dieci punti* disponibile sul sito www.lavoce.info 20 giugno 2006

CERNIGLIA F. (2007) *La spesa pubblica in Italia: articolazioni, dinamica e un confronto con altri Paesi*, in A. QUADRIO CURZIO e M. FORTIS (a cura di) *Valorizzare un'economia forte*, Il Mulino, Bologna.

CERNIGLIA F., LONGARETTI R. (2008) *Fiscal Federalism, Human Capital Enhancing Public Goods and Growth when Agents are Heterogeneous*, mimeo, Università Bicocca.

COVINO F. (2001) *L'autonomia finanziaria* in GROPPI T. e OLIVETTI M (a cura di) *La Repubblica delle autonomie, Regioni ed Enti Locali nel nuovo Titolo V*, Giappichelli Editore, Torino.

DAFFLON B. (2006) *The assignment of functions to decentralized government: from theory to practice* in AHMAD E., BROSIÒ (eds), *Handbook of Fiscal Federalism*, Cheltenham and Northampton: Edward Elgar.

DREZE J. (2003) *Regions of Europe: A feasible Status, to be discussed*, in *Economic Policy* pp. 268-307.

ELIA L. (2001) Introduzione al volume di GROPPI T. e OLIVETTI M (a cura di) *La Repubblica delle autonomie, Regioni ed Enti Locali nel nuovo Titolo V*, Giappichelli Editore, Torino.

FAUSTO D., PICA F. (a cura di) (2000) *Teoria e fatti del federalismo fiscale*, Il Mulino, Bologna.

FONDAZIONE AGNELLI (1994) *Una proposta di federalismo fiscale*, a cura di G. Brusio, G. Pola e D. Bondonio, Contributi di ricerca, Torino.

FONDAZIONE AGNELLI (1998) *Il residuo fiscale nelle Regioni italiane: confronto 1989-1995*, a cura di M. Maggi e S. Piperno.

GALLO F. (2002), *Prime osservazioni sul nuovo articolo 119 della Costituzione*, in *Rassegna Tributaria* anno XLV, n. 2, marzo-aprile, pp. 585-606.

GIARDA P. (2000), *Il federalismo fiscale in attuazione della legge n. 133/1999: aspetti tecnici, ragioni e problemi aperti*, in *Economia Pubblica* anno XXX, n. 5, pp. 5-47.

GIARDA P. (2001), *Le regole del federalismo fiscale nell'art. 119: un economista di fronte alla nuova Costituzione*, in *Le Regioni* anno XXIX, n. 6. pp.1425-83.

GIARDA P. (2002a), *Quale modello di federalismo fiscale nella nuova Costituzione Italiana*, Relazione presentata alla XLIII Riunione Scientifica della Società Italiana degli Economisti, Ferrara, 25 ottobre 2002.

GIARDA P. (2002b), *Sull'incompletezza del sistema di federalismo fiscale proposto dalla nuova Costituzione: ci sono rimedi?*, in *Rivista internazionale di Scienze Sociali* in corso di pubblicazione e consultabile anche in www.federalismi.it rivista telematica.

GIARDA P. (2005) *L'esperienza italiana di federalismo fiscale. Una rivisitazione del decreto legislativo 56/2000*, Il Mulino, Bologna.

GRAZZINI L. e PETRETTO A. (2004) *Coordinamento e concorrenza fiscale nei processi di federalismo. Una rassegna teorica e alcune considerazioni sul caso italiano*, WP Siep, no 318.

GROPPI T. e OLIVETTI M (2001) (a cura di) *La Repubblica delle autonomie, Regioni ed Enti Locali nel nuovo Titolo V*, Giappichelli Editore, Torino.

ISAE (2002a) *Rapporto trimestrale, le previsioni per l'economia italiana*, gennaio 2002.

ISAE (2002b) *Rapporto trimestrale, le previsioni per l'economia italiana, priorità nazionali: trasparenza, flessibilità opportunità*, aprile 2002.

ISAE (2002c) *Attuazione del Federalismo amministrativo e costituzionale*, Audizione del Presidente dell'ISAE presso il Senato della Repubblica, Commissione Bilancio, Roma 6 novembre 2002.

ISAE (2003) *Rapporto annuale sull'attuazione del federalismo*, febbraio 2003.

ISAE (2004) *Rapporto annuale sull'attuazione del federalismo*, febbraio 2004.

ISAE (2005) *Rapporto annuale sull'attuazione del federalismo*, febbraio 2005.

ISAE (2006) *Rapporto annuale sull'attuazione del federalismo*, marzo 2006.

ISTITUTO DI STUDI SULLE REGIONI, CNR, (2002) *Osservatorio finanziario regionale/24*, Franco Angeli, Milano.

KEEN M. (1999) *Aspects of «harmful tax competition»* in M. BORDIGNON e D. DA EMPOLI (a cura di) *Concorrenza fiscale in un'economia internazionale integrata*, Milano, Angeli.

OATES W. (1999) *An essay on Fiscal Federalism*, in *Journal of Economic Literature* vol. 3, pp. 1120-49.

OECD (1999) *Taxing powers of state and local government*, OECD tax policy studies, No. 1.

OECD, (2003) *Fiscal relations across government levels*.

OLIVETTI, M. (2001) *Lo Stato policentrico delle autonomie (art.114, 1° comma) i* in GROPPI T. e OLIVETTI M. (a cura di) *La Repubblica delle autonomie, Regioni ed Enti Locali nel nuovo Titolo V*, Giappichelli Editore, Torino.

PETRETTO A. (2003) *Le entrate delle Regioni e degli enti locali secondo il nuovo articolo 119 della Costituzione: un'analisi economica*, Quaderno IRPET no. 19.

POGGI A.M (2001) *L'autonomia statutaria delle Regioni* in GROPPI T. e OLIVETTI M (a cura di) *La Repubblica delle autonomie, Regioni ed Enti Locali nel nuovo Titolo V*, Giappichelli Editore, Torino.

RAGIONERIA GENERALE DELLO STATO (2001), *La spesa statale regionalizzata. Anno 1999*, Ministero del Tesoro, in *Temi di Finanza Pubblica*, Quaderno n. 22.

REF. Ricerche per l'economia e la finanza (2004) *Rapporto sul federalismo*, Milano.

RIZZONI, G. (2001) *La riforma del sistema delle autonomie nella XIII legislatura* in GROPPI T. e OLIVETTI M (a cura di) *La Repubblica delle autonomie, Regioni ed Enti Locali nel nuovo Titolo V*, Giappichelli Editore, Torino.

SVIMEZ, (2001) *Primo rapporto sugli effetti del federalismo fiscale sul sistema delle autonomie locali*, Quaderni di informazione Svimez, n. 7.

SVIMEZ, (2002) *Sul finanziamento delle funzioni pubbliche di Regioni ed enti locali secondo le nuove norme costituzionali*, Quaderni di informazione Svimez, n. 15.

THIESSEN V. (2003) *Fiscal decentralization and economic growth in high-income OECD countries*, in *Fiscal Studies*, 24, pp. 237-274.

VASSALLO, S. (2004) *Devoluzione senza rappresentanza? Il nodo del Senato federale* in Ceccanti e S. Vassallo (a cura di) *Come chiudere la transizione*, Bologna, Il Mulino, 2004, pp. 339-358.

WELLISH D. (2000), *Theory of public finance in a federal State*, Cambridge: Cambridge University Press.

WILSON D. (1999) *Theories of tax competition*, in *The National Tax Journal*, vol. 2., pp. 269-304.

WORLD BANK (1999) *Decentralization: Rethinking Government in Entering the 21st Century*, World Development report 1999/2000.

ZANARDI A. (a cura di) *Per lo sviluppo. Un federalismo fiscale responsabile e solidale*, Il Mulino, Bologna, 2006.

ALBERTO QUADRIO CURZIO

Preside della Facoltà di Scienze Politiche dell'Università Cattolica di Milano e Professore di Economia politica

Riflessioni sul principio di sussidiarietà per lo sviluppo italiano*1. Premessa^(*)*

Nel 2007 si sono celebrati i 50 anni dei Trattati di Roma e nel 2008 si celebrano i 60 anni della nostra Costituzione. È bene allora ricordare che l'Italia (Quadrio Curzio 1996; 2002) era uscita distrutta, istituzionalmente, socialmente ed economicamente, dal fascismo e dalla guerra, ma che ha saputo diventare una delle più importanti democrazie sviluppate dell'Europa e del mondo. Il processo di sviluppo non è stato però né semplice né lineare sicché ancora oggi l'Italia ha grossi problemi. Infatti se da un lato l'Italia ha avuto tre "miracoli" (Costituzione repubblicana e ricostruzione; industrializzazione e distrettualizzazione delle PMI; risanamento e privatizzazioni), da un altro lato ha commesso tre "errori" (centralismo; burocratismo; assistenzialismo-consociativismo) non ancora superati del tutto, ma ammortizzati grazie all'aggancio europeo che rappresenta il costante successo della nostra storia postbellica.

La conferma dell'europeismo italiano viene da un paradosso: in 60 anni l'Italia ha avuto 58 Governi contro i 14 della Germania. Nessun Governo italiano, pur nel turbinio degli avvicendamenti, ha però derogato dalla vocazione europea. Le radici dell'europeismo italiano furono solide e fissate soprattutto da due statisti come Luigi Einaudi e Alcide De Gasperi dai quali, malgrado andamenti ondivaghi successivi, non ci si è mai troppo discostati.

Ma l'Italia non ha finito il proprio risanamento economico e la propria stabilizzazione istituzionale e questo preoccupa perché non pare che a tale esito abbiano contribuito le innovazioni costituzionali come il maggioritario e il federalismo.

È necessario allora che l'Italia ritrovi lo slancio della ricostruzione che fu prevalentemente quello del liberalismo sociale, dove la comunità nazionale si identificava, spesso intuitivamente, per la sua grande maggioranza e che noi oggi tradurremmo nella necessità di applicare due grandi principi: sussidiarietà e sviluppo. Solo dalla loro applicazione può anche nascere una corretta applicazione di un altro grande principio: quello di solidarietà.

È il paradigma delle 3S (sussidiarietà, solidarietà, sviluppo) al quale noi abbiamo dedicato molte nostre riflessioni alle quali rinviamo (Quadrio Curzio 2005a; 2005b; 2004; 2003a; 2002; 1996).

^(*)Questo saggio si caratterizza come la ripubblicazione, con minori variazioni, di una parte dell'articolo *Riflessioni sul liberalismo comunitario per lo sviluppo italiano*, in A. QUADRIO CURZIO e M. FORTIS (a cura di), *Valorizzare un'economia forte. L'Italia e il ruolo della sussidiarietà*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 361-387; alcuni dati sono stati aggiornati con quelli disponibili alla data della ripubblicazione.

In primo luogo per sottrarre il nostro paese alle oscillazioni tra il nazional-dirigismo (di stampo francese), la social-democrazia o il social-landerismo (di stampo tedesco), il nazional-liberismo (di stampo americano sia democratico che repubblicano o di stampo britannico tatcheriano, che è diverso da quello blairiano). Tutti questi modelli hanno aspetti interessanti ma non rispondono alle caratteristiche dell'Italia. Quindi una loro forzata applicazione al nostro paese non avrebbe il successo conseguito altrove.

In secondo luogo perché l'Italia deve comunque abbandonare definitivamente il suo «pseudo-modello», forma composita di dirigismo sindacal-centralista e di spontaneismo del sommerso, nei quali si soddisfano due estremi. La reazione non deve però farci cadere in confuse forme di neo-centralismo federalista o di anarco-federalismo per ciò che attiene i rapporti tra Regioni e Stato. E infine di dirigismo-liberismo per ciò che attiene i rapporti con il mercato. In tutto ciò c'è ben poco di quel *liberalismo comunitario* che talune correnti politiche hanno cercato di accreditare come proprio e che al contrario non rispondeva ai criteri di libertà, responsabilità, intraprenditorialità.

Il paradigma che noi vediamo per il futuro dell'Italia è invece quello del liberalismo sociale e del federalismo solidale in quanto queste categorie si connettono nel più grande insieme della comunità nazionale ed europea e si rifanno ai tre grandi principi che iconograficamente così presentiamo:

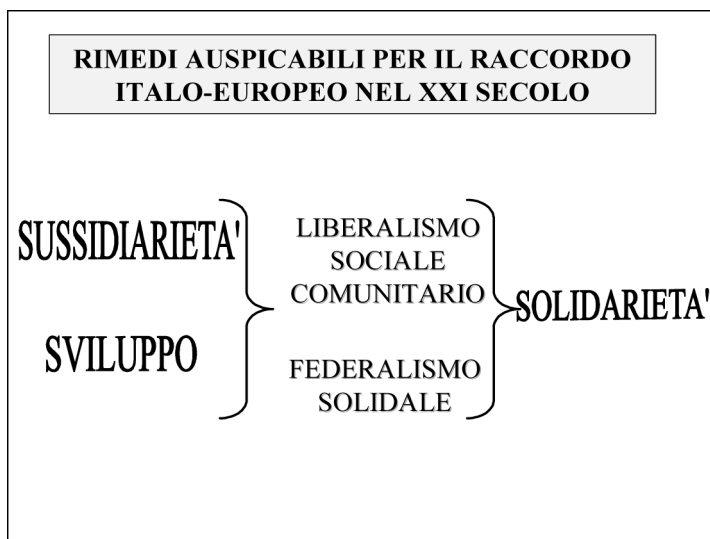


Fig. 2. Tre principi politico-economico-sociali.

Su queste linee noi avremmo visto volentieri una riforma della Costituzione italiana del 1948 che è stata eccellente, anche se spesso disapplicata, per più di mezzo secolo ma che ora mostra vari limiti.

Vari tentativi di riforma costituzionale sono stati fatti. Una prima modalità è stata quella delle Commissioni Bicamerali che sono state nel numero

di tre e che sono sempre fallite. Compresa quella che ha lavorato nel 1997-1998 e che era giunta vicina ad un esito positivo per poi concludere con un insuccesso.

Una seconda modalità è stata quella delle riforme costituzionali a maggioranza. Così s'è fatta la riforma del Titolo V della Costituzione nel 2001, quando il centro-sinistra l'ha varata affrettatamente con soli 4 voti di maggioranza in tal modo dando avvio ad un precedente pericoloso. E cioè quello che le Costituzioni possono rappresentare non tutto il paese attraverso una condivisa partecipazione di tutto il Parlamento ma solo una parte dello stesso. Usando questo stesso metodo il centro-destra ha tentato di varare la riforma Costituzionale del 2005 che poi è stata bocciata dal referendum, indetto in base all'art. 138 della Costituzione.

Il commento giustificazionista potrebbe essere che in Italia non c'è possibilità di fare riforme costituzionali condivise. Non è vero e lo dimostra la Costituzione del 1948 approvata in un momento drammatico della nostra storia nazionale. Bisogna tuttavia pensare a modalità nuove: per questo noi abbiamo spesso proposto una Convenzione Costituente ipotizzando che fosse composta da 40 personalità, scelte dal Presidente della Repubblica e dai Presidenti delle Camere tra personalità indipendenti e qualificate per competenze istituzionali, giuridiche, economiche, sociali.

Noi continuiamo a credere che questa sia un via importante per rimotivare gli italiani sottraendoli agli estremi del bipolarismo e per valorizzare il loro spirito sia comunitario che di libertà.

2.2. Sussidiarietà verticale ed orizzontale. Ritorniamo allora alla sussidiarietà. Dal punto di vista della definizione concettuale, la sussidiarietà si articola in molte coordinate due delle quali vanno viste simultaneamente onde evitare di dare una rappresentazione parziale. Nella rappresentazione iconografica successiva si presentano la sussidiarietà verticale e quella orizzontale: negli assi verticali si indicano gli "attori" su cui un "Sistema paese" come l'Italia si fonda ed in quello orizzontale le funzione che ciascun attore svolge o dovrebbe svolgere nella "produzione di beni".

Nella sua versione verticale la sussidiarietà coinvolge alcuni Soggetti istituzionali, quali, in primo luogo, l'Unione Europea, lo Stato, le Regioni, le Municipalità. Essa si fonda su due principi fondamentali: la ripartizione dei poteri pubblici tra diversi Soggetti istituzionali che esprimono diversi livelli di Governo; la definizione di ambiti di sovranità e di competenze territoriali e funzionali. Il termine verticale va inteso come gerarchia nella autonomia (Fig. 3).

La sussidiarietà nella sua valenza orizzontale è regolatrice dei rapporti tra Istituzioni-Stato, Società e Mercato. In questa versione la sussidiarietà può essere un'ampia applicazione del liberalesimo sociale basandosi su due principi fondamentali: la ripartizione delle funzioni tra diversi Soggetti politici, sociali, economici dotati di autonomie proprie; i Poteri (istituzionali) non possono alterare le autonomie dei Soggetti sociali ed economici. Ovvero i Poteri istituzionali devono promuovere il coinvolgimento, la responsabilità, l'imprenditorialità dei Soggetti sociali ed economici. Il termine orizzontale non implica dunque gerarchia.

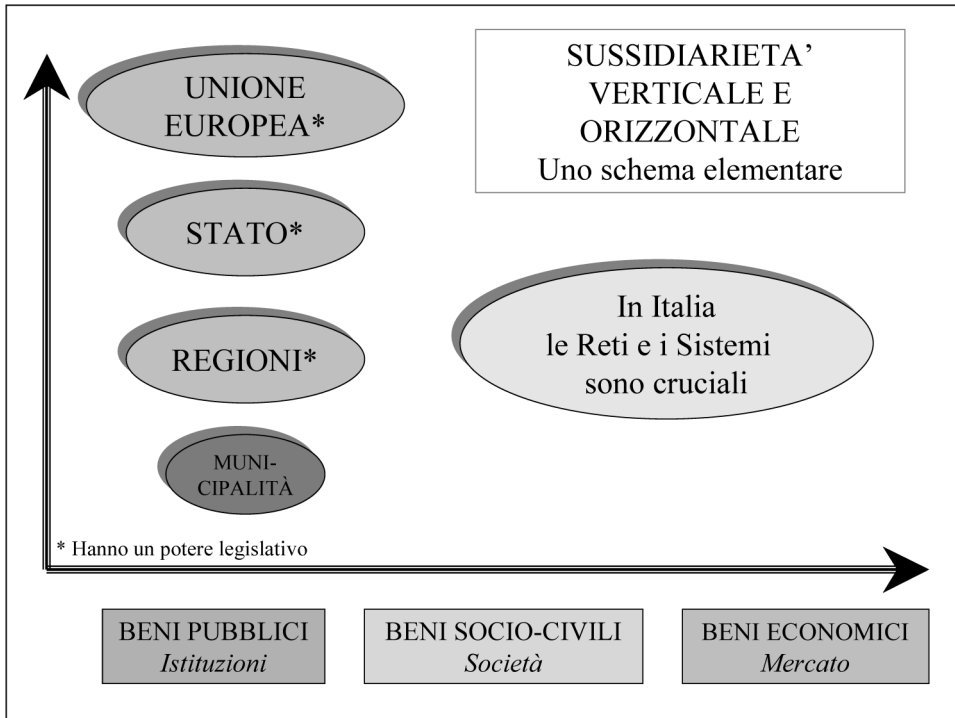


Fig. 3. Sussidiarietà verticale e orizzontale.

2.3. *Soggetti e beni della sussidiarietà orizzontale.* Nella rappresentazione che segue si elencano altre tre filiere di soggetti della sussidiarietà orizzontale. Quelli che si collocano nella società (Enti, fondazioni, associazioni tutte di natura non tesa al profitto), quelli che si collocano nel mercato (imprese di varia dimensione tipiche della realtà italiana), quelli che si collocano tra società e mercato (cooperative).

Per comprendere il fulcro centrale della sussidiarietà (Quadrio Curzio 2005a; 2002) fondamentale è il problema della produzione dei beni. Se noi suddividiamo il funzionamento di un Sistema paese, con particolare riferimento ad un paese europeo ed all'Italia, nel ruolo di tre soggetti – le istituzioni, la società e il mercato – caratterizzanti ogni democrazia, un problema è sapere chi e come produce determinate tipologie di beni.

Le istituzioni devono “produrre” i beni pubblici, che preferiremmo definire beni istituzionali, i più tipici dei quali sono la difesa, la giustizia, la politica estera, il governo della moneta.

La società è titolata a “produrre” (o a co-produrre con altri soggetti) i beni sociali, tra cui istruzione, sanità, cultura.

Il mercato e l'impresa producono i beni economici che hanno nel profitto uno dei loro più importanti parametri di efficienza-efficacia.

Nei diversi sistemi nazionali della Ue i rapporti tra stato-società-mercato sono stati e sono differenti: nel dirigismo francese lo stato produce molti

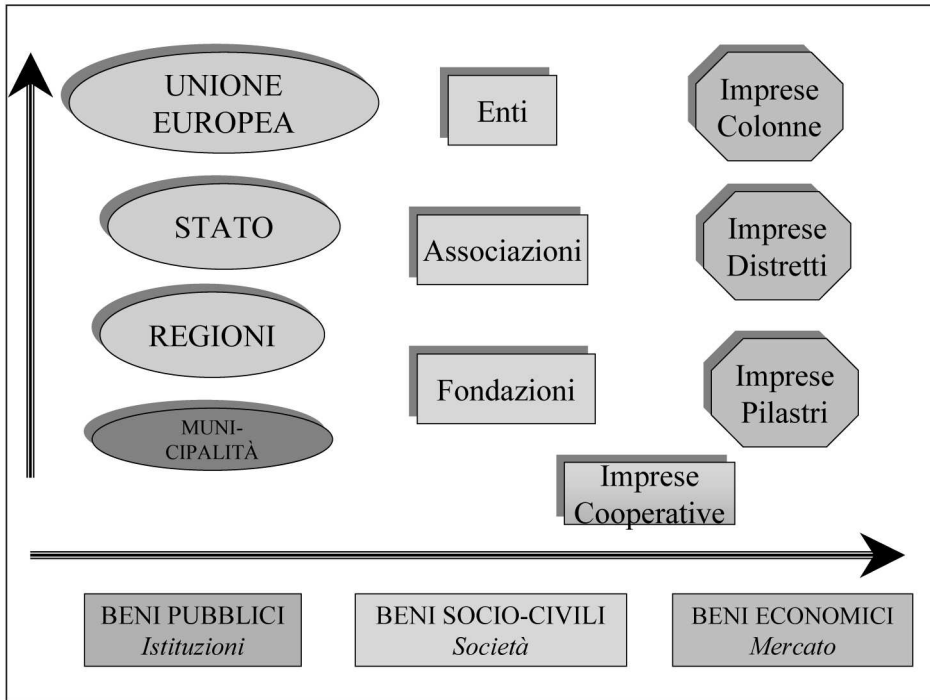


Fig. 4. Soggetti e beni della sussidiarietà.

beni sociali ed anche economici con la sua logica di efficientismo; nel liberismo anglo-tatcheriano, lo stato produce pochi beni sociali e nessun bene economico; nel federalismo tedesco i lander producono anche i beni sociali ed alcuni beni economici.

In Italia lo Stato ha prodotto quasi tutti i beni sociali e molti beni economici nel periodo dell'assistenzialismo-dirigista. Se è vero che da un lato ha favorito l'accesso ai servizi di tutti i cittadini, da un altro lato lo ha fatto con troppi sprechi.

Da quasi tre lustri si sta cercando in Italia un nuovo modello che oscilla tra dirigismo e liberismo senza riuscire a mettere a fuoco il principio fondamentale della sussidiarietà secondo il quale i soggetti istituzionali danno le condizioni perché la società e il mercato possano produrre i loro beni.

Sappiamo che assai complesso è stabilire il confine tra soggetti istituzionali e sociali nella produzione dei beni sociali così come spesso è difficile distinguere tra beni economici e beni sociali, su chi deve produrli, se vi sono soggetti intersezione che si collocano sul confine istituzioni/società e tra società/mercato.

Alcune ulteriori riflessioni al proposito sono perciò utili.

I beni economici si caratterizzano con molta semplicità: l'impresa è il soggetto fondamentale sul lato dell'offerta nel mercato dove la domanda è

espressa dai consumatori e da altre imprese; il profitto è l'obiettivo irrinunciabile dell'impresa, perché senza profitto non si produce crescita e senza profitto non si misura l'efficienza di mercato. I prezzi e le quantità sono grandezze essenziali di riferimento. Le imprese e i consumatori sono soggetti distinti. Questa è la tipologia più semplice del bene economico prodotto dall'impresa che opera nel mercato.

I beni sociali sono meno facili da connotare. Essi sono prodotti da soggetti sociali ma anche da soggetti che vivono sul confine società/mercato. I beni sociali nella classificazione tipizzante sono diversi dai beni economici. Innanzitutto non si scambiano sul mercato; hanno un costo e hanno un valore, ma non necessariamente hanno un prezzo e comunque il prezzo non è necessariamente commisurato al costo. I soggetti che producono beni sociali non perseguono il profitto ma devono conseguire l'efficienza che però non è quella di mercato. Inoltre i soggetti sociali che operano nella società sono caratterizzati da una forte prossimità alla persona, al gruppo sociale, alla famiglia come espressioni tipiche della società. E spesso i beneficiari e gli erogatori non sono del tutto distinti, diversamente dal bene economico prodotto nel mercato dove il produttore e il consumatore sono sempre soggetti distinti. Un problema centrale è quello di chi paga la produzione di beni sociali. Ciò può accadere in parte con il sostegno delle erogazioni generate dalla fiscalità e in parte con l'applicazione di prezzi agli utenti. Ci sono molte modalità applicative tra cui interessante è quella dei *bonus* dati da soggetti istituzionali agli utenti lasciando a loro la libertà di utilizzarli presso il soggetto sociale specifico di loro gradimento. Ciò aumenta la concorrenza tra soggetti sociali alla ricerca del miglior servizio per attrarre gli utenti.

Per comprendere la sussidiarietà uno dei grandi sforzi è quello di capire quali sono i soggetti sociali che debbono produrre beni sociali. Più nello specifico uno dei grandi sforzi operativi che tutti noi dobbiamo fare in Italia è proprio quello di capire quali sono i beni sociali che debbono essere prodotti da soggetti sociali e non dal mercato o dalle istituzioni, affinché si realizzi quel paradigma di efficienza ma non di profitto, di valore ma non di prezzo, che deve caratterizzare il funzionamento della società.

Questo problema si riproduce a monte nei rapporti tra istituzioni e società. Infatti molti beni prodotti dalle istituzioni, dallo Stato ma anche dalle regioni e dai comuni, possono benissimo essere prodotti da soggetti sociali purché siano chiari i criteri di comportamento e i fini da perseguire: quindi efficienza sì, profitto no; valore sì, prezzo no, servizio sì, mercato no. Sul confine tra istituzioni e società la questione è molto complessa e spesso possono coesistere soggetti istituzionali e soggetti sociali che producono gli stessi beni.

Si prenda ad esempio l'università che si può definire un soggetto sociale-civile che produce un bene istruzione. In Italia ci sono università non-statali e ci sono università statali. Quindi è possibile che coesistano questi soggetti ed è importante perché tra loro si può anche manifestare una forma di leale concorrenza, che però non è e non deve essere una concorrenza di

mercato. Ovviamente per fare questo bisogna porre i soggetti sociali-civili in condizione di pari opportunità dei soggetti statali per la produzione di determinati beni. Perciò una università non statale deve essere posta nelle condizioni affinché essa possa adeguatamente competere con una università statale per produrre dei beni.

Il problema è allora misurare che questi soggetti producano con efficienza beni qualitativamente validi e che non li vendano per fare profitto. Anche se, in certe condizioni, un moderato profitto per effettuare investimenti è comprensibile.

I soggetti e le tipologie di confine tra stato/società/mercato meritano pure molta attenzione affinché essi operino anche in concorrenza tra loro. Oppure, laddove l'efficienza di un soggetto sociale sia più forte di quella di un soggetto istituzionale bisognerà affidare al soggetto sociale l'esecuzione della produzione di un determinato bene.

Affinché ciò avvenga con le necessarie garanzie, sono necessari sistemi di regolazione, autorità indipendenti, misure della performance e della professionalità, risultati in termini di servizio. Laddove i soggetti sociali producono beni sociali controllati, verificati, che ci fanno risparmiare risorse e servono allo stesso modo il bene comune, la soluzione è importante e da perseguire anche perché il soggetto sociale ha una vivacità che spesso il soggetto istituzionale non ha.

A loro volta i Soggetti intersezione tra l'economico e il sociale compongono un insieme complesso che ha dato molto all'Italia ma che viene visto con diffidenza sia dalle Istituzioni che dal mercato che ne temono la "concorrenza". Oggi bisogna rimeditarli per rilanciarli in pienezza di diritti e funzioni ma nel contempo nel pieno rispetto delle professionalità che essi devono avere.

3. I soggetti della sussidiarietà nel Sistema Italia

Passiamo adesso a considerare la realtà italiana per avere un riferimento di concretezza sui soggetti o attori cui spetta di attuare le sussidiarietà nei fatti. Limitiamoci a considerare la situazione interna all'Italia prescindendo dai rapporti tra Italia e Unione Europea. Daremo una descrizione sommaria della nostra situazione, dando particolare enfasi alle rappresentazioni grafiche.

3.1. I soggetti e le reti istituzionali.

L'Italia ha una struttura istituzionale molto articolata e ciò sarebbe un bene a fini di sussidiarietà e di democrazia partecipativa se non vi fossero troppe sovrapposizioni di funzioni e di poteri. Inoltre c'è stato un proliferare di Soggetti Pubblici, stimati in base al Censimento Istat del 2001 in 15.580. Sono qui comprese 355 Comunità Montane, 321 Enti Sanitari pubblici, 26 Enti di previdenza, 6.630 altre istituzioni pubbliche. Alla data odierna è difficile dire come il numero sia cambiato anche se è noto che le Province sono salite a 107. In totale si tratta di più di 3 milioni di addetti ovvero poco meno della metà degli addetti all'industria in Italia.

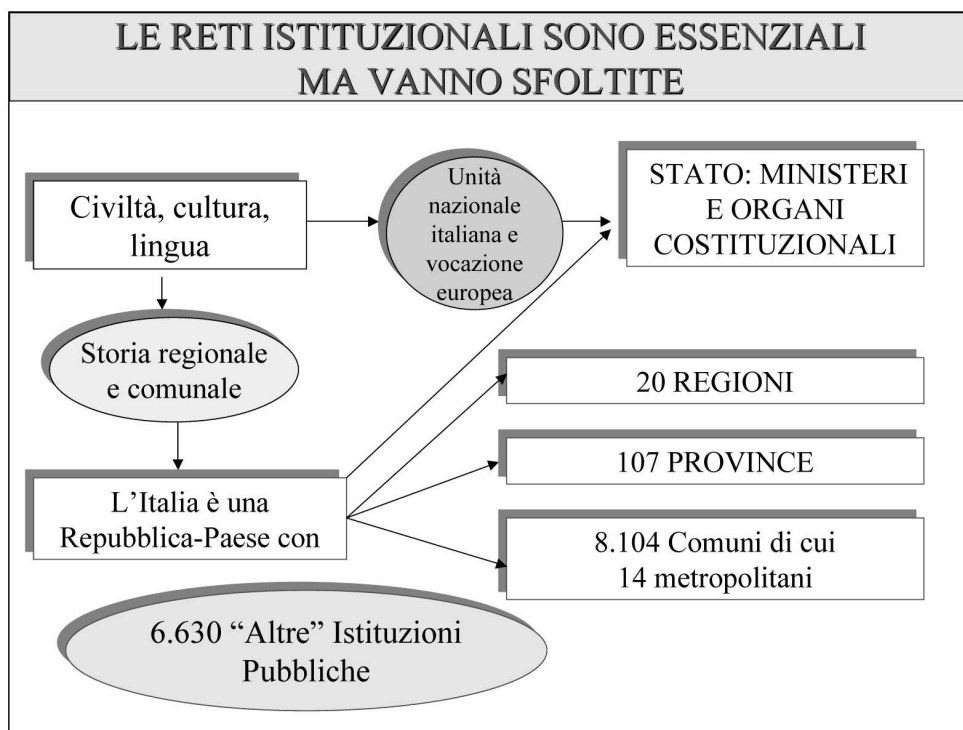


Fig. 5. Soggetti e reti istituzionali. Fonte: nostra elaborazione su dati Istat (2001).

Il livello di produttività dei dipendenti pubblici è piuttosto basso e ciò ha creato una notevole disaffezione di cittadini per ogni forma di burocrazia. Ciò rende necessario da un lato un rafforzamento dei soggetti istituzionali essenziali (Stato; Regioni, Municipalità) e dall'altro un drastico ridimensionamento di ogni altro soggetto che oggi svolga funzioni che spettano alla Società e al Mercato.

3.2. *I soggetti e le reti sociali e comunitarie.* Passiamo allora ai soggetti sociali che configurano reti comunitarie, in atto o in potenza, di cui in Italia o manca la consapevolezza oppure vi è una interpretazione ondivaga. Il problema è quello di rendere tali soggetti efficienti e funzionali allo scopo. Su ciò incidono anche lo Stato e altre istituzioni che si immischiano troppo nelle reti comunitarie, togliendo o limitando nelle stesse quella ricerca di ruolo e di efficienza non di mercato che abbiamo prima descritto.

Nella Figura 6 diamo una esemplificazione di soggetti che possono svolgere un grande ruolo nelle reti sociali e comunitarie.

Sappiamo anche che molti liberisti aspirerebbero a cancellare tutto ciò devolvendo il tutto al mercato, così come molti dirigisti vorrebbero devolvere tutto allo Stato.

Non è nostra intenzione svolgere qui un esame del ruolo di ciascuno di questi soggetti e dei progressi fatti da molti.

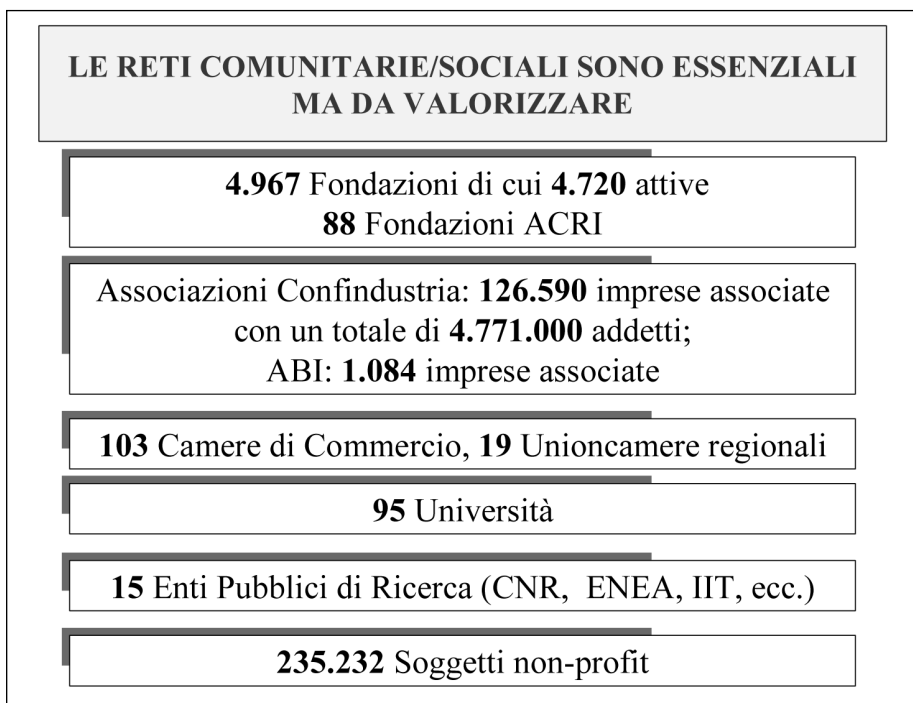


Fig. 6. Le reti sociali e comunitarie. Fonte: nostra elaborazione su dati ricavati dai seguenti siti: www.acri.it; www.confindustria.it; www.abi.it; www.unioncamere.it; www.miur.it; www.istat.it

3.3. I soggetti e le reti economiche. E veniamo ai soggetti e alle reti economiche che caratterizzano l'Italia come un paese dove la piccola dimensione di impresa prevale ma con quelle tipologie distrettuali e dei sistemi locali di produzione che hanno fatto del caso italiano un modello: quello del “*made in Italy*” (v. Figura 7).

Stante questa tipologia della economia italiana bisogna prendere atto che uscire da questa situazione per passare a quella di grandi imprese “pilastri” è impossibile, mentre va messa a frutto la nostra peculiarità sulla quale non ci intratteniamo qui rinviando ad altri nostri studi (Quadrio Curzio – Fortis 2000a; 2000b; 2002; 2005; Fortis 2005).

Due soli elementi vogliamo richiamare qui in base alla analisi di Marco Fortis che ha dato fondamentali contributi per capire la natura e la vitalità del settore manifatturiero italiano.

La competitività delle imprese manifatturiere italiane si esprime con un formidabile surplus commerciale che continua a persistere anche dopo la conclusione delle svalutazioni competitive. L'affermazione curiosa che le PMI e il *made in Italy* sono finite trova qui una smentita clamorosa.

Ai saldi positivi della bilancia commerciale di questi settori manifatturieri del *made in Italy* si sono aggiunte buone tenute occupazionali che



Fig. 7. Soggetti e reti economiche. Fonte: elaborazione della Fondazione Edison su dati Mediobanca (2004) e Istat (2001).

rivelano come i processi di delocalizzazione sono stati non deindustrializzanti in Italia.

4. Un esempio: il caso su distretti e laboratori

Abbiamo detto all'inizio che la sussidiarietà deve essere sempre calata nella concretezza.

Diamo subito una applicazione nella combinazione di Distretti e Laboratori. Sappiamo come uno dei fattori di ritardo nella competitività internazionale dell'Italia è la scarsa attività di R&S, almeno nelle sue espressioni formali catturate dalle statistiche. In passato le imprese italiane hanno molto supplito con le innovazioni informali ma adesso queste non bastano più perché le stesse non si accumulano in "contenitori" di sapere comune e spesso scompaiono con l'imprenditore innovatore.

Constatiamo che in Italia ci sono 95 università, ben distribuite sul territorio (29 al nord, 41 al centro, 25 al sud) e che il più grande Ente di Ricerca pubblica italiana, il CNR, dopo la riforma del 2002, ha 108 istituti (30 al nord, 44 al centro, 34 al sud) con quasi 9.000 unità di personale, tra cui 4.600 ricercatori e 2.800 tecnici. È legittimo chiedersi per quale motivo le collaborazioni tra questi soggetti della ricerca e le imprese siano ancora così scarse.

La ragione principale è, a nostro avviso, la mancanza di un progetto che non può riguardare solo le imprese, le università e gli enti di ricerca ma deve essere una forte applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale e verticale come delineato nella Figura 8.

Rimane il problema di chi organizzi tali sistemi complessi. Qui noi vediamo di grande rilevanza il ruolo dei soggetti associativi della società e del mercato che possono svolgere delle funzioni di supplenza attraverso la sussidiarietà ascendente come illustrata dalla Figura 9.

Nella sussidiarietà ascendente noi non intendiamo interporre le associazioni tra istituzioni e mercato e tra istituzioni e società. Rileviamo solo che vi sono una serie di interventi che rendono possibile ed utile questa intermediazione. In concreto e per esemplificare: è ben difficile che una o più imprese riescano a far modificare il CNR mentre è accaduto che il forte impulso di Confindustria sia riuscito ad introdurre nella riforma di tale Ente un po' di rappresentanze di imprenditorialità. L'esito non è grande ma è emblematico.

Nella progettazione e concretizzazione dei Laboratori un grande ruolo potrebbero svolgerlo le Associazioni territoriali: quelle delle imprese e quelle delle università. Da loro potrebbero venire spinte progettuali alle Istituzioni.

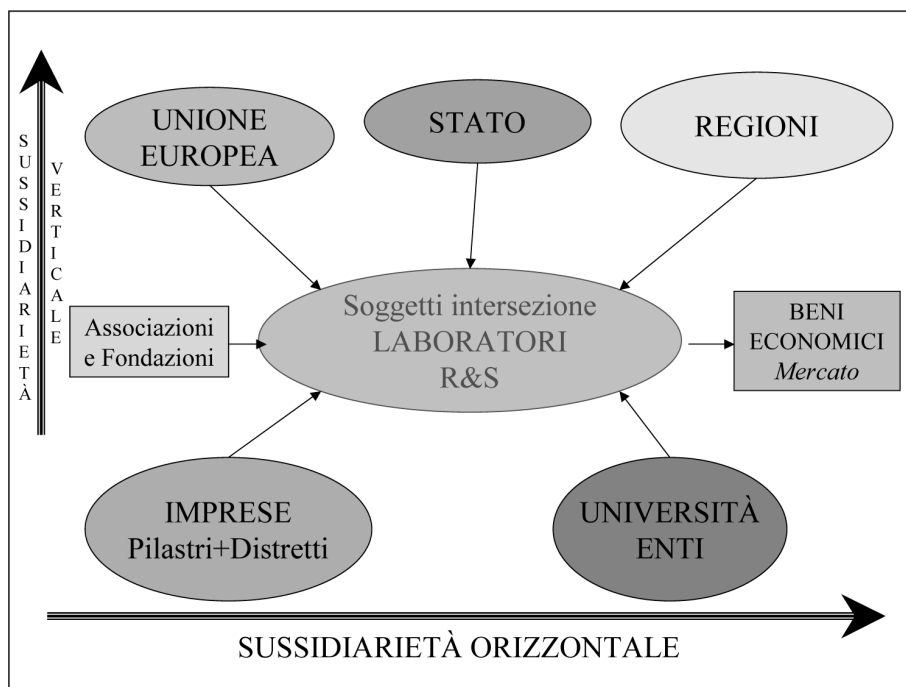


Fig. 8. Il ruolo dei Soggetti intersezione.

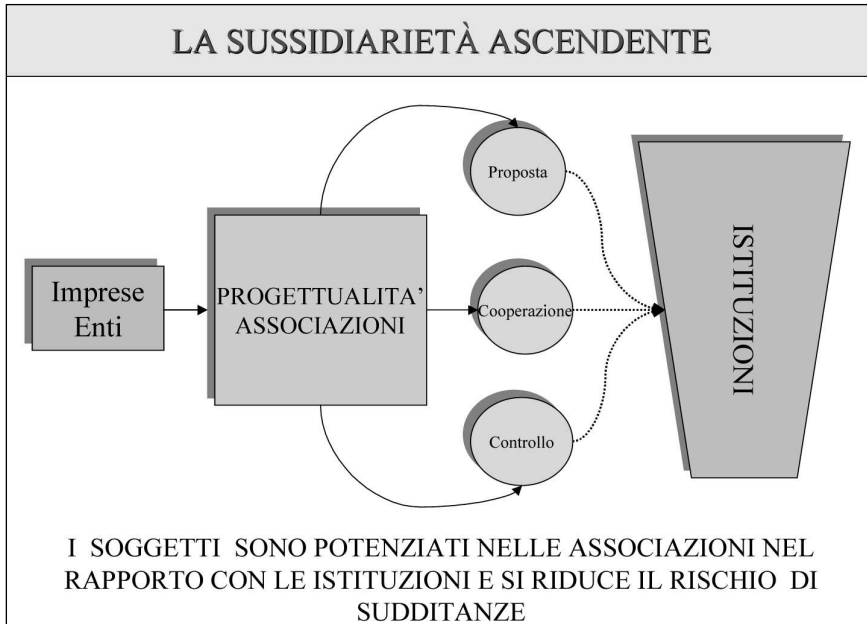


Fig. 9. La sussidiarietà ascendente.

5. Una chiosa conclusiva

Abbiamo iniziato segnalando che l'Italia ha una sua situazione di realtà, una sua storia di spirito comunitario e di successi imprenditoriali. Questo oggi non basta per reggere le molte sfide del mercato unico, della moneta unica europea, della globalizzazione.

Abbiamo argomentato che il paradigma della sussidiarietà può essere quello adatto a migliorare le performance istituzionali, sociali ed economiche dell'Italia.

Concludiamo affermando che senza una forte rimotivazione di questo paradigma, che si traduce in quello del liberalismo sociale e del federalismo solidale, l'Italia non supererà le sue attuali e non recenti difficoltà. L'idea che uno dei due Poli sarà capace di risolvere le debolezze italiane ci pare illusorio. Non rimane che una via: un Patto Costituente.

Riferimenti bibliografici

DELORS J. (1991), *Le principe de subsidiarité: contribution ou débat*, in *Subsidiarité: défi du changement*, AA.VV., Atti del Colloquio Institut d'Administration Européenne, Maastricht, 21-22 marzo 1991.

FORTIS M. (2005), (a cura di), *Le due sfide del made in Italy in Italia: globalizzazione e innovazione*, Collana della Fondazione Edison, Bologna, Il Mulino.

FORTIS M. (2006), *I distretti industriali e la loro rilevanza nell'economia italiana: alcuni profili di analisi*, in A. QUADRIO CURZIO e M. FORTIS (a cura di), *Società, Stato e Mercato in Italia. Sussidiarietà, Laboratori, Distretti*, Bologna, Il Mulino, in corso di pubblicazione. Tale saggio è stato presentato da M. Fortis alla Conferenza *Distretti, made in Italy e laboratori: rinnovare un paradigma vincente*, organizzata da Aspen Institute Italia in collaborazione con la Fondazione Edison, il 30 gennaio 2006 a Milano.

ISTAT (2001), *8° Censimento generale dell'industria e dei servizi*, sito www.istat.it

QUADRIO CURZIO A. (1996), *Noi l'economia e l'Europa*, Bologna, Il Mulino.

QUADRIO CURZIO A. (2002), *Sussidiarietà e sviluppo. Paradigmi per l'Europa e per l'Italia*, Milano, Vita e Pensiero.

QUADRIO CURZIO A. (2003a), *I fondamenti economici-politici dell'Unione Europea*, in *Verso una Costituzione Europea*, a cura di L. Lezzi e C. Mirabelli, Atti del Convegno europeo organizzato dal Vicariato di Roma, svoltosi a Roma il 20-23 giugno 2002, Lungro di Cosenza, Marco Editore, pp. 291-308.

QUADRIO CURZIO A. (2004), *L'UE tra costruzione e sussidiarietà: profili economici istituzionali*, in *Economia e politica dell'allargamento dell'Unione Europea*, a cura di R. Cagliozzi, Torino, Giappichelli Editore, pp. 73-94.

QUADRIO CURZIO A. (2005a), *Le fondazioni di sviluppo nel sistema nazionale ed europeo*, in A. GIORGI (a cura di), *Costruire la città degli scambi. Building the city of exchange*, Fondazione Fiera Milano, Rozzano, Domus, p. 30 (con traduzione in inglese a fronte).

QUADRIO CURZIO A. (2005a), *Intervento*, in *Società e Stato: il principio di sussidiarietà*, a cura di Fondazione San Giacomo e Fondazione per la Sussidiarietà, *Quaderni della Fondazione San Giacomo*, 2004/2005, Varese, pp. 25-30.

QUADRIO CURZIO A. (2005b), *Introduzione. Dall'Europa all'Italia: sussidiarietà e sviluppo*, in *La democrazia. Nuovi scenari. Nuovi poteri*, a cura di F. Garelli e M. Simeone, Atti della 44^a settimana sociale dei cattolici italiani, Bologna, Edizioni Devoniene, pp.191-196.

QUADRIO CURZIO A. – FORTIS M. (2000a) (a cura di), *Il made in Italy oltre il 2000. Innovazione e comunità locali*, Collana della Fondazione Edison, Bologna, Il Mulino.

QUADRIO CURZIO A. – FORTIS M. (2000b) (a cura di), *Le liberalizzazioni e le privatizzazioni dei servizi pubblici locali*, Collana della Fondazione Edison, Bologna, Il Mulino.

QUADRIO CURZIO A. – FORTIS M. (2002) (a cura di), *Complessità e distretti industriali. Dinamiche, modelli e casi reali*, Collana della Fondazione Edison, Bologna, Il Mulino.

QUADRIO CURZIO A. – FORTIS M. (2003), *Sussidiarietà e sviluppo economico*, Quaderno della Fondazione per la Sussidiarietà, n. 1, Milano. Pubblicato anche in *Confronti. Autonomia Lombarda: Le idee, i fatti, le esperienze*, n.1, anno III, gennaio/aprile 2004, pp. 37-44.

QUADRIO CURZIO A. – FORTIS M. (2005), *L'economia italiana tra sviluppo, declino, innovazione*, in *Un "io" per lo sviluppo*, a cura di Fondazione per la Sussidiarietà, Milano, Biblioteca Universale Rizzoli – BUR, pp. 75-142.

IL CONTENZIOSO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE

Concessioni e appalti di servizi tra diritto comunitario e diritto nazionale

di *Daniele Rosato*^(*)

SOMMARIO: 1. La concessione di pubblico servizio. – 2. La nozione di pubblico servizio tra diritto interno e diritto comunitario. – 3. Il Codice dei contratti pubblici. – 4. Peculiarità rispetto alla concessione di lavori. – 5. Gli appalti pubblici di servizi. – 6. Differenze rispetto agli appalti pubblici di lavori e di forniture. I c.d. appalti pubblici misti. – 7. Concessione versus appalto: quali differenze? Il dibattito in dottrina e in giurisprudenza. – 8. Questioni di giurisdizione. – 9. Considerazioni conclusive.

1. La concessione di pubblico servizio

La concessione è stata, dal punto di vista storico, la prima e la più importante forma di gestione dei servizi pubblici (1). La concessione di pubblico servizio, in particolare, è fenomeno che negli anni Novanta ha avuto un considerevole impiego, in quanto l'affidamento in concessione dei servizi pubblici è apparsa una modalità del loro esercizio particolarmente consona allo

^(*) Dottore in giurisprudenza.

(1) Nemmeno l'esperienza della municipalizzazione agli inizi del secolo scorso riuscì a ridimensionare l'utilizzo dello strumento concessorio, tant'è che la stessa legge 29 marzo 1903 stabiliva che un servizio pubblico assunto da un ente locale poteva essere esercitato anche attraverso la figura del concessionario. F. G. COCA (*La concessione come forma di gestione dei servizi pubblici*, in *Le concessioni di servizi*, a cura di F. ROVERSI MONACO, Rimini, 1988) osserva come a partire dall'Unità del Regno attraverso lo strumento concessorio siano state costruite le ferrovie e ne sia stato, contestualmente, gestito l'esercizio; inoltre mediante le concessioni è stata garantita la realizzazione di centrali idroelettriche, la pubblica illuminazione, il trasporto comunale.

spirito contrario all'imputazione all'amministrazione di attività che possono essere organizzate in forma imprenditoriale (2).

La conferma della rilevanza dell'istituto della concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici era, tra l'altro, confermata dalla disciplina risultante dall'art. 22 della legge 8 giugno 1990, n. 142, sull'ordinamento delle autonomie locali, la quale prevedeva tra le forme di gestione dei servizi pubblici locali anche la concessione come modalità fruibile in presenza di presupposti piuttosto elastici quali "ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale".

Attualmente si ritiene che i caratteri distintivi della concessione di pubblico servizio possano essere essenzialmente ricondotti a tre:

1. le caratteristiche dell'attività, idonea ad essere qualificata come servizio pubblico;

2. l'oggetto dell'atto di affidamento, ovvero la gestione dell'attività di servizio pubblico;

3. il rapporto del concessionario con l'utenza.

Sulla base degli indicati elementi, la concessione di pubblico servizio può allora essere definita come quella particolare modalità di gestione di un servizio pubblico mediante la quale un'autorità pubblica affida ad un soggetto, il concessionario, il compito di gestire tale servizio sotto il controllo dell'autorità concedente e nell'ambito della quale il concessionario trova una remunerazione per mezzo dei canoni che egli stesso percepirà direttamente dagli utenti del servizio (3).

Invero, ogni ricostruzione dei caratteri tipici della concessione di pubblico servizio incontra delle difficoltà: quelle che attengono alla precisazione dei tratti di ambedue le nozioni evocate dai termini che tale locuzione compongono.

Per la discussa nozione di concessione basti qui ricordare le oscillazioni tra le ricostruzioni in chiave autoritaria ed unilaterale e quelle in chiave consensuale e convenzionale (4). La nozione di pubblico servizio è stata egualmente oggetto di un vivace dibattito circa i significati da attribuire sia a tale sostantivo, sia a tale sua aggettivazione (5). Alcuni dei nodi problematici che

(2) Cfr. A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, 1994, n. 4 p. 459 ss. L'Autore rileva la scarsa considerazione, qualificata come "non giustificabile", che in quegli anni ha avuto in dottrina l'istituto della concessione di pubblici servizi "oscurato, quasi eclissato, da quello della concessione di costruzione di opere pubbliche: analizzato e dibattuto, per contro, in misura forse eccessiva". Questa necessaria riconsiderazione dell'istituto deve avvenire, secondo Romano, tenendo in rilievo l'incidenza dell'ordinamento comunitario.

(3) Cfr. L. ALLA, *La concessione amministrativa nel diritto comunitario*, Milano, 2005, p. 34; R. CORI, *La concessione di servizi*, in *Giustizia Amministrativa, Rivista di diritto pubblico*, 2007, consultabile sul sito www.giustamm.it.

(4) Nella scienza giuridica italiana la concessione ha rappresentato, sin dall'inizio della ricostruzione dogmatica dell'istituto, "il punto di crisi della nozione di imperatività e, con essa, di quella di provvedimento amministrativo", D. SORACE e C. MARZUOLI, *Concessioni*

si rintracciano nell'analisi della concessione di pubblico servizio derivano infatti dalla difficoltà di focalizzare con sufficiente precisione il significato che la dibattuta nozione di pubblico servizio assume nel nostro ordinamento (6).

amministrative, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. III, Torino, 1989, p. 290. La dottrina si è a lungo interrogata sulla natura giuridica dell'atto concessorio: si citano, tra gli altri, U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1900, IV, p. 369 ss.; G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo* a cura di V. E. ORLANDO, vol. II, Milano, 1935; V. CAIANELLO, *Concessioni (diritto amministrativo)*, in *Nov. Dig. It.*, vol. II, 1980; M. D'ALBERTI, *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VII, 1988; F. PELLIZZER, *Le concessioni di opera pubblica. Caratteri e principi di regime giuridico*, Padova, 1990; M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981; N. BONTEMPO, *L'istituto della concessione nell'ambito dei sistemi di esecuzione delle opere pubbliche*, in *Riv. trim. appalti*, 1995, p. 267 ss.; G. PERICU, *Il rapporto di concessione di pubblico servizio*, in *La concessione di pubblico servizio*, a cura di G. PERICU, A. ROMANO e V. SPAGNUOLO VIGORITA, Milano, 1995.

(5) Cfr. A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, op. cit., p. 462 ss. L'Autore dà conto della complessità del tema attinente la definizione della nozione di concessione e di quella di pubblico servizio, ritenendo "velleitario pretendere di dare un conto soddisfacente di una letteratura quanto mai vasta e controversa. L'analisi della nozione di servizio pubblico richiederebbe da sola un intero convegno; alla sua conclusione ci ritroveremmo sì più ricchi di idee, ma non necessariamente di idee più chiare o più pacificamente condivise". Conseguentemente l'Autore ritiene necessaria l'adozione di un approccio più empirico al tema, prendendo in considerazione alcune attività che ragionevolmente possono essere qualificate come pubblici servizi.

(6) Sulle problematiche connesse all'individuazione della nozione di pubblico servizio, F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914; A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, (a cura di) V. E. ORLANDO, 1930, vol. VI, p. 379 ss.; R. ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, Milano, 1956; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1959; V. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1960; U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964; F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990; S. CATTANEO, (voce) *Servizi pubblici*, in *Enciclopedia del diritto*, XLII, 1990; M. S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, p. 537 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli, 1993; A. PAJNO, *Servizi pubblici e tutela giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 553 ss.; V. PARISIO, *Servizi pubblici e Monopoli*, in E. PICOZZA, *Dizionario di diritto pubblico dell'economia* (a cura di) Rimini, 1997; G. AMATO e A. BARBERA, *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1997, p. 7 ss.; B. MAMELI, *Servizio pubblico e concessione*, Milano, 1998; R. VILLATA, *Servizi pubblici*, Milano, 1999; N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999; S. CASSESE, *Dalla vecchia alla nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Studi in onore di F. Capotorti*, Milano, 1999; L. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei servizi pubblici*, Padova, 2001; R. VILLATA, *Pubblici servizi: discussioni e problemi*, Milano, 2001; D. SORACE, *I servizi pubblici*, in *Amministrare*, XXXI, n. 3 del 2001; R. GIOVAGNOLI, *Il contenzioso in materia di servizi pubblici. Dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*, Milano, 2004, p. 108 ss.; M. CLARICH e L. ZANETTINI, *Servizi pubblici*, in *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, a cura di G. CORSO e V. LOPILATO, Milano, 2006. Tra le varie problematiche, si pensi solamente all'influenza che ha avuto sulla qualificazione dell'istituto concessorio l'accoglimento da parte della dottrina della concessione in senso oggettivo della nozione di pubblico servizio in luogo di quella in senso soggettivo. Infatti, dinanzi ad una nozione in senso soggettivo era concepibile la ricostruzione della concessione di pubblico servizio come un provvedimento in base al quale l'ente costi-

Il tema è stato oggetto di diverse interpretazioni in dottrina, favorite anche dall'assenza di una espressa definizione normativa (7). Il dibattito è

tuiva o trasferiva in capo a terzi diritti di sua esclusiva spettanza. Il passaggio ad una concessione in senso oggettivo ha generato, invece, un diverso modo di concepire la concessione. Ad esempio M. S. GIANNINI (*Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995, p. 148 ss.) ha individuato l'atto concessorio come il mezzo che permette di coniugare l'interesse pubblico relativo al servizio con la gestione imprenditoriale. Giannini, dunque, concepiva la concessione come una "formula organizzatoria", nella quale si assiste ad una scissione tra la titolarità dell'attività, che rimane in capo all'amministrazione pubblica, e l'esercizio della stessa che si trasferisce in capo al concessionario; "nella sua sostanza la concessione di pubblico servizio è una versione pubblicistica del rapporto di appalto o di agenzia, propri del diritto privato. E difatti negli ordinamenti anglo-americani, ignorandosi un diritto amministrativo, si hanno contratti di appalto e di agenzia nei quali, assai semplicemente, nel quadro dell'autonomia privata, vengono riconosciuti al committente particolari poteri di direzione (ossia vi è una variante dei due modelli contrattuali con accentuazione dei diritti potestativi da parte della pubblica amministrazione). Nei nostri ordinamenti, invece, dal tempo della Rivoluzione francese, la dominante costituita dal sospetto incumbente su ogni governante di cosa pubblica ha trasformato in rapporto pubblicistico quelli che erano rapporti privatistici, e ne è nata la concessione di servizio pubblico". L'analisi diretta ad individuare una plausibile nozione di servizio pubblico non è stata svolta esclusivamente dalla scienza giuridica: M. A. STEFANELLI (*La tutela dell'utente di pubblici servizi*, Padova, 1994, p. 80) indica gli sforzi in tal senso operati dalla dottrina economica, la quale ha qualificato il servizio pubblico come "quella attività di impresa che opera quasi sempre in posizione monopolistica per assicurare beni e servizi aventi natura di essenzialità e che è sottoposta ad una regolamentazione pubblica finalizzata ad assicurare che l'attività medesima funzioni nell'interesse pubblico. In questo quadro, quindi, definire cosa costituisca interesse pubblico o la natura di bene essenziale è opinione personale e politica con la conseguenza che il tipo di impresa soggetta alla regolamentazione pubblica varia non soltanto nel tempo, ma anche da un Paese all'altro". Nell'ambito della dottrina economica, S. LOMBARDINI (*Piano economico ed impresa pubblica*, Torino, 1963) ha definito il servizio pubblico "quel servizio la cui produzione deve essere decisa essenzialmente in relazione alle esigenze della società valutate indipendentemente dalla corrente domanda di mercato". Circa la genesi della nozione di servizio pubblico, P. CIRIELLO (*Servizi pubblici*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1992) rileva come "l'espressione servizio pubblico risulta mutuata dal campo della scienza economica e finanziaria, dove è stata definita – in passato – come comprensiva di ogni attività di un ente pubblico qualificata dai seguenti tre elementi: il consumo generale, la necessità assoluta o relativa della produzione governativa, la ripartizione del costo sulla collettività intera". La dottrina francese generalmente ritiene che costituisca servizio pubblico l'attività che: soddisfa un bisogno di interesse generale; è svolta da un soggetto pubblico; è sottoposta ad un regime giuridico derogatorio rispetto a quello privatistico di produzione dei servizi. Sulla nozione di servizio pubblico elaborata dalla dottrina francese, A. S. MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics*, Parigi, 1991.

(7) Sull'assenza di una espressa nozione di pubblico servizio nella normazione di rango legislativo, per la giurisprudenza, T.A.R. Lombardia, Brescia, sentenza 27 giugno 2005, n. 673. Per la dottrina, B. RAGANELLI, *Concessioni di lavori e servizi*, in *I contratti della pubblica amministrazione*, in P. RESCIGNO e E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato dei contratti*, Torino, p. 985 ss. L. ALLA (*La concessione amministrativa nel diritto comunitario*, op. cit. p. 39) segnala come "sebbene la locuzione servizio pubblico sia stata molte volte utilizzata nella legislazione, questa non ne abbia mai fornito una definizione sostanziale". L'Autore individua questa circostanza come la causa dello "straordinario interesse da parte della dottrina". Secondo C. SAN MAURO, *Il servizio pubblico locale: strumenti, organizzazione*,

stato a lungo caratterizzato dalla contrapposizione tra la costruzione di servizio pubblico in senso oggettivo ed in senso soggettivo.

La concezione originariamente prevalente sostanzialmente individuava un servizio pubblico in ogni attività esercitata da un pubblico potere in via non autoritativa. Seguendo questo indirizzo la titolarità dell'attività ricadeva in capo all'amministrazione, mentre la gestione poteva essere concessa al privato (c.d. teoria soggettiva) (8).

Il modello economico tracciato dalla Carta repubblicana rappresenta il quadro concettuale in cui è avvenuto il passaggio dalla concezione soggettiva a quella oggettiva di servizio pubblico (9). L'entrata in vigore della Costituzione, infatti, ha posto le premesse per un'impostazione diversa, che comprende nella nozione di servizio pubblico qualunque prestazione di interesse collettivo, svolta da qualsiasi soggetto, sottoposta al controllo ed alla direzione pubblica (c.d. teoria oggettiva) (10). Ciò che conta alla luce di questo indirizzo è la natura del servizio, indipendentemente dal soggetto che ne assume la gestione.

Questa diversa nozione di servizio pubblico trae spunto dal dettato costituzionale, ed in particolare dalla disposizione di cui all'art. 43, la quale, lungi dal fornire una nozione di servizio pubblico, indica dei criteri innovativi per la ricostruzione della figura. La previsione costituzionale, infatti, lascia aperta la possibilità che i "servizi pubblici essenziali" siano gestiti da imprese

gestione, Milano, 2003, l'attenzione della dottrina è dovuta specialmente all'esigenza di evitare che l'indeterminatezza del concetto di servizio pubblico possa determinare l'elaborazione di una nozione di servizio pubblico dal contenuto indeterminato e dagli effetti imprevedibili. Invero, sono presenti nel nostro ordinamento alcuni riferimenti normativi, ma essi risultano settoriali, risultando così difficile trarre una nozione chiara ed univoca di servizio pubblico: l'art. 112 D.Lgs. n. 267/2000 (Testo Unico degli Enti Locali) sui servizi pubblici locali; l'art. 1, co. 2, della legge n. 146/1990 sul diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali; l'art. 358, co. 2, del codice penale sull'incaricato di pubblico servizio.

(8) Cfr. M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, op. cit., p. 141, dove il Maestro segnala che fino alla fine del XIX secolo "il pubblico servizio era ogni attività di un pubblico potere che non avesse una forma autoritativa: quindi erano servizi pubblici quelli della pubblica istruzione, delle poste, delle ferrovie, ma non la polizia, le forze armate, la diplomazia. Le altre attività dei pubblici poteri erano invece dette pubbliche funzioni". P. CIRIELLO (*Servizi pubblici*, op. cit., p. 3) evidenzia come tale impostazione risentiva profondamente delle concezioni dell'epoca che "riferivano il concetto di pubblico al concetto di Stato".

(9) Il riferimento è, *in primis*, agli artt. 41 e 43 della Carta Costituzionale. In tal senso, B. MAMELI (*Servizio pubblico e concessione. L'influenza del mercato unico sui regimi protezionistici e regolamentati*, Milano, 1998) ritiene che "il definitivo superamento della concezione soggettiva è dovuto agli articoli 41 e 43 della Costituzione che costituiscono il quadro essenziale entro cui si sviluppa la nozione oggettiva di pubblico servizio".

(10) L'elaborazione della teoria oggettiva deve essere attribuita a U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, op. cit. L'Autore, partendo in particolare dall'art. 41, terzo comma, della Carta Costituzionale elabora una nozione di servizio pubblico avente come presupposti l'esercizio di un'attività economica diretta a fini sociali, la determinazione del programma, la fissazione dei controlli e dei poteri di coordinamento.

non ancora riservate e non trasferite in mano pubblica, in tal modo dimostrando che i servizi pubblici preesistono alla scelta della pubblica amministrazione di assumerne la titolarità.

Anche la nozione oggettiva di servizio pubblico, tuttavia, non è rimasta esente da critiche. In particolare, è stato osservato come tale nozione non risulti in grado di precisare accuratamente quali caratteristiche debba presentare una determinata attività perché possa essere ricondotta nell'ambito della categoria dei servizi pubblici (11).

Proprio il riscontro dell'inadeguatezza, tanto della concezione soggettiva, quanto di quella oggettiva, di individuare una nozione di servizio pubblico in grado di fornire indicazioni sufficientemente puntuali ha suggerito e stimolato la dottrina a cercare di superare questa contrapposizione.

A parere di chi scrive l'impostazione preferibile è quella che individua nel servizio pubblico un'attività economica (produzione di beni e servizi) svolta per il soddisfacimento degli interessi della collettività con modalità e con finalità diverse da quelle tipiche del mercato.

Questa definizione consente infatti di circoscrivere il concetto di servizio pubblico e di individuarne gli elementi che lo differenziano rispetto alle altre attività della pubblica amministrazione (12). In particolare, la dimensione economica, evidenziata dalla suggerita definizione, permette di escludere dalla nozione di servizio pubblico quell'attività amministrativa, anch'essa non autoritativa, ma avente carattere sociale (13).

(11) Cfr. P. CIRIELLO, *Servizi pubblici*, op. cit., p. 4, il quale ritiene che sotto questo profilo la teoria oggettiva risulta meno convincente.

(12) Cfr. L. ALLA, *La concessione amministrativa nel diritto comunitario*, op. cit., p. 49.

(13) Il riferimento è, in particolare, a quelle attività che hanno uno scopo meramente sociale, non prevedendo l'erogazione di alcun corrispettivo da parte dell'utenza. Cfr. G. DI GASPARÈ, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Padova, 2001, p. 1. C. SAN MAURO (*Servizio pubblico locale: strumenti, organizzazione, gestione*, op. cit.) rileva come generalmente i servizi pubblici vengono distinti in due categorie: servizi pubblici *tout court* e servizi sociali. L'Autore sostiene che "questa presunta distinzione (*omissis*) appare in realtà fittizia, nel senso che il servizio pubblico deve essere considerato in maniera unitaria in ragione sia dei destinatari dei servizi medesimi (l'intera collettività dei cittadini) sia dell'imputabilità e titolarità del servizio che spetta sempre all'amministrazione pubblica". Tuttavia San Mauro rileva anche degli elementi di differenziazione tra le due figure, in quanto nel servizio pubblico *tout court* la tariffa richiesta all'utente del servizio deve essere intesa come controprestazione, laddove nel servizio sociale la partecipazione di carattere economico richiesta all'utente ha carattere meramente eventuale e spesso simbolico. Sulla distinzione, accolta in dottrina, tra la nozione di servizio pubblico e di funzione amministrativa, G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, in L. MAZZAROLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. A. ROVERSI MONACO (a cura di) *Diritto amministrativo*, Bologna 1998, p. 925 ss. L'Autore osserva come in dottrina siano stati elaborati indirizzi tendenti ad includere "nel concetto di servizio pubblico anche l'esplicazione di funzioni amministrative per eccellenza, o viceversa al concetto di funzione anche la prestazione di servizi pubblici". Secondo l'Autore, al contrario, non è corretto "ricondurre tutta l'attività amministrativa sotto il concetto di servizio pubblico, così come viceversa non appare corretto stemperare il concetto di funzione amministrativa fino a ricomprendervi anche le attività che non si esauriscono nell'esercizio di un

2. La nozione di pubblico servizio tra diritto interno e comunitario

In Italia, come ricordato nel paragrafo precedente, la dottrina è stata molto combattuta nell'individuare la qualificazione di servizio pubblico, dividendosi in particolare tra la concezione soggettiva ed oggettiva dello stesso. Tutte le definizioni fornite, comunque, fanno essenzialmente riferimento ad attività che presentano una indubbia attinenza ad interessi pubblici (14).

Il diritto comunitario, al contrario, parte da una concezione di servizio "agli antipodi di quella del diritto amministrativo nazionale" (15). In particolare, l'art. 50 del Trattato CE dispone che: "Ai sensi del presente Trattato, sono considerate come servizi le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone. I servizi comprendono in particolare: a) attività di carattere industriale; b) attività di carattere commerciale; c) attività artigiane; d) le attività delle libere professioni".

Nell'ordinamento comunitario si ha, dunque, una concezione di servizio strettamente legata all'autonomia privata (attività economica prestata normalmente dietro retribuzione) e non all'interesse pubblico (16).

potere amministrativo". Caia, più precisamente, ritiene che per funzione pubblica debba intendersi l'attività che si estrinseca nell'esercizio del potere amministrativo, e che "la nozione di pubblico servizio è qualificata dal momento organizzatorio, il quale ne caratterizza la predisposizione e l'esplicazione, ma non identifica invece un tipo a sé stante di attività da contrapporre alla funzione pubblica estricantesi nell'esercizio del potere amministrativo". Quindi, alla luce di questa ricostruzione, la distinzione non riguarderebbe due tipi di attività, bensì due momenti diversi dell'attività posta in essere dalla pubblica amministrazione.

(14) E. PICOZZA (*Introduzione al diritto amministrativo*, Padova, 2006, p. 300) avalla la tesi secondo cui "la nozione di servizio pubblico è stata oggetto di una pluriquificazione giuridica (...) segno che la medesima non ha omogeneità dogmatica, ma può essere colta solo attraverso un'analisi storico-politica".

(15) Cfr. E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 2004, p. 286 ss. L'Autore effettua una brillante trattazione della concezione comunitaria di pubblico servizio e delle implicazioni che l'adattamento del diritto amministrativo interno al diritto comunitario comporta, indicando le principali trasformazioni del modello tradizionale. La cognizione da parte della Commissione europea della circostanza che negli Stati membri in tema di servizi d'interesse generale si utilizzano termini e definizioni diverse, risultato di una differente evoluzione sul piano storico, culturale, economico e politico è alla base dell'intervento dell'organo comunitario diretto a fornire una maggiore chiarezza e, quindi, ad evitare interpretazioni errate (Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 12 maggio 2004, intitolata «Libro bianco sui servizi d'interesse generale»). In tale documento è rinvenibile la definizione di servizio di interesse generale, di servizio di interesse economico generale e di servizio pubblico: tuttavia quest'ultimo riceve una nozione sostanzialmente residuale rispetto alle altre due figure, indicando meramente che "ha contorni meno netti può avere significati diversi pertanto questo termine non è utilizzato nel Libro bianco" (par. 41).

(16) Secondo G. M. RACCA, *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, 1994, n. 2, p. 204, "la nozione giuridica di "servizio" nell'ordinamento comunitario appare più ampia di quella del nostro ordinamento, e può ricondursi ad ogni attività che consiste in un *facere* retribuito". L'Autrice giustifica l'ampiezza di tale nozione "in ragione della scelta di attrarre alla disciplina che impone la concorrenza le attività che interessano imprese di Stati membri differenti".

La disposizione che riguarda i servizi pubblici (art. 86 Trattato CE), riconosce la potestà degli Stati membri di conferire un servizio in esclusiva ad imprese pubbliche o private (1° comma), ma gli atti che conferiscono tale servizio non debbono impedire l'applicazione delle regole di concorrenza risultanti dal Trattato.

In ambito comunitario, dunque, mentre le concessioni di servizi si ispirano alla nozione generale di servizio di cui all'art. 50, le concessioni di pubblico servizio debbono essere correttamente inquadrare nel concetto di servizi di interesse economico generale che risulta dall'art. 86 del Trattato (17). Ne consegue che queste ultime godano in una certa misura del c.d. "privilegio della identità nazionale". Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale sono tenute al rispetto delle norme del Trattato, incluse quelle sulla concorrenza, "*nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento in linea di fatto e di diritto della specifica missione loro affidata*" (art. 86 Tr. CE). Ne consegue che le deroghe al meccanismo concorrenziale non sono legittime ex se, ma nella misura in cui esse risultino necessarie e proporzionate rispetto al soddisfacimento dell'interesse per cui la riserva è stata concessa (18).

Tali deroghe si giustificano in relazione all'esigenza di garantire quella "coesione sociale e territoriale" affermata ad Amsterdam e comportano il riconoscimento in capo alle amministrazioni nazionali di una buona dose di discrezionalità nello scegliere le modalità di organizzazione e di gestione dei servizi pubblici, ferma comunque l'osservanza dei principi comunitari (19).

(17) In termini simili, A. PAPPALARDO, *Commento all'art. 90, in Trattato istitutivo della Comunità economica europea, Commentario*, diretto da R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI, Milano, 1965, vol. I, p. 692 ss. L'Autore ritiene la categoria dei servizi nel diritto comunitario per taluni aspetti più ristretta e per altri più ampia rispetto a quella dei servizi pubblici, riconducibili approssimativamente alla nozione di servizi d'interesse economico generale di cui all'art. 86 del Trattato. Si richiama anche G. MONTEDORO, *La disciplina delle concessioni nella nuova direttiva – quadro in attesa della disciplina compiuta del partenariato pubblico privato*, consultabile sul sito www.giustamm.it, il quale ritiene che i servizi di interesse economico generale di matrice comunitaria corrispondano esattamente alla nozione di pubblico servizio: "la Comunità, che però rinuncia alla parola pubblico servizio, preferisce usare la parola servizio di interesse economico generale, forse per non fare offendere gli anglofobi, senz'altro perché "servizio pubblico", "*service public*" è termine di derivazione francese non accolto dal trattato che usa altro termine, quello, appunto, di nuovo conio, di servizio di interesse economico generale".

(18) Cfr. M. CLARICH E L. ZANETTINI, *Servizi pubblici*, op. cit., p. 15. Gli Autori individuano questa circostanza come "la base per una «conformazione del potere di conformazione» e per il progressivo smantellamento dei privilegi, legali e finanziari, di cui le imprese pubbliche avevano fino ad allora beneficiato" e per "la ritirata dello Stato gestore che cede il passo allo Stato regolatore, il quale anziché dirigere e gestire attività economiche che presentano rilevanza pubblica, si limita a porre le regole del gioco, lasciando in larga misura che siano i privati a giocare".

(19) Sia il giudice comunitario (Corte di Giustizia, sentenza 7 dicembre 2000, causa 324/98 *Teleaustria*) che la Commissione europea (Comunicazione interpretativa sulle con-

Delineato il quadro risultante dal diritto comunitario nel quale la tematica del servizio pubblico è inserita, risulta opportuno interrogarsi sulle principali trasformazioni che l'adattamento del diritto nazionale al diritto comunitario impone.

L'attribuzione di una concessione secondo la logica comunitaria non rappresenta l'esercizio di funzioni essenzialmente autoritative, bensì dà origine ad un vero e proprio contratto di diritto pubblico contenente gli obblighi del pubblico servizio: le parti sono titolari di diritti e di doveri sinallagmatici, e non di potestà pubblicistiche e di diritti soggettivi condizionati all'interesse pubblico (20). La funzione collegata al servizio pubblico, dunque, non è più un potere, bensì un obbligo: "rovesciandosi l'impostazione tradizionale, è la funzione amministrativa ad essere strumentale alla prestazione del servizio, in quanto rappresenta il modo per organizzarlo efficientemente" (21).

La Corte di Giustizia ha accolto il concetto negoziale della concessione di pubblico servizio nella importante sentenza *Teleaustria* (22) e tale orien-

cessioni nel diritto comunitario, 2000) hanno affermato l'applicabilità dei principi generali del diritto comunitario anche in materia di concessioni di pubblici servizi. In dottrina, E. PALMIERI, *La scelta del concessionario nella concessione di pubblici servizi: evidenza pubblica o discrezionalità?*, in *Riv. trim. app.*, 1988, p. 1044 ss.; F. GIGLIONI, *Osservazioni sull'evoluzione della nozione di "servizio pubblico"*, in *Foro amm.*, 1998, p. 2282 ss.; R. CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno ed ordinamento europeo*, in *Dir. amm.*, 2000, p. 60 ss. È intervenuta sull'argomento l'Autorità garante per la concorrenza e il mercato, segnalazione 28 ottobre 1998, "Misure di revisione e sostituzione di concessioni amministrative, in *Boll.*, 2 novembre 1998, n. 42. Per un commento, G. LOMBARDO, *Il rapporto sulle concessioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, p. 587 ss.

(20) Per una prima, limpida conferma di tale concezione, si veda il Regolamento del Consiglio n. 1893/1991, relativo all'azione degli Stati membri in materia di obblighi inerenti al servizio pubblico reso nel settore dei trasporti per ferrovia, su strada e per via navigabile. Ci si riferisce in particolare alla sezione V del citato Regolamento significativamente intitolata "Contratti di servizio pubblico". In particolare, l'art. 14 stabilisce: "Per contratto di servizio pubblico s'intende un contratto concluso tra le autorità competenti di uno Stato membro e un'impresa di trasporto allo scopo di fornire alla collettività servizi di trasporto sufficienti (...) Il contratto di servizio pubblico deve comprendere: a) le caratteristiche dei servizi offerti, segnatamente le norme di continuità, regolarità, capacità e qualità; b) il prezzo delle prestazioni che formano oggetto del contratto, che si aggiungono alle entrate tariffarie o comprende dette entrate, come pure le modalità delle relazioni finanziarie tra le parti; c) le norme relative alle clausole addizionali e alle modifiche del contratto, segnatamente per tenere conto dei mutamenti imprevedibili; d) il periodo di validità del contratto; e) le sanzioni in caso di mancata osservanza del contratto".

(21) Cfr. E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, op. cit., p. 292. L'Autore sottolinea che in tal modo la concessione di pubblico servizio risulta "un provvedimento organizzativo, nell'interesse pubblico, cui corrisponde un interesse generale della Comunità e non nell'interesse pubblico settoriale istituzionalmente attribuito all'amministrazione che deve normativamente organizzare tale servizio".

(22) Cfr. Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza 7 dicembre 2000, causa 324/98. Il concetto negoziale di concessione di pubblico servizio in realtà era già presente nella proposta di direttiva sugli appalti pubblici di servizi, ma è stato successivamente espunto dal testo prima della definitiva entrata in vigore.

tamento pretorio è stato accolto dal legislatore comunitario. Infatti, le nuove direttive in tema di appalti sembrano chiarire definitivamente la matrice esclusivamente contrattuale dell'istituto concessorio e l'esclusione di qualsiasi contaminazione con elementi attinenti a prerogative di autoritatività (23). L'istituto è definito come “*un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi, o in tale diritto accompagnato da un prezzo*” (24).

3. Il Codice dei contratti pubblici

Con il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (25)) la Repubblica italiana ha recepito le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, che costituiscono il c. d. “nuovo diritto europeo degli appalti” (26).

L'articolo 3 del Codice è completamente dedicato alle definizioni dei principali termini e istituti giuridici utilizzati nel Codice stesso. È, questa, una tecnica di normazione che il legislatore italiano ha utilizzato più volte

(23) Il riferimento è alla direttiva 2004/17/CE, relativa agli appalti degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto e di tipo postale (c.d. settori esclusi) e alla direttiva 2004/18/CE, relativa agli appalti c.d. “classici”: lavori, servizi e forniture, entrambe pubblicate sulla GUCE del 30 aprile 2004. G. VERDE (*La concessione di costruzione e gestione di lavori pubblici, il project financing e l'affidamento a contraente generale nella normativa vigente*, consultabile sul sito www.diritto.it) considera queste direttive una “tappa ineludibile nel processo di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e di servizi”.

(24) Cfr. art. 1, 4° comma della direttiva 2004/18/CE e art. 1, 3° comma, lettera b) della direttiva 2004/17/CE.

(25) Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163, “Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE”, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 100 del 2 maggio 2006 – Supplemento Ordinario n. 107. Questo codice viene anche definito “Codice degli appalti” o anche “Codice De Lise”. Per un commento al Codice dei contratti pubblici, M. SANINO, *Commento al codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture*, Torino, 2006; M. GIOVANNELLI e L. MASI, *Il Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Principi e disposizioni comuni*, in *Urb. e app.*, 2006, n. 7, p. 749 ss.; C. GIURDANELLA, *Il Codice dei Contratti Pubblici, Commento al Codice De Lise*, II ed., Napoli, 2007; V. BIAGIETTI, *Commento al codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Torino, 2007; AA. VV., *La disciplina dei contratti pubblici. Commentario al codice appalti*, (a cura di) M. BALDI, R. TOMEI, Milano, 2007; R. MANGANI, F. MARZARI E D. SPINELLI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Milano, 2007.

(26) Cfr. M. PROTTO, *Il nuovo diritto europeo degli appalti*, in *Urb. e App.*, 2004, 7, p. 755 ss. Per un commento alle direttive 17 e 18 si vedano anche U. REALFONZO, *Le procedure di gara rivisitate dalla nuova direttiva comunitaria 2004/18*, in *Nuova rass.*, 2004, p. 1743 ss.; G. MARCHIANÒ, *Prime osservazioni in merito alle direttive di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. Direttive n. 17 e 18/2004 del 31 marzo*, in *Riv. trim. app.*, 2004, p. 854 ss.; W. FERRANTE, *La direttiva 2004/18/CE e la giurisprudenza comunitaria in materia di appalti e concessioni*, in *Rass. Avv. Stato*, 2005, n. 3, p. 68 ss.; A. BOTTO, *Il recepimento della direttiva 2004/18/CE relativa al coordinamento delle pro-*

negli ultimi anni (Codice della privacy, Codice del consumo, ecc.) riprendendo una tecnica propria del diritto comunitario (27).

La definizione della concessione di servizi fornita dal Codice riprende quella comunitaria contenuta nella direttiva 2004/18/CE: “*un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo*” (art. 3, co. 12). Il legislatore, dunque, nell’ambito del dibattito sulla natura giuridica della concessione, ha respinto l’orientamento che postulava la concessione come provvedimento amministrativo chiarendo la natura contrattuale dell’istituto.

A sostegno di questa lettura si richiama anche il comma 3 dello stesso articolo, il quale definisce ‘contratti pubblici’ quei “*contratti di appalto o di concessione aventi per oggetto l’acquisizione di servizi, o di forniture, ovvero l’esecuzione di opere o lavori, posti in essere dalle stazioni appaltanti, dagli enti aggiudicatori, dai soggetti aggiudicatori*”.

Questa circostanza non può essere ricollegata ad una mera disattenzione del legislatore delegato, ma probabilmente non risulta appagante nemmeno ricondurla semplicemente ad una maturata sensibilità legislativa sulla realtà che i contratti pubblici comprendono sia gli appalti, ma altresì le concessioni. Questo episodio dimostra invece la convinzione del legislatore che gli strumenti negoziali debbano essere utilizzati dalla pubblica amministrazione nel perseguimento dell’interesse pubblico, tesi, questa, avvalorata anche dalle modifiche apportate dal legislatore del 2005 alla legge 241/90 (28).

cedure di aggiudicazione degli appalti di lavori, di forniture e di servizi, in *App. urb. ed.*, 2005, n. 5, p. 269 ss.; G. MESSINA, *Le nuove direttive comunitarie in materia di appalti pubblici*, in *Dir. comm. intern.*, 2005, n. 1, p. 97 ss.; L. GERMANI, *Le innovazioni della direttiva 2004/17/CE*, in *Urb. e app.*, 2006, n. 3, p. 264 ss.; R. NANIA, *Concorrenza e nuove forme di aggiudicazione di cui alla direttiva n. 18 del 2004*, in *App. urb. ed.*, 2006, n. 1, p. 3 ss.

(27) Si vedano, ad esempio, l’art. 1 della direttiva 17/2004 e l’art. 1 della direttiva 18/2004.

(28) Legge 7 agosto 1990, n. 241, nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi, come modificata dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15 (in G.U. n. 42 del 21 febbraio 2005), dal d. l. 14 marzo 2005, n. 35, dalla legge 14 maggio 2005, n. 80. Il riferimento è alle modifiche apportate all’art. 11, in base alle quali gli accordi sostitutivi del provvedimento amministrativo sono divenuti una fattispecie “atipica”, in quanto sono sempre ammessi, anche al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, purché non violino il principio di legalità, e all’introduzione dell’articolo 1 bis, il cui testo prevede 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*”. Per un commento, V. ITALIA, *Commento all’articolo 1, comma 1 bis*, in AA. VV., *L’azione amministrativa. Commento alla l. 7 agosto 1990, n. 241, modificata dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15 e dal d. l. 14 marzo 2005, n. 35* (coordinato da V. ITALIA), Milano, 2005, p. 76 ss.; T. TESSARO, *Il nuovo procedimento amministrativo: commentario coordinato della legge 241/90 riformata dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15 e dalla legge 14 maggio 2005, n. 80*, Rimini, 2005; F. MERUSI, *Il diritto privato della pubbli-*

Secondo alcuni Autori il legislatore delegato, nel definire la concessione di servizi in maniera conforme al diritto comunitario derivato, avrebbe disciplinato un istituto non del tutto coincidente con la tradizionale figura di ‘concessione di pubblico servizio’ elaborata dalla dottrina (29). Si ricorderà quanto indicato circa i caratteri distintivi della concessione di pubblico servizio. Secondo una parte della dottrina per concessione di servizi, invece, ci si riferisce a quel particolare rapporto tra concedente e concessionario nel quale il servizio viene reso direttamente a favore della pubblica amministrazione concedente. Concessione di pubblico servizio e concessione di servizi, secondo questa lettura, sarebbero dunque due istituti diversi, in quanto l’oggetto del primo consisterebbe nello svolgere un’attività qualificabile come servizio pubblico, mentre l’oggetto del secondo sarebbe un servizio rivolto alla pubblica amministrazione (30).

La disciplina della concessione di servizi è dettata nell’art. 30 del Codice. In maniera analoga a quanto previsto dalla direttiva 2004/18/CE, il comma 1 specifica che le norme del Codice non si applicano alle concessioni di servizi, salvo, appunto, le disposizioni contenute in questo articolo.

Il carattere distintivo della concessione di servizi è indicato nel comma 2, laddove viene posto l’accento sulla circostanza che la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio, mentre viene considera-

ca amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano, in *Dir. amm.*, 2004, p. 651 ss.; B. G. MATTARELLA, *Le dieci ambiguità della legge n. 15 del 2005*, in *Giornale dir. amm.*, 2005, p. 829 ss.; F. CARINGELLA, D. DE CAROLIS E G. DE MARZO, *Le nuove regole dell’azione amministrativa dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, Tomo II, 2005. Secondo G. NAPOLITANO (*L’attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, p. 481) il nuovo art. 1, co. 1 *bis*, comporta un ingresso del diritto privato nel cuore della disciplina dell’azione amministrativa. Questa tesi è ripresa da D. DE PETRIS (*L’attività contrattuale della p. a. e l’art. 1, comma 1-bis, della legge 241/1990: l’attività non autoritativa secondo le regole del diritto privato e il principio di specialità*, consultabile sul sito www.giustamm.it, n. 11, 2006) la quale ritiene che tale articolo “codifica e formalizza in via generale l’uso del diritto privato da parte della pubblica amministrazione”.

(29) Cfr. C. CONTESSA, *Le concessioni di lavori e di servizi fra tradizione nazionale ed impulsi comunitari: le novità del Codice De Lise*, consultabile sul sito www.giustamm.it, n. 11, 2006; G. MARCHEGIANI, *Alcune considerazioni in merito al c.d. “Partenariato pubblico-privato (PPP)”*, consultabile sul sito www.giustamm.it, pubblicato nel 2006.

(30) Cfr. R. CORI, *La concessione di servizi*, op. cit., p. 2. L’A. sottolinea peraltro come siano numerose le ipotesi in cui appare difficile differenziare i servizi rivolti alla pubblica amministrazione dai servizi rivolti alla collettività e pone come esempio di concessione di servizi “la concessione di committenza, consistente nell’affidare ad un soggetto privato tutte quelle attività organizzative ed amministrative di competenza del committente che sono finalizzate alla realizzazione di un’opera o di un programma di opere”. Sull’istituto delle centrali di committenza, introdotto dalle direttive comunitarie 17 e 18 del 2004 e recepito con il Codice (art. 33), e, in particolare, sulla questione circa la configurazione di un contratto di appalto o di una concessione, D. PETTINATO, *Affidamento alle centrali di committenza: appalto o concessione? La direttiva 2004/18/CE torna a legittimare la concessione di committenza nei lavori pubblici*, consultabile sul sito ambientediritto.it, dottrina, 2004.

ta come meramente eventuale la fissazione di un prezzo in sede di gara da parte del soggetto concedente. Tale possibilità, infatti, è subordinata a precise condizioni: garantire da parte del concessionario la fissazione di un prezzo “sociale”, che non permette al gestore di percepire un’adeguata remunerazione dall’attività svolta; assicurare al concessionario il raggiungimento dell’equilibrio economico-finanziario.

In generale, la circostanza che in capo all’amministrazione gravi una parte dei costi della gestione del servizio non modifica dunque la natura del contratto di concessione; tuttavia tale situazione non deve confluire nell’accollo in capo al soggetto pubblico della maggior parte del rischio della gestione o *a fortiori* nell’eliminazione del rischio in capo al concessionario, dovendosi ravvisare, in questo caso, la presenza di un appalto di servizi, e non di una concessione.

Per quanto concerne la disciplina il Codice, consacrando a livello legislativo una tesi già propugnata da tempo in sede comunitaria (31), sancisce che la scelta del concessionario debba avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici, richiamando esplicitamente quello di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità.

Ma il legislatore non si è limitato a richiedere una procedura di affidamento rispettosa dei principi indicati, disponendo altresì delle modalità ben precise circa il procedimento che conduce alla scelta del concessionario. Infatti, ha previsto che la selezione avvenga previa gara informale alla quale siano invitati almeno cinque concorrenti (se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all’oggetto della concessione) e previa determinazione dei criteri selettivi (art. 30, co. 3). Trattasi, è bene notare, di previsione aggiuntiva rispetto alla disciplina comunitaria.

Il Codice detta, dunque, una procedura specifica per il rilascio delle concessioni, facendo però salve le procedure maggiormente garantiste del principio della libera concorrenza previste da normative speciali (art. 30, co. 4). È il caso, ad esempio, della disciplina prevista per l’aggiudicazione della gestione del servizio idrico integrato (32) o di quella stabilita per l’affidamento di servizi di trasporto pubblico regionale e locale (33).

(31) Il riferimento è, ovviamente, *in primis* alla Comunicazione interpretativa sulle concessioni del 12 aprile 2000, ma anche alla giurisprudenza comunitaria (in particolare, Corte di giustizia delle Comunità europee, sentenza 7 dicembre 2000, causa 324/98, *Teleaustria*; per un commento a tale sentenza, M. V. FERRONI, *Le concessioni di pubblico servizio tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 494 ss.; G. GRECO, *Gli affidamenti “in house” di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2000, p. 1419 ss.

(32) L’art. 150 del D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152 stabilisce infatti che l’aggiudicazione della gestione del servizio idrico integrato deve essere effettuata mediante gara nel rispetto dei principi e delle disposizioni comunitarie e in osservanza dei criteri di cui all’art. 113, co. 7, del D.Lgs. 267/2000.

(33) L’art. 18 D.Lgs. 19 novembre 1997, n. 442 prevede per l’affidamento dei servizi di trasporto pubblico regionale e locale il ricorso a procedure concorsuali.

Nell'articolo 30 è disciplinata anche l'ipotesi di affidamento diretto di servizi a soggetti che sono a loro volta amministrazioni aggiudicatrici o, comunque, organismi di diritto pubblico (34). È previsto che le discipline che prevedono questa particolare modalità di affidamento restano ferme, purché conformi ai principi del diritto comunitario (35).

(34) Come risulta ormai da giurisprudenza consolidata, sia nazionale (Cass., sez. un., 4 aprile 2000, n. 97, in *Giur. it.*, 2000, p. 1496) che comunitaria (Corte di Giustizia, cause riunite 223/99 e 260/99 del 10 maggio 2001, in *Dir. pubbl. comp. europeo*, 2002, p. 1502 con nota di S. CAMPAILLA), la qualificazione di un soggetto come organismo di diritto pubblico consegue all'accertamento di tre requisiti: il possesso della personalità giuridica; lo svolgimento di un'attività finanziata in maniera maggioritaria da un soggetto pubblico, o l'assoggettamento ad un controllo da parte di quest'ultimo; il perseguimento di interessi generali di carattere non industriale o commerciale. In dottrina, M. P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2004, p. 272 ss., evidenzia l'atteggiamento della giurisprudenza comunitaria prima, e del legislatore comunitario poi (da ultimo, direttiva 2004/17/CE e 2004/18/CE), incline ad assicurare l'estensione del concetto di amministrazione aggiudicatrice oltre l'ambito tradizionale delle amministrazioni pubbliche per assicurare la più ampia utilizzazione delle procedure ad evidenza pubblica. L'Autore paragona questo atteggiamento a quello tenuto dal giudice comunitario in materia di libera circolazione dei lavoratori in relazione alla deroga di cui all'art. 39, co. 4 del Trattato ("le disposizioni del presente articolo non sono applicabili agli impieghi nella pubblica amministrazione"), sostenendo che "i due atteggiamenti (...) esprimono la medesima posizione di fondo della Corte di Giustizia sempre indirizzata a garantire al diritto comunitario le più ampie occasioni di applicazione". Sul tema degli organismi di diritto pubblico, R. GAROFOLI, *L'organismo di diritto pubblico: orientamenti interpretativi del Giudice comunitario e dei Giudici italiani a confronto*, in *Foro it.*, 1998, IV, p. 133 ss.; E. CHITI, *Gli organismi di diritto pubblico tra Consiglio di Stato e Corte di Giustizia*, in *Urb. e app.*, 1999, p. 71 ss.; D. MARAMMA, *Contributo sull'interpretazione della nozione di organismo di diritto pubblico nella normativa comunitaria e nazionale*, in *Dir. amm.*, 2000, p. 585 ss.; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *L'organismo di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 2000, p. 13 ss.; G. VIDOTTI, *Il contenuto del requisito negativo nella nozione di organismo di diritto pubblico*, in *Contr. Stato e Enti Pubbl.*, 2001, p. 610 e ss.; B. DELFINO, *Soggetti privati, amministrazioni aggiudicatrici e pubbliche amministrazioni*, in *Cons. Stato*, 2003, II, p. 1083; D. PALLOTTINO, *Appalti sotto soglia, imprese pubbliche e organismi di diritto pubblico nella disciplina comunitaria e nazionale* (nota a T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 20 maggio 2003, n. 5868), in *Foro amm. T.A.R.*, 2003, p. 2337 ss.; B. MAMELI, *L'organismo di diritto pubblico: profili sostanziali e processuali*, Milano, 2003; R. CARANTA, *Organismi di diritto pubblico e impresa pubblica*, in *Giur. it.*, 2004, p. 2415; S. COLOMBARI, *Organismo di diritto pubblico, delegazione interorganica e diritto della concorrenza. Flessibilità dell'ordinamento comunitario e residualità dell'ordinamento interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, p. 275 ss.; F. FENUCCI, *A proposito degli organismi di diritto pubblico*, in *Dir. e giust.*, 2005, p. 51 ss.; G. BARDELLI, *Nozione di organismo di diritto pubblico, accordi tra PP. AA. e fattispecie di procedura negoziata negli appalti pubblici*, (nota a Corte Ce, sez. II, sentenza 13 gennaio 2005, C-84/03), in *Urb. e app.*, 2005, p. 1277 ss.; A. ANGIOLI, *Organismo di diritto pubblico e applicazione della normativa sugli appalti pubblici*, (nota a Cass., sez. un., 12 maggio 2005, n. 9940), in *I contratti*, 2006, p. 35 ss.

(35) Non potendo effettuare una completa trattazione del fenomeno dell'*in house providing* ci si limita in questa sede a sottolineare il ruolo che ha avuto la giurisprudenza comunitaria nel definire i termini della questione, offrendo soluzioni sempre attente ad un profilo sostanziale, piuttosto che ad uno formale, e ad indicare le principali tappe in cui il giudice comunitario ha ricostruito la problematica: Corte di Giustizia, sentenza 9 settembre 1999,

L'ultimo comma dell'art. 30 estende alla concessione di servizi le norme previste nel Codice nella parte IV in tema di contenzioso (artt. 239-246), tra le quali merita una particolare menzione l'art. 244 che devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture svolte da soggetti tenuti all'applicazione della normativa comunitaria o all'osservanza dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale nella scelta del contraente o del socio (36).

4. Peculiarità rispetto alla concessione di lavori

Il Codice dei contratti pubblici definisce le concessioni di lavori pubblici (37) riproducendo la definizione contenuta nel previgente art. 19 della legge n. 109/1994, legge quadro sui lavori pubblici (c.d. legge Merloni (38)),

causa 108/98, *RI.SAN*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2000, p. 1379 ss.; sentenza 18 novembre 1999, causa 197/98, *Teckal*, in *Urb. e app.*, 2000, p. 227 ss.; sentenza 11 gennaio 2005, causa 26/03, *Stadt Halle*, in *Foro amm. C.d.S.*, p. 3023; sentenza 13 ottobre 2005, causa *Parking Brixen*, in *Urb. e app.*, 2006, p. 34 ss.; sentenza 10 novembre 2005, causa 29/09, *Modling*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2005, p. 3151; sentenza 11 maggio 2006, causa 340/04, *Carbotermo SpA*, consultabile sul sito www.dirittodeiservizipubblici.it.

(36) L'art. 244 recepisce la disciplina contenuta nell'art. 72 della direttiva 2004/17/CE e nell'art. 81 della direttiva 2004/18/CE. Sull'art. 244 del Codice, F. BUONANNO, *La disciplina dei contratti pubblici. Commentario al codice appalti*, (a cura di M. BALDI, R. TOMEI), 2007, p. 1710 ss.; R. DE NICTOLIS, *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici alla luce del codice dei contratti pubblici*, Milano, 2007, p. 52 ss.; M. L. MADDALENA, *Commento al codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, (a cura di M. SANINO), Torino, p. 681 ss.

(37) Il tema della concessione di lavori pubblici fuoriesce dall'oggetto di questo lavoro, nel quale si intendono meramente individuare le differenze tra le due figure concessorie. Si segnala, comunque, che mentre le disposizioni del Codice non si applicano alle concessioni di servizi, salvo quanto indicato nel paragrafo precedente, il D.Lgs. n. 163/2006 si applica alle concessioni di lavori, per le quali viene prevista una disciplina specifica (artt. 142-151). Per una esauriente analisi dell'istituto si rinvia a A. M. SANDULLI, *I lavori pubblici*, in E. PICOZZA, A. M. SANDULLI E M. SOLINAS, *I lavori pubblici*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. X, Padova, 1990, p. 9 ss.; G. B. GARRONE, *La concessione di opera pubblica negli ordinamenti italiano e comunitario*, Napoli, 1993; G. PASQUINI, *Pubblico e privato per le infrastrutture di pubblica utilità: temi e prospettive*, in *Modernizzazione del Paese. Politiche, opere, servizi pubblici*, a cura di M. CABIDDU, F. ANGELI, Milano, 2005; L. ALLA, *La concessione amministrativa nel diritto comunitario*, op. cit., p. 60 ss.

(38) L'art. 19, co. 2, della legge Merloni, abrogata dal D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, definiva le concessioni di lavori come “*contratti conclusi in forma scritta fra un imprenditore ed una amministrazione aggiudicatrice, aventi ad oggetto la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori pubblici, o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica. La controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati. Qualora necessario* (parole così modificate dall'art. 7, co. 1, lett. 1) L. 166/2002), il soggetto concedente assicura al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario

preferendola a quella, più scarna, contenuta nella direttiva 2004/18/CE (39): *“le concessioni di lavori pubblici sono contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta, aventi ad oggetto, in conformità al presente codice, l’esecuzione, ovvero la progettazione esecutiva e l’esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l’esecuzione di lavori pubblici o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica, che presentano le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l’opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo, in conformità al presente codice”*.

Il criterio distintivo tra la concessione di servizi e di lavori consiste principalmente nell’oggetto dell’attività dedotta in contratto, in quanto nelle due tipologie di concessione rimane identico sul piano funzionale il corrispettivo della prestazione realizzata dal concessionario (40).

In concreto, però, la differenziazione tra i due tipi di concessione può risultare particolarmente complessa nelle ipotesi in cui il tratto distintivo si mostri piuttosto incerto (come nel caso di un concessionario di lavori che si trovi a svolgere un servizio a favore dell’utente). Riguardo a queste ipotesi sorge il problema della disciplina applicabile: l’oggetto della concessione concerne principalmente la costruzione di un’opera, oppure la svolgimento di un servizio?

In una importante pronuncia il Consiglio di Stato ha affermato che la linea di demarcazione tra la concessione di lavori e quella di servizi deve essere individuata avendo riguardo alla direzione del nesso di strumentalità che lega l’esecuzione dei lavori e la gestione del servizio: qualora la gestione del servizio risulti strumentale alla costruzione dell’opera, in quanto permette il reperimento dei mezzi finanziari indispensabili per la sua realizzazione, è configurabile una concessione di lavori pubblici. Qualora, invece, l’esecuzione dei lavori risulti essere strumentale alla gestione di un servizio pubblico, sotto i profili della manutenzione e della messa a punto di un’opera già esistente, è configurabile una concessione di pubblici servizi (41). Il carattere dell’accessorietà sarebbe, dunque, secondo i giudici di Palazzo

degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare, anche mediante un prezzo, stabilito in sede di gara”. Per un commento alla legge Merloni, M. STECCANELLA e E. ROBALDO, *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, II ed., Milano, 1995; S. TARULLO e A. CLARIZIA, *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, vol. I e II, Padova, 2000.

(39) La direttiva 2004/18/CE definisce la concessione di lavori pubblici come *“un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l’opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo”* (art. 1, co. 3).

(40) In questi termini anche G. VERDE, *La concessione di costruzione e di gestione di lavori pubblici*, op. cit., p. 18.

(41) Cons. Stato, sez. V, sentenza 11 settembre 2000, n. 4795, in *Rep. Foro. It.*, 2000, voce Opere pubbliche, n. 276.

Spada l'elemento decisivo per quelle ipotesi in cui la concessione di lavori risulti, in concreto, molto simile ad una concessione di servizi.

Secondo un orientamento giurisprudenziale posteriore, tuttavia, per stabilire se si è innanzi ad una concessione di lavori piuttosto che ad una di servizi occorre avere esclusivamente riguardo al valore economico delle prestazioni riconducibili ai lavori piuttosto che ai servizi. Il criterio distintivo tra le due figure sarebbe, dunque, quello della prevalenza economica delle prestazioni (42).

Tale orientamento è stato successivamente superato proprio dal Consiglio di Stato. Secondo il supremo giudice amministrativo, infatti, la distinzione della concessione di lavori pubblici rispetto alla concessione di servizi deve essere effettuata *“non sulla base del dato meramente quantitativo bensì alla luce anche del criterio funzionale, che fa riferimento determinante alla finalità complessiva che la stazione appaltante intende conseguire con l'insieme delle prestazioni richieste, e di quello dell'accessorietà, che consente di distinguere tra prestazioni principali caratterizzanti il contratto e prestazioni secondarie costituenti aspetti marginali, sebbene non irrilevanti”* (43).

Non mancano, tuttavia, in giurisprudenza indirizzi divergenti (44). Nel 2007 il T.A.R. Lazio ha affermato che quando vi è prevalenza economica dei lavori sulle altre prestazioni deve trovare applicazione la normativa sui lavori, individuando come unico criterio utile al fine di distinguere tra concessione di lavori e di servizi quello oggettivo della prevalenza economica della prestazione (45).

Ai fini dell'individuazione della disciplina applicabile il Codice dei contratti combina il criterio dell'oggetto principale con quello della maggiore rilevanza economica (art. 14). In particolare, il comma 3 prevede che *“l'oggetto principale del contratto è costituito dai lavori se l'importo dei lavori*

(42) Cons. Stato, sez. V, sentenza 4 maggio 2001, n. 2518, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce Contratti della p.a., n. 124; Cons. Stato, sez. V, 24 aprile 2002, n. 2209, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce Opere pubbliche, n. 174.

(43) Cons. Stato, sentenza 30 ottobre 2003, n. 6768, in *Foro amm. CDS*, 2003, 3000.

(44) Ne è conferma il riconoscimento da parte del T.A.R. Puglia, Bari, III, 9 giugno 2004, n. 2483 che “sul punto vi è certamente disparità di opinioni in giurisprudenza”. Per un commento a questa pronuncia, L. BELLAGAMBA, *Concessione di servizio o di lavori? Appalto o concessione? Note critiche a margine di T.A.R. Puglia, Bari, III, 9 giugno 2004, n. 2483*, consultabile sul sito *Diritto dei servizi pubblici*, luglio 2004.

(45) Cfr. T.A.R. Lazio, sez. II, Roma, sentenza 11 maggio 2007, n. 4315. La pronuncia ha ad oggetto le modalità di affidamento della manutenzione delle strade comunali. Il T.A.R. ha argomentato che le strade non possono essere cedute come servizio in quanto già appartengono agli enti e soggiacciono al regime demaniale alla luce delle disposizioni del codice civile. La rete stradale, infatti, già di per sé possiede un'utilità giuridica a vantaggio della collettività: non vi sarebbe dunque la possibilità di organizzarla in forma di servizio, in quanto tale opzione non implica alcun valore aggiunto rispetto a quello connesso alla semplice proprietà pubblica del bene. Per un commento a tale sentenza, A. GIANNELLI, *La concessione di servizi: verso un'interpretazione estensiva del requisito del rischio di gestione*, in *Urb. e app.*, 2007, n. 10, p. 1276 ss.

assume rilievo superiore al 50 per cento, salvo che, secondo le caratteristiche specifiche dell'appalto, i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto ai servizi o alle forniture, che costituiscano l'oggetto principale del contratto" (46).

5. Gli appalti pubblici di servizi

L'appalto pubblico di servizi è un contratto a titolo oneroso stipulato in forma scritta tra un prestatore di servizi ed un'amministrazione aggiudicatrice avente per oggetto una prestazione di fare la quale, pur non comportando la realizzazione di un'opera, risulta tuttavia utile per il committente (47). Possono, dunque, costituire oggetto di un appalto di servizi tutte le prestazioni suscettibili di valutazione economica e dalle quali possa derivare utilità per il soggetto appaltante.

La direttiva 2004/18/CE definisce gli appalti pubblici di servizi come *"appalti pubblici diversi dagli appalti di lavori o di forniture aventi per oggetto la prestazione dei servizi di cui all'allegato II"* (art. 1, par. 2, lett. d) (48). Si tratta di una nozione negativa e residuale, elaborata dal legislatore

(46) Questa disposizione è stata contestata in dottrina da chi ritiene che il legislatore del Codice abbia voluto mantenere quale criterio principale quello della prevalenza economica: C. ROSSANO, *I contratti misti*, relazione al convegno IGI, *Concessione, di servizi, concessione di lavori pubblici e contratti misti: alla ricerca delle differenze*, Roma, 27 giugno 2007. Si ricorda che nei confronti della Repubblica italiana è intervenuta una procedura di infrazione (n. 2001/2182), in ordine alla compatibilità con il diritto comunitario del criterio esclusivamente economico precedentemente preso in considerazione dalla legge Merloni. Come noto, il contesto socio-economico ha influenzato il legislatore del 1994 che, in pieno periodo "tangentopoli", caratterizzato da gravi episodi di corruzione, ha voluto dare un segnale forte nella direzione di riportare le procedure di affidamento degli appalti pubblici sui binari della legalità, cosicché la normativa sugli appalti è apparsa a taluno come "un'occasione per riportare delle regole in un settore che si rifiniva fonte di illeciti penali continuati, continuativi molto gravi", G. MONTEDORO, *La disciplina delle concessioni nella nuova direttiva – quadro*, op. cit., consultabile sul sito www.giustamm.it.

(47) In tema di appalti pubblici di servizi, tra gli altri, A. M. FLAMME, P. FLAMME, *Les marchés publics des services et la coordination de leurs procédures de passation*, in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 1993, p. 150 ss.; G. GRECO, *Gli appalti pubblici di servizi*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1995, p. 1285 ss.; N. RANGONE, *La nuova disciplina degli appalti di servizi: dalla direttiva CEE 92/50 al decreto legislativo 157/95*, in *Riv. trim. app.*, 1995, n. 3, p. 666 ss.; A. BOZZI, *La direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi attuata con decreto legislativo 17 marzo 1995 n. 157. Le posizioni soggettive ed i mezzi di tutela*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, n. 12, 1995, p. 1307 ss.; S. GIACCHETTI, *Gli appalti pubblici di servizi, questi sconosciuti*, in *Rass. giur. dell'energia elettrica*, 1996, 4; M. MENSI, *Appalti di servizi pubblici e concessioni*, Padova, 1999; G. ALBANESE, D. BEZZI, N. FABIANO, A. FERRO, G. MELE, *Gli appalti di servizi*, Milano, 2000.

(48) Tale definizione è stata ripresa alla lettera dal legislatore del Codice dei contratti pubblici, il cui art. 2 dispone: *"Gli appalti pubblici di servizi sono appalti pubblici diversi dagli appalti pubblici di lavori o di forniture, aventi per oggetto la prestazione dei servizi di cui all'allegato I"*.

comunitario perseguendo l'obiettivo, da una parte, di certezza giuridica circa la configurazione di una determinata figura di appalto rispetto ad un'altra, e, dall'altra, di evitare lacune che possano consentire alle amministrazioni appaltanti di sottrarsi dal rispetto delle regole in tema di aggiudicazioni (49).

Deve, inoltre, trattarsi di appalti che abbiano ad oggetto i servizi elencati nell'apposito allegato i quali, al loro interno, possono essere classificati in due categorie: prioritari e residuali (o secondari).

Tra i primi, quelli elencati nell'allegato II A, vi rientrano i servizi di manutenzione e riparazione (50); i servizi di trasporto terrestre (51), inclusi i servizi di corriere ad esclusione dei soli servizi di posta; i servizi di posta per via terrestre e aerea; i servizi di telecomunicazione; i servizi finanziari, assicurativi e bancari; i servizi informatici, i servizi di contabilità, revisione dei conti e tenuta dei libri contabili; i servizi di consulenza gestionale; i servizi di consulenza scientifica e quelli pubblicitari. Della seconda categoria (allegato II B), invece, fanno parte i servizi alberghieri e di ristorazione; i servizi di trasporto per ferrovia e per via acqua; i servizi di collocamento del personale; i servizi d'investigazione e di sicurezza; i servizi relativi all'istruzione; i servizi sanitari e sociali.

La distinzione è rilevante in quanto solamente agli appalti aventi ad oggetto servizi prioritari si applica interamente la disciplina in tema di procedure di scelta, di contenuto delle informazioni, di svolgimento della procedura prevista dalla direttiva. Agli appalti aventi ad oggetto i servizi di cui all'allegato II B, invece, si applicano le sole disposizioni della direttiva 2004/18/CE in materia di specifiche tecniche (art. 23) e di bandi e avvisi (art. 35, par. 4). Gli appalti aventi ad oggetto contemporaneamente sia i servizi prioritari, sia i servizi secondari, vengono aggiudicati come appalti di servizi di cui all'allegato II A, e dunque sottoposti al pieno regime della direttiva, qualora il valore dei servizi elencati nell'allegato II A risulti superiore al valore dei servizi di cui all'allegato II B. In caso contrario, l'appalto viene aggiudicato conformemente alle disposizioni previste per i servizi di cui all'allegato II B (art. 22). Il criterio di scelta del regime da applicare è, dunque, quello della prevalenza del valore delle rispettive prestazioni.

(49) Oltre a distinguersi dalla figure dell'appalto di lavori e di forniture (per le cui differenze si rinvia al paragrafo successivo), l'appalto di servizi si differenzia dal contratto di lavoro subordinato per il carattere imprenditoriale dell'appaltatore e per avere ad oggetto la realizzazione di un risultato con sopportazione del rischio per il caso della sua mancata realizzazione.

(50) Per un'analisi delle varie tipologie del contratto di manutenzione, G. FISCHIONE, *Brevi considerazioni sulla legittimazione processuale delle associazioni di imprese edili, sul concetto di opera pubblica e di categoria prevalente*, in *Riv. trim. app.*, 1990, p. 1089 ss.

(51) Costituisce un contratto di trasporto, e non un appalto di servizi, il negozio con il quale il vettore assume meramente l'obbligo di trasportare determinate merci, in quanto l'appalto di servizi si configura quando il vettore assume obblighi ulteriori rispetto a quello di trasporto.

La disciplina degli appalti di servizi assume, dunque, una funzione di chiusura del sistema comunitario dei contratti pubblici e ciò giustificherebbe, secondo un'autorevole dottrina, un'interpretazione lata della formula 'servizi' (52): la circostanza che la direttiva contenga, nell'allegato II, due elencazioni dei servizi ai quali cui essa risulta applicabile, infatti, non sarebbe elemento decisivo per affermare la tassatività dei servizi ricadenti nella disciplina comunitaria, in quanto l'elenco di cui all'allegato II B è chiuso dalla voce "altri servizi".

6. Differenze dagli appalti pubblici di lavori e di forniture. I c.d. appalti pubblici misti

L'articolo 3 del Codice dei contratti pubblici contiene la definizione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi. È essenzialmente l'oggetto del contratto ha costituire l'elemento discriminante tra le diverse figure.

Tradizionalmente per lavoro pubblico si intende il risultato di un'attività umana che, costituendo il prodotto di una trasformazione o di un'elaborazione di cose preesistenti, rappresenti un *quid novi*, cioè un nuovo bene destinato a soddisfare un bisogno pubblico. In particolare, gli appalti pubblici di lavori sono quelli aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, la progettazione esecutiva e l'esecuzione relativamente a lavori od opere che rispondano alle esigenze specificate dall'ente aggiudicatore sulla base del progetto preliminare posto a base di gara (53).

Gli appalti pubblici di forniture sono, invece, quelli aventi per oggetto l'acquisto, la locazione finanziaria, la locazione o l'acquisto a riscatto, con o senza opzione per l'acquisto, di prodotti.

Avendo teoricamente distinto lavori, forniture e servizi, bisogna ammettere come talvolta l'esatta qualificazione di una fattispecie possa risultare incerta. La corretta classificazione in ipotesi del genere non rappresenta una mera esercitazione teorica se solamente si tiene conto delle distinte discipline dettate in tema di modalità procedurali da osservare, di requisiti di qualificazione delle imprese, se si considera la diversa soglia di applicazione prevista dalla normativa comunitaria (54).

(52) Cfr. R. CARANTA, in R. GAROFOLI, M. A. SANDULLI, *Il nuovo diritto europeo degli appalti pubblici*, op. cit., p. 30 ss.

(53) L'art. 3 del Codice fornisce una definizione di lavori, qualificandoli come "le attività di costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione, restauro, manutenzione, di opere. Per «opera» si intende il risultato di un insieme di lavori, che di per sé espliciti una funzione economica o tecnica. Le opere comprendono sia quelle che sono il risultato di un insieme di lavori edilizi o di genio civile di cui all'allegato I, sia quelle di presidio e difesa ambientale e di ingegneria naturalistica".

(54) Per una completa disamina si rinvia a R. GAROFOLI, *Commento all'art. 2*, in CARINGELLA (a cura di), *La nuova legge quadro sui lavori pubblici. Commentario*, 1999, p. 34 ss.; B. MAMELI, *Commento all'art. 2*, in A. ANGELETTI (diretto da) *La riforma dei lavori pubblici*, Torino, 2000, p. 22 ss.

L'articolo 1 della direttiva 2004/18/CE riprende sostanzialmente le disposizioni contenute nelle singole direttive servizi e forniture in tema di appalti misti (55). I dubbi sollevati in dottrina circa la conformità della disciplina prevista dal legislatore nazionale con la normativa comunitaria (56) rendono utile una, seppur breve, ricostruzione di un regime giuridico, quello dei c.d. appalti pubblici misti, che ha subito nel corso di poco più di quindici anni una pluralità di interventi correttivi.

La direttiva 92/50/CEE in materia di servizi stabiliva due differenti criteri di individuazione della disciplina applicabile. Il primo, utilizzabile nelle ipotesi in cui un contratto di servizi comprende dei lavori, era rinvenibile nel sedicesimo considerando e consisteva nel c.d. criterio della 'accessorietà', in base al quale ai fini dell'individuazione della disciplina applicabile risulta necessario stabilire quale sia l'oggetto principale dell'appalto e quali, invece, le prestazioni rispetto ad esso accessorie (57). Prima delle innovazioni appor-

(55) Si ricorda che ai sensi dell'art. 14 del Codice dei contratti pubblici, "*i contratti misti sono contratti pubblici aventi per oggetto: lavori e forniture; lavori e servizi; lavori, servizi e forniture; servizi e forniture*". Sulla tematica degli appalti misti, tra gli altri, D. GALLI, *Contratti misti di lavori e servizi: disciplina applicabile*, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, 11; R. CARANTA., *I contratti pubblici*, in *Sistema del diritto amministrativo italiano* (diretto da F. G. COCA – F. A. ROVERSI MONACO – G. MORBIDELLI) Torino, 2004, p. 152 ss.; R. GAROFOLI, *La disciplina degli appalti pubblici misti*, in R. GAROFOLI e M. A. SANDULLI, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, op. cit., p. 33 ss.; S. LUCE, *Il nuovo diritto degli appalti e delle concessioni pubbliche di lavori, servizi e forniture*, in F. CARINGELLA e R. GAROFOLI (a cura di), *Studi e esperienze di diritto amministrativo*, 2006, p. 75 ss. L'appalto pubblico misto ha un significato funzionale diverso dalla nozione di contratto misto. Il contratto misto, infatti, è espressione dell'autonomia negoziale delle parti nel determinare il contenuto del negozio anche in maniera non rispondente ai tipi legali (art. 1322 c.c.). In particolare si ha contratto misto quando si combinano in un unico schema negoziale elementi riconducibili a diverse fattispecie contrattuali tipiche, cioè espressamente contemplate, tipizzate dal legislatore. Si tratta di diversi tipi contrattuali che si fondono in un'unica causa, a differenza del contratto collegato nel quale permane invece la pluralità e l'individualità di ciascun tipo negoziale. Quando si parla invece di appalto misto si intende far riferimento a quelle procedure di aggiudicazione che comprendono prestazioni eterogenee rientranti in settori diversificati. Si tratta di appalti aventi ad oggetto prestazioni tipologicamente differenti. Per una disamina completa, R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, II, Torino, 1993, p. 428 ss.; A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1999, p. 198 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, III, Milano, 2000, p. 478 ss. Quest'ultimo Autore in particolare individua due distinte nozioni di contratto misto, una propria della giurisprudenza ed un'altra proposta dalla dottrina. Per la prima, il contratto misto è quello in cui concorrono elementi di più negozi tipici che si fondono in un'unica causa. La nozione di contratto misto, invece, elaborata da un'autorevole dottrina (A. CATAUDELLA, *La donazione mista*, Milano, 1970, p. 76 ss.) riconosce nel contratto misto un concorso di cause e un'astratta riconducibilità del negozio a più tipi legali: dunque non una fusione di cause, bensì una concorrenza di cause.

(56) In particolare, B. MAMELI, *Commento all'art. 2*, op. cit., p. 26 ss.

(57) Si riporta di seguito il testo del sedicesimo considerando della direttiva 92/50/CEE: "*un appalto può essere considerato appalto pubblico di lavori soltanto se il suo oggetto consiste nel realizzare un'opera; che tali lavori non possono giustificare la classificazione dell'appalto come appalto pubblico di lavori nella misura in cui sono accessori e*

tate dal legislatore del 1998 e del 2000 (58), tale disposizione era stata ripresa dalla normativa nazionale di recepimento, il D.Lgs. n. 157/1995, il cui art. 3 stabiliva, con riferimento ai contratti misti che appunto avessero ad oggetto sia lavori che servizi, che gli stessi dovevano essere considerati quali appalti pubblici di servizi qualora i lavori esplicassero una “*mera funzione accessoria rispetto ai servizi*” e, quindi, non formassero “*l’oggetto principale del contratto*” (59). Il criterio dell’accessorietà, dunque, impone di accertare quale delle diverse prestazioni oggetto del contratto debba considerarsi strumentale (secondaria) rispetto ad un’altra da valutare come principale (60).

Nell’ipotesi, invece, di un appalto pubblico che avesse per oggetto sia prodotti di cui alla direttiva forniture che servizi, la direttiva servizi (art. 2) stabiliva il c.d. ‘criterio della prevalenza’ in base al quale trova applicazione la disciplina in tema di appalti di servizi qualora il valore di questi “*superi quello dei prodotti previsti nel contratto*” (61). Anche questo criterio è stato

non costituiscono l’oggetto dell’appalto”. Sul criterio dell’accessorietà, M. ZOPPOLATO, in D. TASSAN MAZZOCCO, C. ANGELETTI e M. ZOPPOLATO, *Legge quadro sui lavori pubblici (Merloni ter)*, Milano, 1999, p. 9 ss. Dubbi circa l’idoneità del criterio dell’accessorietà a costituire un sicuro strumento di individuazione della disciplina applicabile alle fattispecie di appalti pubblici a prestazioni eterogenee in G. GRECO, *Contratti “misti” e appalti comunitari*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1994, p. 1262 ss. L’Autore individua una serie di fattispecie in cui tale criterio può risultare insoddisfacente “perché esso presuppone certezza sull’oggetto principale del contratto”. Nello stesso senso A. ZIROLDI, *Appalti di lavori, appalti di servizi, appalti misti: riferimenti per una delimitazione dell’ambito oggettivo della legge quadro sui lavori pubblici*, in *Riv. trim. app.*, 2000, p. 20 ss.

(58) Legge 18 novembre 1998, n. 415, “Modifiche alla legge 11 febbraio 1994, n. 109, e ulteriori disposizioni in materia di lavori pubblici”, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 284 del 4 dicembre 1998; Decreto Legislativo 25 febbraio 2000, n. 65, “Attuazione delle direttive 97/52/CE e 98/4/CE, che modificano ed integrano, rispettivamente, le direttive 92/50/CEE, in materia di appalti pubblici di servizi, e 93/38/CEE, limitatamente ai concorsi di progettazione”, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 70 del 24 marzo 2000.

(59) Decreto legislativo 17 marzo 1995 n. 157 “Attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi”, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 6 maggio 1995 n. 104.

(60) La dottrina è divisa circa gli elementi che devono essere presi in considerazione al fine di valutare quale delle prestazioni dedotte in contratto debba essere considerata come principale. Secondo G. GRECO, *Contratti “misti” e appalti comunitari*, op. cit., p. 1266, deve essere considerata come prestazione accessoria quella non prevalente dal punto di vista economico, in tal modo riconducendo il criterio dell’accessorietà a quello della prevalenza per superare le difficoltà applicative del primo. In senso contrario, G. MORBIDELLI e M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, in *Tratt. dir. amm. europeo* (a cura di M. P. CHITI e G. GRECO), Milano, 1997, p. 225 ss. Secondo questi Autori per valutare quale delle prestazioni contrattuali sia strumentale occorre utilizzare tutti i criteri ermeneutici generalmente utilizzati in materia contrattuale “inclusa la ricostruzione della volontà delle parti”.

(61) Si riporta il testo completo dell’art. 2 della direttiva 92/50/CEE: “*Se un appalto pubblico ha per oggetto sia dei prodotti di cui alla direttiva 77/62/CEE che dei servizi di cui agli allegati IA e IB della presente direttiva, esso rientra nel campo d’applicazione della presente direttiva qualora il valore dei servizi in questione superi quello dei prodotti previsti dal contratto*”. Un’interessante applicazione da parte del giudice comunitario del criterio della prevalenza è rinvenibile nell’importante sentenza del 18 novembre 1999, *Teckal*. In

recepito dalla normativa del 1995, il cui art. 3, co. 4, stabiliva che i contratti misti servizi-forniture dovevano essere sottoposti alla disciplina prevista per i servizi qualora il valore totale di questi ultimi fosse “*superiore al valore delle forniture comprese nell’appalto*” (62).

Il criterio della prevalenza, contemplato nelle ipotesi di appalti pubblici aventi ad oggetto sia servizi che forniture, risulta fondato sul raffronto della consistenza economica di ognuna delle singole prestazioni dedotte nel contratto. Trattasi, dunque, di un criterio oggettivo che lascia all’interprete margini di manovra inferiori rispetto al criterio dell’accessorietà e, per questo motivo, ritenuto preferibile da una parte della dottrina (63).

Novità circa l’individuazione del regime giuridico applicabile alla categoria dei contratti misti sono intervenute con la legge Merloni-ter. Il legislatore del 1998 ha infatti modificato tanto l’art. 2 della legge quadro in materia di lavori pubblici, quanto il già citato art. 3 del D.Lgs. n. 157/1995, prevedendo come parametro da utilizzare nell’individuazione del regime giuridico degli appalti a prestazioni eterogenee uno di tipo esclusivamente quantitativo facente riferimento al valore economico della componente lavori. In base alla legge n. 415/1998, la disciplina dettata per gli appalti di lavori si applicava sia in relazione ai contratti misti di lavori, forniture e servizi, sia in relazione ai contratti di forniture e servizi che comprendevano lavori accessori, qualora i lavori avessero assunto un rilievo economico superiore al 50%.

La *ratio* della riforma del 1998 è stata probabilmente evitare che il criterio dell’accessorietà potesse essere utilizzato per invocare l’applicazione del regime giuridico caso per caso preferito dall’amministrazione appaltante, comportando, in ipotesi, l’applicazione della disciplina prevista per gli appalti di servizi o di forniture anche nelle ipotesi in cui i lavori avessero assunto un peso economico nettamente superiore a quello attribuibile alle prestazioni

un’ipotesi di un appalto pubblico avente ad oggetto sia prodotti ai sensi della direttiva forniture, sia servizi ai sensi della direttiva 92/50, la Corte di Giustizia ha statuito che esso ricade nell’ambito di disciplina della direttiva 93/36/CEE qualora il valore dei prodotti previsti dal contratto sia superiore a quello dei servizi, risolvendo la questione, dunque, sulla base di un criterio meramente quantitativo. Il criterio della prevalenza è stato contemplato anche dalla direttiva 90/531/CEE, come modificata dalla direttiva 93/38/CEE e riguardante i c.d. settori esclusi.

(62) Segue il testo integrale dell’art. 3, co. 4 del D.Lgs. n. 157/1995: “*Gli appalti che includono forniture e servizi sono considerati appalti di servizi quando il valore totale di questi è superiore al valore delle forniture comprese nell’appalto*”.

(63) Cfr. G. MORBIDELLI e M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, op. cit., p. 225 ss. Gli Autori, una volta evidenziata l’inadeguatezza del criterio dell’accessorietà al fine di individuare il regime giuridico applicabile alle fattispecie miste, indicano la loro preferenza per quello della prevalenza in quanto “non sussistono margini di dubbio o interpretativi negli appalti aventi ad oggetto contemporaneamente forniture e servizi, che saranno assoggettati alla disciplina tipica della prestazione di importo superiore”. Per l’analisi dei due criteri e con la preferenza per il secondo, S. ARROWSMITH, *Some Problems in Delimiting the Scope of the Public Procurement Directives: Privatisation, Purchasing Consortia and In-house Tenders*, in *Public Procurement L. Rev.*, 1997, p. 200.

di tipo diverso. E tale obiettivo è stato perseguito attraverso la previsione di un criterio oggettivo quale quello della prevalenza economica (64).

Se si è concordi nel sostenere questa impostazione, il criterio introdotto dalla Merloni-ter poteva allora risultare non sostitutivo di quello dell'accessorietà, bensì un limite oltre il quale non era ammissibile che esso potesse prevalere su quello di carattere economico (65). Una simile interpretazione delle disposizioni nazionali avrebbe potuto far sostenere la compatibilità delle stesse con le direttive comunitarie 92/50 e 93/36 che, al contrario, facevano riferimento, in relazione ad alcune fattispecie di appalti misti, al solo criterio dell'accessorietà (66).

(64) In dottrina non è mancato chi ha sostenuto l'incompatibilità della previsione del criterio della prevalenza economica di cui alla Merloni-ter con le disposizioni di matrice comunitaria che, per alcune fattispecie di appalti misti, individuano il solo criterio dell'accessorietà come parametro per determinare il regime giuridico dell'appalto in questione. In particolare, M. ZOPPOLATO, *Legge quadro sui lavori pubblici*, op. cit., p. 10 ss., ha ritenuto che il canone della prevalenza economica previsto dal legislatore della Merloni-ter potesse trovare applicazione meramente in relazione agli appalti non rientranti nell'ambito di applicazione della disciplina comunitaria in quanto di valore inferiore alla soglia di cui alle direttive o perché afferenti a fattispecie escluse dalle relative disposizioni. In caso contrario, secondo l'Autore, avrebbe dovuto operare il criterio dell'accessorietà, mediante la disapplicazione della disciplina risultante dalla l. n. 415/1998.

(65) Cfr. R. GAROFOLI, *Appalti pubblici misti*, op. cit., p. 57. Secondo l'Autore "l'obiettivo correttamente perseguito è quello di evitare che una stazione appaltante possa eludere la disciplina sugli appalti pubblici di lavori facendo perno sul carattere assolutamente primario del servizio o della fornitura, nonostante la componente lavori superi di oltre la metà il valore complessivo del contratto". Nel senso che il criterio dell'accessorietà vada specificato con quello della prevalenza economica, Autorità di vigilanza sui lavori pubblici, determinazione 28 dicembre 1999, n. 13: "nell'ordinamento italiano il criterio dell'accessorietà contenuto nelle direttive comunitarie 92/50 e 93/36 è integrato, o è meglio dire, specificato con il criterio della prevalenza economica, che costituisce nella normalità dei casi concreta evidenziazione della sussistenza di una situazione di accessorietà".

(66) È questo l'orientamento seguito dall'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici, con la medesima determinazione di cui alla nota precedente: "Le relative disposizioni (quelle della legge Merloni-ter), in tal modo interpretate, possono ritenersi compatibili con quanto previsto, per i contratti misti, dalle direttive comunitarie 92/50 e 93/36 relative, rispettivamente, agli appalti pubblici di servizi ed agli appalti pubblici di forniture. È pur vero, infatti, che le direttive stesse fanno riferimento, per l'individuazione della disciplina applicabile a tali contratti, al solo criterio della accessorietà della prestazione, per cui i lavori compresi in un contratto di servizi non possono giustificare la classificazione dell'appalto come appalto pubblico di lavori nella misura in cui sono accessori e non costituiscono l'oggetto principale dell'appalto. È altrettanto vero, tuttavia, che il criterio dell'accessorietà richiamato dalle indicate direttive, anche alla luce della prevalente dottrina, non va inteso come correlato ad una soggettiva e discrezionale valutazione di strumentalità o secondarietà di una prestazione rispetto ad un'altra, da parte delle amministrazioni appaltanti. Si deve, invece, ed in coerenza con l'indisponibilità pubblicistica dei relativi settori da parte delle amministrazioni medesime, a tale criterio attribuire una obiettiva valenza funzionale che non può non riferirsi anche all'effettiva consistenza economica delle singole concorrenti prestazioni. Perciò non può ritenersi confliggente con l'enunciazione in sede comunitaria dell'indicato principio di accessorietà una previsione normativa interna (...) che ha provveduto ad integrarlo, ponendo, nel caso di contratti con prestazioni eterogenee, un limite invalicabile (50

Al contrario, con procedura d'infrazione 2001/2182 la Commissione ha lamentato la compatibilità della normativa nazionale in materia di contratti misti con il diritto comunitario. Ed è proprio l'utilizzo esclusivo del criterio quantitativo ad essere stato considerato in contrasto con il diritto comunitario il quale, al contrario, individua nell'oggetto principale del contratto il parametro di riferimento per la determinazione delle regole applicabili agli appalti misti.

Secondo l'orientamento della Commissione la prevalenza economica della componente lavori rispetto alle altre prestazioni dedotte nel contratto non implica necessariamente che un appalto pubblico debba essere qualificato come uno di lavori nell'ipotesi in cui questi risultino essere meramente accessori e non l'oggetto principale del contratto. Pertanto, a giudizio della Commissione, la legge Merloni, dando rilievo esclusivo alla prevalenza economica della componente lavori rispetto alle altre prestazioni (servizi o forniture), avrebbe consentito di far assoggettare alla disciplina degli appalti pubblici di lavori anche appalti di forniture e di servizi nei quali le prestazioni di lavori, ancorché prevalenti sotto il profilo economico, avrebbero potuto presentare carattere accessorio rispetto alle altre prestazioni, in tal modo falsando il gioco della concorrenza.

A seguito della procedura di infrazione il Ministero dei lavori pubblici con la circolare n. 2316 del 18 dicembre 2003 ha invitato le amministrazioni a garantire, in attesa di una riformulazione della disciplina nazionale, l'osservanza della disciplina comunitaria in materia (67).

La modifica legislativa annunciata dal Ministero è stata tradotta nella previsione della Legge Comunitaria per il 2004 che, all'art. 14, ha riscritto il comma 1 dell'art. 2 della legge Merloni prevedendo che *“nei contratti misti di lavori, forniture e servizi quando comprendono lavori si applicano le norme della presente legge qualora i lavori assumano rilievo superiore al 50%. Tale disposizione non si applica peraltro ove i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale dedotto in contratto”* (68).

per cento) all'apprezzamento soggettivo dell'amministrazione appaltante circa l'incidenza, nella configurazione complessiva del contratto, del valore della prestazione di lavori che, qualora economicamente ad altre prevalente, non può essere ritenuta alle stesse funzionalmente subvalente al fine della individuazione della normativa complessivamente applicabile”. Tale orientamento è stato ripreso dalla stessa Autorità nella successiva determinazione 31 gennaio 2001, n. 5.

(67) Circolare pubblicata in G.U. n. 79 del 3 aprile 2004. A seguito dei rilievi comunitari (e della procedura di infrazione), il Ministero dei Lavori Pubblici ha annunciato con la stessa l'adozione di una normativa *ad hoc* correttiva, e, nelle more della sua adozione, ha esortato tutte le amministrazioni pubbliche a considerare, in conformità alle indicazioni della Commissione Europea, quale “prestazione prevalente” non quella prevalente economicamente, bensì quella che esprime “l'oggetto principale dell'appalto”.

(68) L. 18 aprile 2005, n. 62 (Legge Comunitaria per il 2004), pubblicata sulla G.U. n. 96 del 27 aprile 2005 e contenente “Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee”.

La nuova disposizione non ha lasciato dubbi sui criteri da seguire in sede di identificazione della disciplina applicabile ai contratti misti: la normativa sui lavori pubblici si applica agli appalti a prestazioni eterogenee in cui i lavori assumano rilievo superiore al 50% dell'importo dell'appalto solamente qualora gli stessi non abbiano carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale dedotto in contratto. In altri termini, la prevalenza economica della componente dei lavori rispetto alle altre prestazioni non implica necessariamente che un appalto debba essere qualificato come appalto pubblico di lavori, qualora questi ultimi non costituiscano l'oggetto principale dell'appalto.

Con lo stesso art. 14 la Legge Comunitaria ha riscritto anche l'art. 3, co. 3, del D.Lgs. n. 157/1995, adeguandone il contenuto alle modifiche apportate alla legge Merloni: *“nei contratti misti di lavori e servizi e nei contratti di servizi quando comprendono lavori si applicano le norme della legge 11 febbraio 1994, n. 109, qualora i lavori assumano rilievo economico superiore al 50 per cento. Questa disposizione non si applica ove i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale dedotto in contratto”*.

La normativa del 2005 è evidentemente ispirata alle osservazioni mosse in sede comunitaria; tuttavia, occorre notare come il legislatore non abbia eliminato il riferimento al criterio della prevalenza economica che, al contrario, è stato individuato in sede legislativa come uno dei parametri per determinare la disciplina applicabile agli appalti pubblici misti (69).

Come già accennato nel corso di questo paragrafo, la direttiva 2004/18/CE riprende le disposizioni contenute nelle direttive servizi e forniture in tema di c.d. appalti misti. In particolare, l'art. 1 stabilisce che il criterio cui far riferimento per determinare il regime giuridico dell'appalto nelle ipotesi di contratti che abbiano ad oggetto tanto servizi quanto forniture è quello del valore delle prestazioni (70). Mentre nell'ipotesi di un appalto pubblico che abbia ad oggetto dei servizi e contestualmente preveda anche l'esecuzione di lavori, la direttiva ripropone il canone dell'oggetto principale dell'appalto (71).

(69) Secondo R. GAROFOLI, *Appalti pubblici misti*, op. cit., p. 66 ss., il criterio della prevalenza economica assume rilievo centrale nell'individuazione della disciplina applicabile agli appalti pubblici misti: “a tale criterio, infatti, le due disposizioni hanno ancora riguardo quale primo parametro che le stazioni appaltanti sono chiamate ad utilizzare (...) la preponderanza economica della prestazione, in conclusione, diviene in un certo senso criterio idoneo a condizionare la valutazione di tipo funzionale, destinata a ribaltare i rapporti di forza tra prestazioni fondate sul fattore economico solo quando la componente economicamente più consistente risulti del tutto residuale rispetto alle finalità perseguite dalla stazione appaltante. Così intese, le novità introdotte sul punto dalla legge comunitaria per il 2004 paiono coniugare con l'esigenza di garantire l'osservanza delle previsioni comunitarie quella, opportunamente perseguita dalla l. n. 415/1998, di ridurre i margini di discrezionalità delle stazioni appaltanti nella scelta del regime da applicare agli appalti misti”.

(70) Art. 1, co. 2, lett. d): *“un appalto pubblico avente per oggetto tanto prodotti quanto servizi è considerato un appalto pubblico di servizi quando il valore dei servizi supera quello dei prodotti oggetto dell'appalto”*.

(71) Art. 1, co. 2, lett. d): *“un appalto pubblico avente per oggetto dei servizi e che preveda attività ai sensi dell'allegato I solo a titolo accessorio rispetto all'oggetto principale dell'appalto è considerato un appalto pubblico di servizi”*.

L'art. 14 del Codice dei contratti pubblici riproduce fedelmente il contenuto della direttiva appalti. Infatti, il comma 2 stabilisce che: “*i contratti misti sono considerati appalti pubblici di lavori, o di servizi, o di forniture, secondo le disposizioni che seguono: a) un contratto pubblico avente per oggetto la fornitura di prodotti e, a titolo accessorio, lavori di posa in opera e di installazione È considerato un «appalto pubblico di forniture»; b) un contratto pubblico avente per oggetto prodotti e servizi di cui all'allegato II È considerato un «appalto pubblico di servizi» quando il valore dei servizi supera quello dei prodotti oggetto dell'appalto; c) un contratto pubblico avente per oggetto dei servizi di cui all'allegato II e che preveda attività ai sensi dell'allegato I solo a titolo accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto È considerato un «appalto pubblico di servizi» (72).*”

Quella disarmonia tra la normativa nazionale ed il diritto comunitario che aveva originato i rilievi della Commissione è venuta meno. Il legislatore del Codice ha seguito correttamente i criteri indicati in sede sovranazionale ed ha inoltre ricordato che l'affidamento di un contratto misto non deve in alcun modo implicare la limitazione o, a maggior ragione, l'esclusione dell'applicazione delle pertinenti norme comunitarie (73).

7. Concessione versus appalto: quali differenze? Il dibattito in dottrina e in giurisprudenza

Molti Autori e numerose pronunce hanno affrontato l'annosa questione concernente la delimitazione della figura dell'appalto di servizi in rapporto alla contigua nozione di concessione di servizi (74).

(72) Il comma 3 dell'art. 14 del Codice dei contratti pubblici chiarisce espressamente cosa debba intendersi per oggetto principale del contratto: “*Ai fini dell'applicazione del comma 2, l'oggetto principale del contratto È costituito dai lavori se l'importo dei lavori assume rilievo superiore al cinquanta per cento, salvo che, secondo le caratteristiche specifiche dell'appalto, i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto ai servizi o alle forniture, che costituiscano l'oggetto principale del contratto*”.

(73) In particolare l'art. 14, co. 4 del Codice dei contratti pubblici stabilisce che: “*L'affidamento di un contratto misto secondo il presente articolo non deve avere come conseguenza di limitare o escludere l'applicazione delle pertinenti norme comunitarie relative all'aggiudicazione di lavori, servizi o forniture, anche se non costituiscono l'oggetto principale del contratto, ovvero di limitare o distorcere la concorrenza*”.

(74) Per alcuni riferimenti in dottrina sulla distinzione tra appalti e concessioni, con riferimento sia ai servizi che alle opere, F. SEBASTIO, *Concessioni e appalti: questioni giurisdizionali*, in *Giust. civ.*, 1992, II, p. 343 ss.; G. GHIDINI e A. NAPONIELLO, *La nuova disciplina in materia di appalti e concessioni*, in *Contratti*, 1994, p. 461 ss.; F. BASSI e P. MICHARA, *Considerazioni sulle differenze intercorrenti tra concessione di servizio pubblico e appalto di servizi*, in *Riv. trim. app.*, 1996, p. 441 ss.; A. VALLA, *L'art. 19 l. 109/1994 si applica anche alle concessioni ope legis* (nota a Cons. St., sez. IV, 28 maggio 1997, n. 584), in *Urb. e app.*, 1998, p. 185 ss.; M. MENSI, *Appalti, servizi pubblici e concessioni – Procedure di gara, tutela amministrativa e processuale a livello comunitario e nazionale*, Padova, 1999; A. ZUCCOLO, *In tema di concessione di pubblico servizio e appalti infragruppo* (nota a T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 19 giugno 2000, n. 515) in *Contratti Stato e enti pubblici*, 2000, p. 541 ss.; N. LUGARESI, *Concessioni di costruzione e gestione e project*

Sin dalla metà del secolo scorso, infatti, autorevole dottrina avvertiva una sensazione di “particolare disagio” dinanzi all’individuazione di precisi criteri che valgano a distinguere i due istituti (75).

Il mondo delle concessioni è concettualmente contrapposto al mondo giuridico degli appalti (76). Eppure, se questo è il pensiero comune a molti Studiosi, i criteri che sono stati elaborati per differenziare le due figure sono risultati spesso divergenti l’uno dall’altro: lo stampo unilaterale del titolo di affidamento del servizio pubblico rispetto al carattere negoziale dell’appalto: la concessione sarebbe un provvedimento unilaterale, mentre l’appalto un rapporto contrattuale (77); il carattere surrogatorio dell’attività del concessionario, chiamato a realizzare i compiti istituzionali dell’ente concedente,

financing: problemi applicativi nella scelta del promotore e del concessionario, in *Riv. trim. app.*, 2001, p. 647 ss.; C. GUCCIONE, *Gli appalti pubblici di servizi dei concessionari autostradali considerati organismi di diritto pubblico* (nota a Cons. St., sez. VI, 7 giugno 2001, n. 3090), in *Giorn. dir. amm.*, 2001, p. 906 ss.; M. ALESIO, *Concessioni e appalti di servizi: alla ricerca delle differenze perdute. Poche distinzioni sul piano della disciplina*, in *Dir. e giust.*, 2004, p. 76 ss.

(75) U. POTOTSCHNIG, *Concessione e appalto nell’esercizio di pubblici servizi*, in *Jus*, Milano, 1955, p. 393 ss.

(76) Cfr. G. MONTEDORO, *La disciplina delle concessioni nella nuova direttiva – quadro in attesa della disciplina compiuta del partenariato pubblico privato*, consultabile sul sito www.giustamm.it

(77) Cfr. U. POTOTSCHNIG, *Concessione e appalto*, op. cit., p. 407; A. M. BALESTRERI, *Note sulla distinzione fra “appalti pubblici di servizi” e “concessioni di servizi pubblici”* (nota a T.A.R. Emilia Romagna, sez. Parma, 18 settembre 1995, n. 317), in *Riv. trim. app.*, 1996, n. 4, p. 721 ss. Secondo l’Autore “la più corretta e sicura linea di demarcazione finisce con l’essere non tanto quella incentrata sul contenuto del rapporto fra ente pubblico e soggetto privato, quanto quella fondata sulla natura giuridica dell’atto fonte di tale rapporto (una concessione di diritto pubblico in un caso, un “contratto” di diritto privato nell’altro caso)”. L’Autore considera anche le conseguenze del tracciare quale linea di demarcazione quella da lui proposta: “nel primo caso (quello della concessione) è il fondamentale principio di legalità a predeterminare i tratti salienti del rapporto di concessione. Con una conseguente speculare limitazione dei margini di latitudine della discrezionalità amministrativa nella definizione dei contenuti dell’atto di concessione e della concessione-contratto ad essa connessa. Viceversa, nel secondo caso, l’amministrazione, grazie alla sua riconosciuta capacità generale di diritto privato, finisce col godere dei più ampi spazi propri della autonomia negoziale di cui all’art. 1322 c.c. (...) Sicché, nel settore dei servizi, si verifica un particolare binomio per cui, ad una maggiore libertà dell’amministrazione nella determinazione del contenuto del rapporto (tipica della materia contrattuale), fa riscontro una più rigorosa soggezione alle procedure pubblicistiche di selezione del contraente privato. In via speculare, alla maggior limitazione nella definizione del contenuto del rapporto (tipica, invece, delle concessioni) fa *pendant* un più ampio margine di discrezionalità nella scelta del soggetto affidatario”. Contrario, invece, alla tesi che individua nella natura del titolo l’elemento che consente di distinguere i due istituti, R. VILLATA, *Pubblici servizi*, op. cit., p. 86 ss. L’Autore, infatti, solleva perplessità circa la ricostruzione in termini autoritativi-provvedimentali dell’atto attributivo del servizio e la tradizionale distinzione tra atto unilaterale e contratto accessivo. Secondo Villata il rapporto di concessione “ha origine da un insieme non divisibile” il quale “è di necessità rappresentato da un contratto di diritto pubblico”.

mentre l'appaltatore compie attività di rilievo meramente economico nell'interesse dell'amministrazione appaltante (78); la "traslazione" dall'amministrazione al privato della possibilità di assumere rapporti giuridicamente rilevanti in funzione della gestione del servizio pubblico nei confronti di soggetti terzi (79).

La dottrina più recente ha piuttosto sottolineato quale elemento di differenziazione l'oggetto delle due figure: nell'appalto esso è costituito da prestazioni rese a favore della pubblica amministrazione; nella concessione, invece, si è dinanzi a prestazioni rese dal concessionario al pubblico (80). Dunque diversa è la prestazione, ma anche il destinatario della stessa, che nell'appalto è la sola pubblica amministrazione, mentre nel caso della concessione è la collettività degli utenti (81).

Inoltre nell'ipotesi di un appalto di servizi il rapporto che si viene a formare presenta carattere bilaterale (sussistente tra la pubblica amministrazione e l'appaltante), mentre nel caso di una concessione si configura un artico-

(78) Nega che questo possa essere un utile elemento di differenziazione U. POTOTSCHNIG, *Concessione e appalto*, op. cit., p. 402 ss.. Secondo l'Autore, infatti, la sostituzione del privato alla pubblica amministrazione non sarebbe tipica della concessione, in quanto anche attraverso la costituzione di un rapporto di diritto privato sarebbe conseguibile un simile risultato.

(79) Nel senso del trasferimento di potestà pubbliche al concessionario nell'ambito del rapporto concessorio, F. MERUSI, *Servizio pubblico* (voce), in *Noviss. Dig. It.*, Torino, XVII, 1970, p. 215; A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, vol. I, p. 568 ss. Secondo quest'ultimo Autore, mentre l'appaltatore svolge un'attività diversa da quella dell'amministrazione e che pertanto non può essere definita come sostitutiva di quest'ultima, il concessionario svolge un'attività "in nome proprio ma per conto e in vece dell'amministrazione titolare, alla quale ne vengono imputati i risultati". Di avviso contrario, U. POTOTSCHNIG, *Concessione e appalto*, op. cit., p. 394-395, in quanto in ordine alla gestione di molti servizi pubblici manca l'esercizio di tali poteri.

(80) Cfr. R. VILLATA, *Pubblici servizi*, op. cit., p. 88 ss. A. ROMANO, *La concessione di un pubblico servizio*, in *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1995, p. 21, mette in evidenza questo elemento: "le prestazioni nelle quali i servizi pubblici da concedere si risolvono, devono essere offerte, e comunque rivolte al pubblico. Si deve sottolineare, e non all'amministrazione". In questi termini anche la Circolare del Dipartimento delle politiche comunitarie 10 marzo 2002, n. 3944, ove si individua quale criterio distintivo tra concessioni di pubblico servizio e appalti di servizi quello relativo all'oggetto: "L'appalto di servizi concerne prestazioni rese in favore dell'amministrazione, mentre la concessione di servizi riguarda sempre un articolato rapporto trilaterale, che interessa l'amministrazione, il concessionario e gli utenti".

(81) In dottrina, tra gli altri, M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000, p. 122 ss.; A. Pericu, *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, Milano, 2001, p. 66 ss.; B. MAMELI, *Le s.p.a. a prevalente capitale pubblico e la categoria comunitaria dell'organismo di diritto pubblico: la Corte di Giustizia risolve i dubbi interpretativi*, consultabile sul sito www.lexitalia.it, *Riv. Elettronica di diritto pubblico*. In giurisprudenza, oltre alle sentenze di seguito citate nel testo, si veda Consiglio di Stato, sez. V, decr. pres. 4 novembre 2000, n. 6, nella quale il giudice amministrativo osserva che "il servizio pubblico, tra le altre caratteristiche, deve constare della produzione, erogazione e governo di un servizio destinato agli amministrati".

lato rapporto trilaterale avente quali protagonisti l'amministrazione concedente, il concessionario e gli utenti che usufruiscono del servizio (82).

Un ulteriore elemento per distinguere i due istituti attiene alle modalità che concernono il corrispettivo della prestazione. Nelle concessioni, infatti, esso proviene dal pagamento da parte degli utenti del servizio, laddove nell'appalto di servizi gli oneri della prestazione sono a carico dell'ente appaltante destinatario della stessa (83).

Tale ultimo orientamento dottrinale ha ricevuto un autorevole avallo nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, il quale nel 2002 ha osservato che: *“L'appalto di servizi si distingue dalla concessione di servizi per il fatto che nel primo le prestazioni sono rese in favore dell'Amministrazione, che ha l'onere di compensare l'attività svolta dal privato, mentre il secondo interessa un articolato rapporto trilaterale, che interessa l'Amministrazione, il concessionario e gli utenti del servizio, i quali ultimi, ove il servizio sia divisibile tra loro, sono normalmente tenuti a pagare il costo del servizio che ricevono”* (84).

In precedenza, ma seguendo la medesima impostazione, il T.A.R. Emilia Romagna aveva qualificato come concessione di pubblico servizio quello relativo alla produzione del calore e alla sua distribuzione alle singole utenze in considerazione della potenziale generalità della destinazione del servizio (85). Specularmente, un'altra sentenza del giudice di prima istanza ha qualificato come appalto di servizi la pulizia di immobili comunali: il T.A.R., infatti, ha sottolineato l'assenza nella fattispecie in esame di una prestazione destinata a terzi e, invece, la sussistenza di un servizio prestato in favore dell'amministrazione comunale, dietro compenso dalla medesima versato (86).

(82) Cfr., tra gli altri, F. FRACCHIA, *Servizi pubblici e scelta del concessionario*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 384 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli, 1993, p. 65 ss.; A. POLICE, *La concessione di servizi pubblici: regole di concorrenza e “privilegi” dell'amministrazione*, in *Riv. trim. app.*, 1995, p. 375 ss.

(83) Cfr. A. ROMANO, *La concessione di un pubblico servizio*, op. cit., p. 23; G. GRECO, *Gli appalti pubblici di servizi*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1995, p. 1285 ss.; M. CAMMELLI e A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, 1997, p. 41 ss.; P. LO GIUDICE, *I caratteri propri dell'appalto di servizi*, in *I TAR*, 1998, p. 419 ss.

(84) Consiglio di Stato, sez. V, 30 aprile 2002, n. 2294, in *Cons. Stato*, 2002, I, p. 907: *“l'oggetto del rapporto, riguardante il trasporto e lo smaltimento dei rifiuti urbani, è riconducibile senz'altro alla figura dell'affidamento di un servizio pubblico: le prestazioni richieste al privato “appaltatore” sono rivolte non già a vantaggio dell'amministrazione, ma riguardano, in modo generalizzato, le collettività locali rappresentate dai due comuni”*. Conformi a tale orientamento, Consiglio di Stato, sez. V, 16 dicembre 2004, n. 8090, in *Urb. e app.*, 2005, p. 56 ss., con nota di C. VOLPE; T.A.R. Sicilia-Catania, sez. II, 3 giugno 2003, n. 923, in *Trib. Amm. Reg.*, 2003, I, p. 3568; T.A.R. Puglia-Lecce, sez. II, 25 giugno 2002, n. 2601, in *Trib. Amm. Reg.*, 2002, I, p. 3174; T.A.R. Piemonte, sez. II, 10 marzo 2001, n. 566, in *Trib. Amm. Reg.*, 2001, p. 1629; Consiglio di Stato, sez. V, 4 novembre 2000, n. 6, in *Giust. it.*, *Riv. Giur. on line*, 2000, 11.

(85) T.A.R. Emilia Romagna, Parma, 18 settembre 1995, n. 317, in *Riv. trim. app.*, 1996, p. 720 ss. Conclusioni analoghe, seppur con riferimento ad una fattispecie diversa, in T.A.R. Valle d'Aosta, 14 maggio 1999, n. 91, in *Trib. Amm. Reg.*, 1999, I, p. 2411.

(86) T.A.R. Puglia-Bari, sez. II, 22 aprile 1998, n. 37, in *Trib. amm. reg.*, 1998, I, p. 2753.

Alle distinzioni tra le due figure sopra richiamate se ne sono aggiunte delle altre aventi origine a livello comunitario (87). Con la Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario (88) la Commissione

(87) Anche a livello comunitario si è avvertita la difficoltà di distinguere con chiarezza la figura della concessione rispetto a quella dell'appalto. Come ha sottolineato l'Avv. generale La Pergola nella causa C-306/96, *BHI Holding BV contro Arnhem e Rheden* (sentenza 10 novembre 1998, in Racc. p. I-5923), l'enucleazione di un criterio distintivo fra appalti e concessioni, di lavori o servizi, non è un'operazione ermeneutica semplice. Infatti, "la distinzione tra appalti e concessioni di servizi in diritto comunitario, per *communis opinio* ed in mancanza di una specifica definizione comunitaria che abbia valore normativo, si fonda su un complesso di criteri. Il primo indice è quello del destinatario o beneficiario del servizio prestato. Nel caso degli appalti il beneficiario del servizio reso è ritenuto essere lo stesso ente appaltante, mentre, nel caso della concessione, il beneficiario del servizio è un terzo estraneo al rapporto contrattuale, di norma la collettività, che riceve la prestazione e che paga, in relazione al servizio ricevuto, un corrispettivo. La concessione di servizi in diritto comunitario esige altresì che il servizio in questione rivesta interesse generale di modo che la relativa erogazione competerebbe istituzionalmente ad una pubblica autorità. La circostanza che ad espletare il servizio sia un terzo opera, quindi, una sostituzione soggettiva del concessionario al concedente negli obblighi che a quest'ultimo sono imposti per assicurare la fornitura del servizio alla collettività. Altro elemento che denota la concessione è quello relativo alla remunerazione, la quale è, in tutto o in parte, ricavata dalla stessa prestazione del servizio che il concessionario effettua in favore dei beneficiari. Ancora un altro aspetto saliente della concessione di servizi in ambito comunitario si ricollega al profilo immediatamente prima evocato, ed è quello che vede il concessionario assumere su di sé il rischio economico derivante dalla fornitura e dalla gestione dei servizi oggetto della concessione". Nello stesso senso, sempre in sede comunitaria, sentenza Corte di Giustizia delle Comunità europee, 24 settembre 1998, C-76/97, *Tögel*, in *Urb. e app.*, 1999, p. 221 ss., con nota di M. PROTTO.

(88) Per un commento alla comunicazione, C. GUCCIONE, *La comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, in *Giornale di dir. amm.*, 2000, p. 1263 ss.; F. LEGGIADRO, *Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario*, in *Giornale di dir. amm.*, 2000, p. 1071 ss.; E. VALLANIA, *Le innovazioni apportate dalla Comunicazione interpretativa della Commissione nel settore delle concessioni pubbliche*, in *Riv. trim. appalti*, 2000, p. 838 ss.; A. BARONE, U. BASSI, *La comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario: spunti ricostruttivi*, in *Foro it.*, 2000, IV, p. 389 ss.; L. QUARTA, D. SPINELLI, *Appalti pubblici europei: la comunicazione interpretativa della Commissione in tema di concessioni*, in *Riv. it. dir. pubb. comunitario*, 2000, p. 565 e ss.; S. TESCAROLI, *Principi comunitari in materia di appalti*, in *Contratto Stato enti pubb.*, 2001, p. 189 ss.; A. MATTERA, *Il diritto comunitario e le concessioni di servizi di pubblica utilità: tra liberalizzazione e universalità*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2003, p. 5 ss.; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, in F. G. SCOCA, F. A. ROVERSI MONACO e G. MORBIDELLI (diretto da), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2004, p. 152 ss.. Per la dottrina francese, C. FOUASSIER, *Vers un véritable droit communautaire des concessions?*, in *Rev. trim. dr. europ.*, 2000, p. 675. Sul valore e la portata delle comunicazioni interpretative, si rinvia a C. ALBERTI, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Riv. it. dir. pubb. comunitario*, 2001, che le definisce come atti di *soft law*, differenziandoli quindi da quelli, "tipici", disciplinati nell'art. 249 del Trattato. Un'elencazione dettagliata degli atti comunitari "atipici" o sui generis è fornita da G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2001, p. 131 ss., laddove vengono indicati, tra gli altri, i regolamenti interni delle istituzioni, i programmi generali e gli atti preparatori. Tesauro distingue, nell'ambito delle comunicazioni della Commissione, quelle informative, destinate ad alimen-

ha individuato l'elemento caratterizzante la concessione di servizi nel c.d. "rischio di gestione", e più precisamente "si ha concessione di servizi quando l'operatore si assume i rischi di gestione del servizio, rifacendosi sull'utente, soprattutto per mezzo della riscossione di un qualsiasi tipo di canone. La modalità di remunerazione dell'operatore è, come nel caso della concessione di lavori, un elemento che permette di stabilire l'assunzione del rischio di gestione" (89).

La concessione, secondo questa impostazione, si configura ogni volta in cui l'aggiudicatario assume il rischio della gestione economica del servizio prestato, rivolgendosi agli utenti. La circostanza che la prestazione affidata al concessionario rientri nell'ambito delle attività di competenza dei pubblici poteri è, dunque, irrilevante ai fini della qualificazione del rapporto come concessione, in quanto ciò che risulta decisivo a tal fine è l'accollo del rischio economico della gestione in capo al concessionario (90).

Anche il giudice comunitario è intervenuto sulla questione concernente la delimitazione della concessione rispetto all'appalto. Assume particolare rilievo al riguardo la sentenza *Teleaustria* della Corte di Giustizia, cosicché appare opportuna una rapida disamina della stessa (91). Andando a ricercare i tratti caratteristici delle concessioni di servizi, l'Avvocato generale Fennelly ha individuato il criterio della gestione come indice essenziale: solamente nella concessione, dunque, e non anche nell'appalto pubblico di

tare il dialogo tra le istituzioni su temi e materie in cui si prefigura l'adozione di veri e propri atti normativi; quelle decisive, relative a settori in cui la Commissione dispone di un potere di decisione anche discrezionale, come in materia di concorrenza e di aiuti di Stato; quelle interpretative, dirette a far conoscere agli Stati ed agli operatori i diritti e gli obblighi che su di essi incombono alla luce del diritto comunitario, in particolare alla luce degli sviluppi giurisprudenziali registrati. Per una ricostruzione di questo strumento para-normativo si veda anche L. SENDEN, *Soft law in european political center*, London, 2004.

(89) Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario, 2000/C 121/02, par. 2.2. Il documento poi prosegue indicando che "come la concessione di lavori, anche la concessione di servizi è caratterizzata da un trasferimento della responsabilità della gestione". La Commissione successivamente richiama la sentenza *Lottomatica* (Corte di Giustizia, 26 aprile 1994, causa C-272/91, in Racc. I-14009) nella quale il giudice comunitario ha distinto tra un trasferimento di responsabilità al concessionario in merito alle operazioni di lotto e la mera fornitura all'amministrazione di sistemi informatici. In quel caso specifico la Corte ha concluso che, mancando tale trasferimento, si era in presenza di un appalto.

(90) È evidente che una simile impostazione si scontra con quella tradizionalmente seguita dalla nostra dottrina giuspubblicistica che, come indicato nel testo, individuava quale elemento decisivo per la distinzione tra le due figure la "traslazione" dall'amministrazione al concessionario della possibilità di assumere rapporti giuridicamente rilevanti ai fini della gestione del servizio pubblico nei confronti di soggetti terzi.

(91) Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 18 maggio 2000, C-324/98, *Teleaustria* contro *Post & Telekom Austria AG*, in *Urb. e app.*, 2001, p. 487 ss., con nota di F. LEGGIADRO, *Applicabilità delle direttive comunitarie alla concessione di servizi pubblici*; M. V. FERRONI, *Le concessioni di pubblico servizio tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Corriere giuridico*, 2001, n. 4, p. 489 ss.

servizi, il rischio di gestione grava sul concessionario. Infatti, l'alea relativa alla gestione viene trasferita al concessionario, il quale si assume il "rischio economico", nel senso che la sua remunerazione dipende strettamente dai proventi che può trarre dalla fruizione del servizio, e nel senso che egli assume l'impegno di erogare le prestazioni al pubblico, con relativo rischio economico di gestione, per tutta la durata del contratto (92). Viceversa, si è in presenza di un appalto pubblico di servizi quando il costo grava sostanzialmente sulla pubblica amministrazione.

La Commissione e la Corte di Giustizia hanno dunque utilizzato per distinguere una concessione da un appalto il concetto di rischio; non un criterio distintivo di tipo giuridico-formale volto a dare risalto al provvedimento amministrativo, bensì un criterio di ordine economico (93).

Altro tratto idoneo a distinguere le due figure e sottolineato nella sentenza *Teleaustria* è la destinazione all'utenza del servizio, e cioè la necessità che chi usufruisce del beneficio arrecato sia un soggetto terzo rispetto al rapporto contrattuale tra concedente e concessionario. Affinché si possa configurare una concessione di pubblici servizi, quindi, l'attività affidata in concessione deve rivestire il requisito dell'interesse generale (94).

L'impostazione comunitaria ha trovato conferma nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, secondo cui le concessioni nel quadro del diritto comunitario si distinguono dagli appalti di servizi per il "*fenomeno di traslazione dell'alea inerente una certa attività in capo al soggetto privato*" (95), e non per il carattere provvedimentale rispetto alla natura contrattuale dell'appalto, né per il trasferimento di pubblici poteri o per l'ampliamento della sfera giuridica del privato. Sono le modalità di remunerazione dell'attività svolta dal privato a costituire il tratto distintivo della concessione rispetto all'appalto di servizi.

Nell'ultimo anno il giudice amministrativo ha avuto modo di pronunciarsi nuovamente sulla questione concernente la qualificazione di un servi-

(92) A ben vedere, sia l'appaltatore che il concessionario assumono il rischio della gestione, seppur in maniera differente: il primo nel suo rapporto giuridico con l'amministrazione, il secondo (anche) nel suo rapporto giuridico con gli utenti. Sul concetto di rischio per il concessionario, R. CAVALLO PERIN, *Comuni e province*, op. cit., p. 61 ss.; A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblico servizio*, op. cit., p. 468 ss.; A. POLICE, *La concessione di servizi pubblici*, op. cit., p. 372 ss.; B. RAGANELLI, *Concessioni di lavori e servizi*, op. cit., p. 985 ss.

(93) Sul concetto di rischio nel diritto dei contratti, F. MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 63 ss.

(94) Secondo l'Avvocato generale Fennelly tale requisito deve essere inteso in senso ampio, ovvero come "attitudine dell'attività a soddisfare i bisogni della collettività, o comunque di una categoria di utenti".

(95) Consiglio di Stato, sez. VI, 15 maggio 2002 n. 2634. Nella sentenza viene indicato che un "servizio pubblico si rivela quale appalto di servizi, quando il suo onere sia interamente a carico dell'amministrazione, mentre se il servizio venga reso non a favore dell'amministrazione ma di una collettività indifferenziata di utenti, e venga almeno in parte pagato dagli utenti all'operatore del servizio, allora si è in ambito concessorio".

zio pubblico, e lo ha fatto, questa volta, prendendo in parte le distanze dall'insegnamento della Commissione e di quello proveniente da Lussemburgo. Il riferimento è in particolare alla sentenza 15 gennaio 2008 concernente la procedura aperta per l'affidamento della concessione del pubblico servizio di gestione, manutenzione e sorveglianza del patrimonio stradale del Comune di Roma. In questa sentenza il Consiglio di Stato ha affermato che l'assunzione del rischio della gestione non è escluso dalla circostanza che il costo del servizio non sia fatto gravare sugli utenti, in quanto questo elemento assume rilievo solamente quando il servizio pubblico, per le sue caratteristiche oggettive, risulta divisibile fra quanti in concreto ne beneficiano direttamente (96).

Il percorso logico-giuridico seguito dal giudice amministrativo nega che non si possa configurare una concessione nei casi di c.d. *project freddo*, ovvero quando l'acquirente del servizio sia l'amministrazione stessa, in quanto, anche in queste ipotesi, può risultare rispettato il canone della sussistenza del rischio imprenditoriale in capo al prestatore del servizio (97).

(96) Consiglio di Stato, sez. V, 15 gennaio 2008, n. 36: "non incide sulla qualifica di servizio pubblico locale il fatto che il servizio sia, o meno, subordinato al pagamento di un corrispettivo". Di orientamento diverso, Consiglio di Stato, sezione V, 1 agosto 2007, n. 4270 che, invece, individua la distinzione tra appalto e concessione nella struttura trilaterale della seconda e nella circostanza che in tal caso il costo della prestazione finisca con il gravare sull'utente, mentre nel caso dell'appalto l'onere del corrispettivo graverebbe esclusivamente sull'amministrazione. Critico verso quest'ultimo orientamento C. CALVIERI, *Concessione e appalto di servizio pubblico come contratti pubblici nei c.d. settori speciali esclusi. Il caso del trasporto pubblico locale*, consultabile sul sito www.lexitalia.it, n. 10, 2007: "va comunque subito segnalato come la natura bilaterale o triangolare di per sé non costituisca un elemento determinante sul piano giuridico, atteso che tali elementi utili ad individuare i soggetti coinvolti costituiscono fattori di per sé meramente descrittivi, con la conseguenza che anche nell'ambito di rapporti costruiti secondo una struttura trilaterale possono giustificarsi elementi tali da ridurre ed anche escludere il "rischio di gestione".

(97) Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, sentenza 11 maggio 2007, n. 4315: "si ha concessione non solo quando il concessionario possa ritrarre un utile diretto, mercè il pagamento d'un prezzo da parte dei fruitori, dalla gestione dell'opera da lui realizzata, ma anche nel caso in cui detta gestione non comporti un'offerta o un prezzo divisibile, oppure un servizio a domanda individuale e non sia così possibile chiedere a ciascun consumatore il prezzo della singola prestazione. Tanto, però, a condizione che, come nella specie, ed attraverso un complesso di meccanismi disincentivanti la cattiva qualità delle varie prestazioni il concessionario, pur ottenendo l'intero prezzo pattuito, in realtà se ne vedrà ridurre tante quote quante inadempienze qualitative nello svolgimento compierà verso l'utenza. Insomma, invece d'una remunerazione mista di prezzo e tariffa e/o corrispettivo, la concessione sarà retribuita con il prezzo diminuito dalle inadempienze qualitative dell'opera". Per un commento a questa sentenza, A. GIANNELLI, *Concessione di servizi*, op. cit., p. 1276 ss. In senso favorevole a questo orientamento, L. BELLAGAMBA, *Il Comune di Roma e l'affidamento in concessione. Di servizi e non di lavori, della manutenzione stradale e di servizi annessi*, consultabile sul sito www.appaltiecontratti.it, 20 gennaio 2006. Secondo l'Autore, infatti, "Non è vero che non potrebbe configurarsi una concessione, perché mancherebbe sostanzialmente l'alea economico-finanziaria. Anzi, la funzione giuridico-amministrativa perseguita nel caso concreto è proprio quella di scaricare tutto il rischio gestionale dell'Amministrazione al concessionario. Pertanto, anche se si tratta di un *project freddo* – in

Questo, non isolato, ultimo indirizzo giurisprudenziale rende opportuni ulteriori chiarimenti, in quanto i precisi confini del criterio su cui fondare la distinzione non possono ancora essere ritenuti pacifici.

Quel che invece appare certo è che alla luce dei criteri e dei rilievi indicati, appalto pubblico di servizi e concessione di pubblico servizio risultano figure giuridiche distinte. Tuttavia, entrambi gli istituti sono sottoposti ad una serie di principi fondamentali, quali quelli previsti dal Trattato, quelli ricavati dalla giurisprudenza comunitaria e quelli tradizionali di imparzialità, buona amministrazione ed economicità, i quali “costituiscono il minimo comune denominatore tra appalto e concessione di servizi” (98).

8. *Questioni di giurisdizione*

È noto come il nostro ordinamento sia caratterizzato da una proliferazione dei sistemi giurisdizionali. È, dunque, inevitabile che ci siano delle zone di confine in cui non risulta sempre chiaro a chi spetta l'esercizio della propria funzione; è inevitabile che in alcune ipotesi sorgano una serie di problematiche per i soggetti interessati, cui può apparire non agevole conoscere a quale canale giurisdizionale rivolgersi.

Il settore dei servizi pubblici assume un particolare interesse per la sua rilevanza sociale e per la circostanza di essere in continua evoluzione. Ma tale settore ha assunto rilevanza centrale anche ai fini del riparto della giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario, rappresentando una delle materie devolute alla giurisdizione esclusiva del primo.

Il legislatore ha individuato, infatti, in questa materia un'ipotesi di giurisdizione esclusiva attribuendo in tal modo ad un solo giudice la competenza a conoscere delle questioni concernenti tanto diritti soggettivi quanto interessi legittimi. Non viene, dunque, utilizzato il normale sistema di riparto della giurisdizione che conferisce la cognizione generale in materia di diritti soggettivi al giudice ordinario e quella in materia di interessi legittimi al giudice amministrativo (artt. 103, comma 1 e 113, comma 1 della Costituzione (99)).

Appare utile ai fini della tematica affrontata in questo paragrafo una breve panoramica delle fonti normative susseguite in tema di giurisdizione nel settore dei servizi pubblici (100).

quanto acquirente del servizio è l'Amministrazione aggiudicatrice stessa – tuttavia si può configurare comunque una concessione, in quanto appare rispettato il canone comunitario della sussistenza del rischio imprenditoriale”.

(98) B. RAGANELLI, *Concessioni di lavori e di servizi*, op. cit., p. 1018.

(99) Per facilità di lettura si riporta il testo integrale dei due citati articoli costituzionali: Art. 103, co. 1 Cost.: “Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi”.

Art. 113, co. 1, Cost.: “Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa. Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti”.

(100) Una lucida ricostruzione della normativa in tema di giurisdizione nella materia dei pubblici servizi in C. VOLPE, *Servizi pubblici, concessione, risoluzione e giurisdizione*:

L'articolo 5 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, nella formulazione originaria precedente l'entrata in vigore dell'art. 33 del D.Lgs. n. 80 del 1998, stabiliva la giurisdizione del giudice amministrativo in materia "di ricorsi contro atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni o di servizi pubblici", con l'esclusione "delle controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi" (101).

Importanti novità circa l'individuazione dei confini della giurisdizione esclusiva nella materia dei servizi pubblici sono state apportate dall'art. 33 del D.Lgs. 31 marzo 1998 n. 80, come sostituito dall'art. 7 della legge n. 205 del 2000 a seguito della dichiarazione di incostituzionalità intervenuta nello stesso anno (102). Le novità introdotte, è bene ricordare a Costituzione invariata, dal legislatore del 1998 hanno rivoluzionato il tradizionale assetto della giustizia amministrativa. L'art. 33, infatti, ha esteso la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo a "*tutte le controversie in materia di pubblici servizi ivi compresi quelli afferenti alla vigilanza del credito, sulle assicurazioni e sul mercato immobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di cui alla legge 14 novembre 1995, n. 481*" (comma 1) e ha elencato, con finalità meramente esemplificative, le singole controversie da ricondurre alla giurisdizione del giudice amministrativo (comma 2) (103).

certezze e incertezze del sistema, in *Urb. e app.*, 2005, p. 570 ss., articolo di commento alla decisione del Consiglio di Stato, sez. V, 16 dicembre 2004, n. 8090.

(101) Legge 6 dicembre 1971 n. 1034, "Istituzione dei tribunali amministrativi regionali", modificata dalla Legge n. 205/2000, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 13 dicembre 1971 n. 314.

(102) Corte Costituzionale, sentenza 17 luglio 2000, n. 292, in *Giust. Civile*, 2000, I, p. 2491. Il Parlamento, a mezzo dell'art. 11 comma 4, lett. g) della L. n. 59 del 1997, aveva disposto un'ampia delega legislativa al Governo per la riforma della pubblica amministrazione (c.d. Riforma Bassanini), attribuendo al Governo anche il compito di devolvere al giudice ordinario, entro il 30 giugno 1998, "tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, ancorché concernenti in via incidentale atti amministrativi presupposti ai fini della disapplicazione". Per evitare, allora, un eccessivo carico di lavoro per il giudice ordinario e per assicurare comunque un effettivo equilibrio tra le due giurisdizioni, la stessa disposizione prevedeva "la contestuale estensione della giurisdizione amministrativa alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno, in materia edilizia, urbanistica e di servizi pubblici". La portata della delega era correttamente da intendersi nel senso che non tutta la materia dei servizi pubblici fosse da devolvere alla giurisdizione esclusiva del diritto amministrativo, bensì solamente la materia dei diritti patrimoniali consequenziali (c.d. interpretazione restrittiva della delega). Il governo, al contrario, nell'attuazione della delega aveva accolto la c.d. interpretazione estensiva della delega, nel senso dell'estensione della giurisdizione esclusiva a tutti i diritti affioranti in materia edilizia, urbanistica e di servizi pubblici. La Consulta con la sentenza n. 292 del 2000 ha dichiarato l'incostituzionalità della normativa per eccesso di delega, nella parte in cui veniva istituita una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nell'intero ambito dei pubblici servizi. Tale lacuna normativa è stata poi colmata dall'art. 7 della l. 205 del 2000, che ha riprodotto quasi integralmente il citato art. 33.

(103) Il co. 2 dell'art. 33 elenca, in via esemplificativa, le seguenti controversie: a) concernenti l'istituzione, modificazione o estinzione di soggetti gestori di servizi pubblici, ivi

Alla luce di tale normativa l'ambito di operatività della giurisdizione esclusiva aveva subito un'importante espansione, finendo per ricomprendere tutte le controversie in materia di pubblici servizi. Un meccanismo di delimitazione della giurisdizione amministrativa, quindi, non più fondato sulla distinzione delle posizioni soggettive, in quanto l'intera materia dei pubblici servizi era stata ricondotta nell'ambito giurisdizionale del giudice amministrativo, il quale, al fine di verificare la sussistenza della propria giurisdizione, avrebbe dovuto meramente controllare che la controversia rientrasse in quella materia. Ne conseguiva, altresì, la rinnovata centralità della nozione di servizio pubblico, in quanto essa costituiva il criterio per delimitare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (104).

L'attribuzione di una giurisdizione esclusiva pressoché omnicomprendente in materia di pubblici servizi aveva segnato una svolta epocale nel pano-

comprese le aziende speciali, le istituzioni o le società di capitali anche di trasformazione urbana; b) tra le amministrazioni pubbliche e i gestori comunque denominati di pubblici servizi; c) in materia di vigilanza e di controllo nei confronti di gestori dei pubblici servizi; d) aventi ad oggetto l'affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti comunque tenuti all'applicazione delle norme comunitarie o della normativa nazionale o regionale; e) riguardanti le attività e le prestazioni di ogni genere, anche di natura patrimoniale, rese nell'espletamento di pubblici servizi, ivi comprese quelle rese nell'ambito del Servizio sanitario nazionale e della pubblica istruzione, con esclusione dei rapporti individuali di utenza con soggetti privati, delle controversie meramente risarcitorie che riguardano il danno alla persona o a cose e delle controversie in materia di invalidità". Questo atteggiamento del legislatore è stato suggerito dal Consiglio di Stato che, nel parere dell'Adunanza generale reso sullo schema di decreto legislativo predisposto dal Governo, aveva indicato l'opportunità "di introdurre nel testo una indicazione esemplificativa di settori rientranti nella nozione oggettiva della materia, quali il credito, le assicurazioni, il mercato mobiliare, il servizio farmaceutico...". (Parere 12 marzo 1998, n. 30, in *Foro it.*, 1998, III, p. 350 ss., con nota di A. ROMANO).

(104) I primi commentatori alla riforma si sono divisi non solo circa la costituzionalità, ma anche in relazione alla praticità della soluzione introdotta, sottolineando l'inidoneità della nozione di servizio pubblico a semplificare la ricerca del giudice competente. In particolare R. GAROFOLI, *Affidamento di appalti pubblici: difficoltà nell'applicazione dei nuovi criteri di riparto*, consultabile sul sito www.giustamm.it, *Rivista di diritto pubblico*. L'Autore mette bene in luce "l'intrinseca inidoneità della nozione di servizio pubblico a consentire il conseguimento di quegli obiettivi di semplificazione nella ricerca del giudice competente sottesi alla scelta di sostituire con il criterio della materia quello tradizionale fondato sulla distinzione tra diritti ed interessi". Tra i favorevoli, invece, alle modifiche del legislatore del 1998, V. CAIANIELLO, *Il giudice amministrativo ed i nuovi criteri di riparto delle giurisdizioni*, in *Foro amm.*, 1998, p. 1943 ss., che le ha definite come "una vera e propria grande riforma in tema di riparto fra le giurisdizioni, compiuta a Costituzione invariata, che potrebbe essere completata, sempre sul piano della legislazione ordinaria con l'eventuale aggiunta di altre materie". L'Autore è favorevole all'utilizzo della legislazione ordinaria per razionalizzare il sistema di riparto della giurisdizione amministrativa "senza perciò rincorrere inutili se non pericolose riforme costituzionali". Posizione diversa è quella assunta da A. TRAVI, *Commento all'art. 33*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1999, p. 1526 ss., il quale invece dubita "se questo spostamento sia possibile, senza intervenire sulle disposizioni della nostra Costituzione in tema di funzione giurisdizionale e di giurisdizione amministrativa".

rama della giustizia amministrativa. Infatti veniva colpito il tradizionale criterio di riparto fondato sulla *causa petendi*, in quanto per un elevato numero di controversie l'individuazione della giurisdizione avveniva verificando l'inerenza della lite alla materia 'pubblici servizi' e non più alla luce della natura della situazione soggettiva fatta valere.

L'impianto dell'art. 33 è stato completamente modificato dalla sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204, che ne ha riscritto il primo comma e rimosso il secondo (105).

Con la sentenza n. 204 il giudice costituzionale, nel precisare i criteri cui il legislatore deve attenersi allorché decida di riservare una "particolare materia" alla giurisdizione esclusiva, ha affermato che l'art. 103 della Costituzione "non ha conferito al legislatore ordinario una assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla giurisdizione esclusiva", ma gli ha conferito il potere di individuare quelle, particolari, nelle quali la tutela nei rapporti con la pubblica amministrazione investe anche diritti. La Consulta, quindi, lega il potere del legislatore alla "natura delle situazioni soggettive coinvolte", seguendo così un orientamento precedentemente emerso nella giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione (106), e ribadendo l'importanza della distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi (107).

(105) Sulla giurisdizione esclusiva in materia di pubblici servizi ante sentenza n. 204 del 2004, S. CASSESE, *Verso la piena giurisdizione del giudice amministrativo: il nuovo corso della giustizia amministrativa italiana*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, p. 1221 ss.; F. FRACCHIA, *Giurisdizione esclusiva, servizio pubblico e specialità del diritto amministrativo*, in *Foro it.*, 2000, p. 368 ss. Per un commento al nuovo riparto di giurisdizione dopo l'intervento manipolativo della Corte, M. CLARICH, *La «tribunalizzazione» del giudice amministrativo evitata*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, n. 9, p. 969 ss.; F. FRACCHIA, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: un istituto che ha esaurito le sue potenzialità?*, in *Serv. pubbl. e app.*, 2004, p. 799 ss.; A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, n. 9, p. 974 ss.; G. GIOVAGNOLI, *Il contenzioso in materia di servizi pubblici. Dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*, Milano, 2004, p. 340 ss.; A. PAJNO, *Giurisdizione esclusiva ed "arbitrato" costituzionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, n. 9, p. 983 ss.; R. GAROFOLI, *Il riparto di giurisdizione*, in *Trattato di giustizia amministrativa*, a cura di F. CARINGELLA e R. GAROFOLI, vol. I, Milano, 2005; E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, op. cit., p. 345 ha sostenuto che la sentenza n. 204 "appare sorprendentemente in linea di controtendenza" nel fondare la giurisdizione esclusiva sul rapporto autorità-libertà.

(106) Si veda in particolare Cass., Sez. Un., 30 marzo 2002, n. 72, pubblicata in *Foro it.*, 2000, I, c. 2210 con nota di D. DALFINO. In questa sentenza la Suprema Corte, pronunciandosi sull'interpretazione dell'art. 33 del D.Lgs. n. 80/1998, aveva affermato che l'art. 103 della Carta Costituzionale "nel costituzionalizzare la giurisdizione speciale del G. A., ne ha anche circoscritto l'ambito a controversie comunque correlate all'interesse generale, in quanto volte alla tutela di posizioni di interesse legittimo o in casi particolari anche di diritti soggettivi, senza possibilità di indiscriminata estensione a tipologie di liti, come quella in esame, coinvolgenti unicamente diritti patrimoniali".

(107) Nella sentenza n. 204 la Corte giunge a riconoscere al giudice amministrativo "piena dignità di giudice ordinario per la tutela, nei confronti della pubblica amministrazione, delle situazioni soggettive non contemplate dall'art. 2 della legge del 1865", cioè degli

Il legislatore ordinario, dunque, non può radicare in maniera indiscriminata la giurisdizione del giudice amministrativo sulla base di un generico coinvolgimento di un interesse pubblico. Più in particolare, la materia dei pubblici servizi può essere oggetto di giurisdizione esclusiva solamente nelle ipotesi in cui la pubblica amministrazione agisce *jure imperii* (108).

La differenza tra appalti pubblici di servizi e concessione di pubblici servizi assume una importanza fondamentale ai fini della giurisdizione. Solamente nelle concessioni di pubblici servizi, infatti, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si estende fino a comprendere anche la fase esecutiva contrattuale, mentre nel caso degli appalti risulta limitata alle controversie relative alle procedure di affidamento (art. 6 legge 205/2000 (109)), in quanto in quelle afferenti alla loro esecuzione il giudice al quale rivolgersi viene determinato sulla base delle posizioni giuridiche soggettive, normalmente consistenti in diritti.

La nuova formulazione dell'art. 33, dovuta all'intervento manipolativo della Corte costituzionale, attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "*le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni*

interessi legittimi. Ne consegue che la Corte, anche se sotto forma di *obiter dictum*, in quanto la questione non era stata posta dal giudice remittente, ha avallato la scelta dell'art. 7 della legge 205/2000 di attribuire al giudice amministrativo il potere di condannare l'amministrazione al risarcimento del danno correlato all'esercizio illegittimo della funzione amministrativa. Nel far salvo dalla dichiarazione di illegittimità l'art. 35 del D.Lgs. n. 80 (come sostituito dalla legge 205) la Corte sottolinea come l'attribuzione al giudice amministrativo della tutela risarcitoria rappresenti "uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio e/o confermativo, da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione" e nel fare ciò ricorda che "l'art. 24 Cost. assicura agli interessi legittimi le medesime garanzie assicurate ai diritti soggettivi quanto alla possibilità di farli valere davanti al giudice ed alla effettività che questi deve loro accordare". In questi termini, si veda altresì la sentenza della Corte n. 177 del 1995 in materia di opposizione di terzo nel processo amministrativo.

(108) Tale orientamento è stato successivamente confermato dalla Corte Costituzionale sia nella sentenza n. 281 del 2004, sia nelle sentenze nn. 191, 395 e 396 del 2006. Sia il Consiglio di Stato, si veda l'Adunanza Plenaria n. 2 del 2006, sia la Corte di Cassazione, si vedano le ordinanze 13 e 15 del giugno 2006, sembrano essersi allineate al criterio discrezionale proposto dalla Corte Costituzionale.

(109) Legge 21 luglio 2000 n. 205, "Disposizioni in materia di giustizia amministrativa", pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 173 del 26 luglio 2000 e ripubblicata, corredata di note, nella Gazzetta Ufficiale n. 207 del 5 settembre 2000. L'art. 6, "Disposizioni in materia di giurisdizione" così dispone:

1. Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale.

2. Le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto.

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 7 agosto 1990, n. 241, ovvero anche relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di cui alla legge 14 novembre 1995, n. 481” (110).

A questo punto appare interessante interrogarsi, come ha fatto una brillante dottrina, sulle ragioni per cui, in materia di servizi pubblici, solamente nel caso di una concessione, e non anche in quello di un appalto, il giudice amministrativo può conoscere delle controversie in tema di risoluzione (111).

La risposta è agevolmente rinvenibile laddove si consideri che la Corte ha affermato che la materia dei servizi pubblici può essere oggetto di giurisdizione esclusiva solamente “*se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo*” (112). È evidente, allora, che l'impostazione della Consulta risente della concezione tradizionale della concessione che mette in risalto i profili pubblicistici dell'istituto: ponendo l'accento sulla ‘amministrazione-autorità’, la sentenza n. 204 finisce per riproporre e consolidare l'immagine tradizionale della pubblica amministrazione. Ma se è vero che il *quid proprium* del diritto amministrativo (e la stessa ragion d'essere dell'istituzione di apparati amministrativi) è la tutela degli interessi pubblici attuata principalmente attraverso strumenti diversi da quelli offerti dal diritto comune (e necessari per porre rimedio ai c.d. “fallimenti del diritto privato”) (113), è anche noto come la società civile abbia da tempo assistito al passaggio da un'amministrazione imperativa ad una di prestazioni.

(110) Legge 14 novembre 1995, n. 481, “Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità”, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 270 del 18 novembre 1995, S. O. n. 136.

(111) Cfr. C. VOLPE, *Servizi pubblici, concessione, risoluzione e giurisdizione*, op. cit., p. 574.

(112) Dubita della necessità/utilità della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alla luce della pronuncia in questa sede oggetto di commento A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena*, op. cit., p. 977, il quale osserva che se “la giurisdizione esclusiva è costituzionalmente legittima quando anche in assenza di previsione legislativa si contemplerebbe pur sempre la giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo è evidente che della giurisdizione esclusiva non vi sarebbe più necessità (utilità) alcuna”. L'Autore ne fa conseguire che “non vi sarebbe alcuna necessità di devolvere la controversia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo o di derogare al tradizionale criterio di riparto che assegna comunque la giurisdizione sugli interessi legittimi al giudice amministrativo”.

(113) Quest'immagine è bene messa in luce da M. CLARICH, *La <tribunalizzazione> del giudice amministrativo evitata*, op. cit., p. 974.

La Corte Costituzionale ha, invece, proceduto alla riduzione dell'ambito della giurisdizione esclusiva attraverso un vero e proprio ritorno al passato e ad un modello di amministrazione ormai lontano (114). Nel delineare i confini della giurisdizione esclusiva la Consulta ha utilizzato figure concettuali che, pur appartenendo alla tradizione del diritto amministrativo, non sembrano tenere conto delle trasformazioni intervenute.

L'orientamento della Corte Costituzionale di configurare quale criterio di riparto la distinzione tra rapporti di diritto pubblico e rapporti di diritto privato è, allora, criticabile perché parametro particolarmente problematico in un ordinamento nel quale i confini tra diritto privato e diritto pubblico sono sempre più sfuggenti e le contaminazioni sempre più frequenti (115).

In particolare, il Codice dei contratti pubblici respinge l'orientamento che postulava la concessione come provvedimento amministrativo chiarendo la natura contrattuale dell'istituto. La concessione, "sfrondata di tutti i profili di carattere pubblicistico pur esistenti a monte, diventa in sostanza un semplice contratto" (116). Se allora nella concessione si è nell'ambito di un rapporto contrattuale, connotato da diritti ed obblighi reciproci, se quello che si risolve è il contratto e non il provvedimento in base al quale il negozio è stato stipulato, non si comprende il motivo per cui la controversia inerente la risoluzione del contratto, non essendo la risoluzione espressione di poteri autoritativi incidenti sul provvedimento di concessione (come ad esempio la revoca o l'annullamento), debba avere un trattamento diverso rispetto al configurarsi della corrispondente ipotesi nell'ambito di un rapporto di appalto.

Le prospettive per avere un sistema di riparto della giurisdizione idoneo ad individuare, con facilità e certezza, il giudice al quale rivolgersi sono due: o l'intera materia dell'esecuzione contrattuale viene devoluta al giudice ordinario, valorizzando la circostanza che si è in presenza di situazioni di diritto soggettivo ed il fatto che l'amministrazione non agisce come autorità; oppure devolvere alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi inerenti la fase esecutiva del contratto. Almeno in questo modo sarebbe raggiunto l'obiettivo di una minore incertezza circa l'individuazione del giudice cui doversi rivolgere.

Al termine di questo paragrafo dedicato ai profili della giurisdizione ci si potrebbe interrogare circa il ruolo del giudice amministrativo nel quadro fin qui delineato. La risposta può risultare non agevole ed il quesito è di quel-

(114) Cfr. A. PAJNO, *Giurisdizione esclusiva ed <arbitrato> costituzionale*, op. cit., p. 984. Secondo l'Autore, infatti, "le dicotomie autorità-consenso, pubblico-privato, diritto-interesse legittimo, nei termini così netti enunciati nella sentenza, non corrispondono più alla prassi dell'amministrazione ed al contenuto della legislazione di settore, e non sembrano più idonee ad evidenziare ed isolare, anche per i cambiamenti indotti dall'ordinamento comunitario, i casi in cui vi sia esercizio della pubblica funzione".

(115) Cfr. A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena*, op. cit., p. 983.

(116) Cfr. C. Volpe, *Servizi pubblici, concessione, risoluzione e giurisdizione*, op. cit., p. 575.

li che possono dare avvio ad un intenso quanto interessante dibattito; ciò che appare certo è che il ruolo del giudice amministrativo appare inscindibilmente connesso alla parabola del pubblico servizio.

9. Considerazioni conclusive

La prospettiva che in questa sede si è voluta indicare riguarda innanzitutto la concezione giuridica della concessione di servizi che si ricava dall'ordinamento comunitario. Dalla lettura degli atti normativi, *in primis* le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, delle sentenze e dei documenti comunitari sopra richiamati si ricava chiaramente una nozione di tipo negoziale dei contratti della pubblica amministrazione. E, si potrebbe aggiungere, non potrebbe essere diversamente, in quanto alla base vi è la nozione fondamentale di 'servizio', inteso come attività economica prestata normalmente dietro retribuzioni (art. 50 Tr. CE).

Come ricordato nei paragrafi che precedono, le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE per la prima volta forniscono una puntuale definizione della concessione di servizi. Anche se le stesse, come indicato dalla giurisprudenza comunitaria e dalla Commissione europea, non si applicano a queste fattispecie, il Codice dei contratti pubblici ha disposto che il loro rilascio sia subordinato all'espletamento di procedure di gara ad evidenza pubblica, rispettando quei principi diretti a garantire la concorrenza, l'imparzialità e la trasparenza nelle procedure di aggiudicazione. Lo stessa Corte di Lussemburgo ha sottoposto le concessioni di servizi all'osservanza dei principi generali in materia di appalti pubblici, i quali sono puntualmente richiamati nel Codice degli appalti (art. 30) (117).

Dunque, se la disciplina della concessione di servizi presenta delle affinità con quella relativa all'appalto di servizi, più spinosa appare la questione concernente le concessioni di pubblico servizio, in quanto, come pure si è osservato in un precedente paragrafo, mentre le prime si ispirano alla nozione generale di servizio, le concessioni di pubblico servizio si inquadrano invece nell'ambito del concetto, di origine comunitaria, di 'servizi di interesse generale' la cui base è l'art. 86 del Trattato.

I servizi pubblici, definiti 'servizi di interesse generale' nel diritto comunitario, nonostante vengano ricondotti nel più ampio *genus* dei servizi di cui agli artt. 49 ss., godono in una certa misura del privilegio dell'identità nazionale, in quanto sono sottoposti al rispetto delle norme del Trattato "*nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento in linea di*

(117) Il co. 3 dell'art. 30 del Codice dei contratti pubblici, prevede infatti che: "*La scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi*".

fatto e di diritto della specifica missione loro affidata” (art. 86 Tr. CE). Appare, quindi, fisiologico che rimanga una zona grigia nella disciplina delle concessioni di pubblici servizi, almeno fino a quando non venga approvata la più volte annunciata direttiva europea generale sulle concessioni.

Questione problematica è quella concernente il criterio distintivo che consente di delimitare la concessione dall'appalto. La Commissione europea e la Corte di Lussemburgo hanno individuato tale tratto distintivo nel fatto che nella prima l'imprenditore-concessionario sostiene una parte considerevole dell'alea economica della gestione, che altrimenti farebbe capo all'amministrazione, in quanto la sua remunerazione dipende strettamente dai proventi che può trarre dalla fruizione del servizio. Sarebbero dunque le modalità di remunerazione dell'attività svolta a costituire il tratto distintivo della concessione rispetto all'appalto.

Quel che si può obiettare a questo orientamento è la circostanza che l'accollo del rischio non può dirsi conseguenza ineludibile del meccanismo di remunerazione della prestazione del concessionario, dovendo invece essere volta per volta concretamente accertato mediante una verifica delle condizioni finanziarie stabilite nel contratto.

A mio avviso, dunque, ai fini della qualificazione di un rapporto come concessione piuttosto che come appalto non appare sufficiente limitarsi ad accertare la circostanza che il concessionario remuneri il capitale investito mediante lo sfruttamento economico della gestione (ad esempio attraverso la riscossione di un pedaggio). Occorre invece esaminare concretamente l'accollo in capo al concessionario del rischio della gestione, il quale, ad esempio, non potrebbe essere ritenuto sussistente qualora l'amministrazione concedente si obbligasse ad intervenire nel corso della gestione per coprire eventuali disavanzi assumendo la veste di garante pubblico.

Sembra essere questo il pensiero seguito dal giudice amministrativo nell'ultimo anno e che lo ha portato a riconoscere la possibilità che una concessione si possa configurare anche in quelle ipotesi in cui il concessionario non ottiene il pagamento di un prezzo da parte dei fruitori del servizio, inaugurando in tal modo un indirizzo giurisprudenziale che apre ad una estensione del requisito del rischio di gestione.

Altro nodo certamente problematico nella materia dei pubblici servizi è quello concernente il riparto della giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario. Con la sentenza n. 204 la Consulta ha restituito al giudice amministrativo la sua tradizionale funzione di giudice del potere e delle situazioni giuridiche che dialogano con il potere. Un merito che può essere riconosciuto a questa pronuncia è quello di avere, seppur in maniera incidentale, affermato la legittimità costituzionale delle norme che attribuiscono al giudice amministrativo i rimedi di carattere risarcitorio, in funzione di una tutela giurisdizionale piena ed effettiva.

Ciò che vi è di buono nella sentenza, tuttavia, non può certamente indurre un osservatore critico a trascurare i suoi punti di debolezza.

Nel tentativo di invertire la tendenza del legislatore di incrementare progressivamente i confini della giurisdizione esclusiva, nel segno dell'effetti-

vità e attraverso il ricorso al criterio delle materie, la Corte costituzionale ha fatto ricorso alle categorie tradizionali del diritto amministrativo. Ma il parametro discretivo proposto dalla Consulta (cioè l'esercizio del potere autoritativo) risente oltremodo di figure concettuali che non sembrano tenere adeguatamente conto delle trasformazioni intervenute nella società prima, e nella pubblica amministrazione poi. In una società complessa e policentrica quale quella attuale dovrebbe essere profondamente rivista la logica di contrapposizione tra pubblico e privato.

Trattasi, inoltre, di criterio assai problematico, in quanto la delimitazione dei margini del diritto privato rispetto al diritto pubblico appaiono spesse volte sfuggenti. Ne consegue che se prima dell'intervento della Corte nel 2004 i confini della giurisdizione in questa materia erano non adeguatamente definiti ed incerti, dopo la sentenza essi appaiono certamente diversi, ma non per questo più certi.

Ma tale criterio, come se non bastasse, appare in contrasto con la concezione di potere pubblico rinvenibile nell'ordinamento comunitario (118). Infatti, secondo la lettura di Lussemburgo i pubblici poteri esprimono una posizione giuridica di prevalenza, e mai di autorità. In seno all'attività contrattuale della pubblica amministrazione, secondo il diritto sovranazionale, si assiste ad un vero e proprio confronto "paritario" in vista del soddisfacimento delle esigenze dell'ente.

Concludendo, in attesa di una riforma costituzionale che modifichi il criterio di riparto della giurisdizione basato sulle situazioni giuridiche soggettive, in vista delle esigenze di effettività di tutela, e di una riconciliazione tra il diritto comunitario e quello interno, la prova cui è atteso l'interprete consiste nel valutare attentamente "l'inevitabile differente atteggiarsi delle regole 'antiche' sul corpo 'nuovo'" (119).

Ciò che appare certo è che, come ha indicato una sapiente dottrina, restare ancorati ad un modello che non esiste più appare la peggiore delle soluzioni (120).

(118) Si veda Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 5 marzo 1996, *Brasserie*; sentenza 26 marzo 1996, *British Telecommunications*; sentenza 8 ottobre 1996, *Dillenkoffer*.

(119) Questa immagine è ripresa da T. BONETTI, *La concessione di pubblici servizi tra influenza comunitaria e giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2006, n. 3, p. 303.

(120) Cfr. E. PICOZZA, *I contratti della pubblica amministrazione tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in P. RESCIGNO e E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato dei contratti*, Torino, 2007, p. 1028.

Parzialità della contestazione nella condanna dell'Italia sul condono Iva

(Corte di Giustizia delle Comunità europee, Grande Sezione, sentenza del 17 luglio 2008 nella causa C-132/06)

Come era prevedibile, la Corte di Giustizia ha ritenuto che con il c.d. condono (artt. 8 e 9 della legge 27 dicembre 2002, n. 289) la Repubblica Italiana “è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi degli artt. 2 e 22 della sesta direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, n. 77/388/CEE”.

La motivazione è coerente con la contestazione che era stata sollevata dalla Commissione. È la contestazione che suscita qualche perplessità.

Le norme sospettate di illegittimità erano inserite nel Capo, *Primo modulo della riforma del sistema fiscale* (dove è disciplinato anche il *condonato preventivo*), di una legge che portava *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2003)*. Questo complesso normativo non investiva la sola IVA, ma una serie di imposte in quanto destinato, appunto, ad avviare (*primo modulo*) la riforma del sistema fiscale statale. L'IVA, pertanto, era interessata come una delle imposte statali, tra le altre, e non avrebbe potuto essere pretermessa considerato l'obiettivo che la legge si proponeva.

È nota la situazione dell'epoca del contenzioso tributario. Le pendenze davanti ai giudici tributari erano tali che la loro definizione, secondo statistiche attendibili, avrebbe richiesto più di un decennio. Per ridurre il contenzioso in corso, così da rendere più spedito ed efficace il successivo, non c'era altra via, almeno seriamente praticabile, che intervenire su tutte le imposte in contestazione. Se se ne fosse esclusa qualcuna, si sarebbe andati incontro al rischio della illegittimità costituzionale della normativa per violazione del principio di uguaglianza, operante e tutelato anche dall'ordinamento comunitario.

L'IVA, dunque, restava coinvolta in quanto una delle imposte del sistema tributario statale, per ripristinare la cui efficienza si richiedeva un intervento globale, che non ne escludesse alcuna. I dubbi sulla legittimità comunitaria dell'intervento non per questo venivano meno, solo si sarebbero profilati da un punto di vista diverso.

La situazione del contenzioso tributario italiano era tale che si era anche dovuto mantenere in funzione la Commissione Tributaria Centrale, malgrado ne fosse stata prevista la soppressione circa venti anni prima. Le contestazioni in corso non avrebbero richiesto meno di dieci anni per essere definite, quindi in un tempo di molto superiore a quello che la Corte di Strasburgo, anche se non per le controversie tributarie, ritiene compatibile con un *giusto*

processo. La disfunzione della giustizia tributaria incideva anche sull'IVA ed i risultati erano tali che ne sarebbe rimasta pregiudicata la c.d. sua neutralità.

Dove poteva essere vista, dunque, l'infrazione? Nella deroga, in via eccezionale ed episodica, alla normativa sull'IVA o all'inefficienza della tutela giurisdizionale?

Non è il caso di richiamare i precedenti della Corte sulla necessità che, sia pure sulla base di scelte discrezionali degli Stati, debba essere assicurata l'attuazione della normativa comunitaria, e delle tutele conseguenti, attraverso un efficiente procedimento giurisdizionale.

Lo Stato italiano è intervenuto nella forma contestata proprio in vista di questo obiettivo che, essendo di portata generale, non poteva non investire i procedimenti giurisdizionali per tutte le imposte.

Non c'è dubbio che isolare l'IVA e fondare la contestazione sulla sesta direttiva sia stato più agevole per la Commissione, ma la Corte avrebbe potuto verificare (in altre occasioni lo ha fatto) se la contestazione fosse stata formulata in base alle norme comunitarie appropriate.

La Commissione si è posta la domanda se la normativa comunitaria sull'IVA fosse stata osservata. Prima di porsi, avrebbe dovuto individuare l'obiettivo perseguito dalla normativa italiana. Una volta verificato che l'intervento non investiva l'IVA, di per sé, ma in quanto una delle imposte oggetto di procedimenti giurisdizionali, la cui definizione non sarebbe sicuramente intervenuta in tempi accettabili, si sarebbe dovuta domandare se da un intervento, di portata così ampia, si sarebbe potuto escludere l'IVA. La Commissione, fermandosi alla prima domanda, ha finito con il pregiudicare la capacità di effetti della sentenza.

Secondo l'art. 10 CE lo Stato è tenuto ad adottare *“tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti da determinati atti delle istituzioni della Comunità”*. Per la struttura della contestazione e della motivazione della sentenza non è facile individuare in che modo vi si possa dare attuazione. In linea di principio andrebbero abrogate le norme ritenute comunitariamente illegittime.

Quali sarebbero le conseguenze è facile da prevedere. Si finirebbe con il produrre effetti comunitariamente più dannosi di quelli messi in evidenza dalla Corte e con il rendere l'IVA molto meno neutrale di quanto non lo sia stata a seguito dell'applicazione degli artt. 8 e 9 della legge n. 289/2002.

Esclusa l'abrogazione, non restano alternative. La sentenza, così come è, non sembra attuabile.

Non è fuori luogo qualche dubbio sulla possibilità per la Commissione di indicare *“i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza della Corte comporta”*, come prevede l'art. 228.2, secondo comma, CE. Se l'indicazione non sarà possibile, la Commissione non potrà nemmeno prendere in considerazione una nuova contestazione, sempre ai sensi dell'art. 228.2, secondo comma, CE.

Un ricorso che avesse investito il procedimento giurisdizionale tributario, una volta accolto dalla Corte, avrebbe portato ad una sentenza per la quale non ci sarebbero state difficoltà di esecuzione.

Allo Stato italiano si sarebbe potuto richiedere di rendere rapidi i procedimenti giurisdizionali in materia di IVA in modo da evitare per il futuro l'accumulo di un arretrato che finisse con il provocare un intervento analogo.

I rapporti comunitari hanno raggiunto una complessità che richiede una sempre maggiore razionalizzazione degli interventi sia degli Stati che della Commissione. Mentre gli Stati vengono sempre più severamente richiamati all'osservanza dei doveri comunitari, sarebbe auspicabile che le infrazioni fossero contestate per come effettivamente si presentano e non sotto profili parziali, anche se di più agevole inquadramento normativo. Così facendo, come conferma il caso in esame, si potrebbero conseguire risultati utili anche per lo Stato inadempiente.

Avvocato Glauco Nori^()*

Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 17 luglio 2008 – Commissione delle Comunità europee/Repubblica italiana. (Avvocato dello Stato G. De Bellis – AL 15016/06).

(Inadempimento di uno Stato – Art. 10 CE – Sesta direttiva IVA – Obblighi in regime interno – Controllo delle operazioni imponibili – Condono)

«(Omissis)

1 Con il suo ricorso la Commissione delle Comunità europee chiede alla Corte di dichiarare che la Repubblica italiana, avendo previsto in maniera espressa e generale, agli artt. 8 e 9 della legge 27 dicembre 2002, n. 289, disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2003) (Supplemento ordinario alla GURI n. 240/L. del 31 dicembre 2002; in prosieguo: la «legge n. 289/2002»), una rinuncia all'accertamento delle operazioni imponibili effettuate nel corso di una serie di periodi di imposta, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi degli artt. 2 e 22 della sesta direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, 77/388/CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari – Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme (GU L 145, pag. 1, in prosieguo: la «sesta direttiva»), nonché dell'art. 10 CE.

Contesto normativo

Il diritto comunitario

2 Ai sensi dell'art. 10 CE:

«Gli Stati membri adottano tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità. Essi facilitano quest'ultima nell'adempimento dei propri compiti. Essi si astengono da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del presente trattato».

3 Il secondo 'considerando' della sesta direttiva è formulato come segue:

^(*) Vice Avvocato Generale dello Stato – Presidente del Comitato scientifico.

«considerando che (...) il bilancio delle Comunità sarà, senza pregiudizio delle altre entrate, integralmente finanziato con risorse proprie delle Comunità; che queste risorse comprendono, tra l'altro, quelle provenienti dall'imposta sul valore aggiunto [(in prosieguo: l'"IVA")] e ottenute mediante applicazione di una aliquota comune ad una base imponibile determinata in modo uniforme e secondo regole comunitarie».

4 Il quarto 'considerando' di questa direttiva è redatto come segue:

«considerando che è opportuno tener conto dell'obiettivo della soppressione delle imposizioni all'importazione e delle detassazioni all'esportazione per gli scambi tra gli Stati membri e garantire la neutralità del sistema comune di imposte sulla cifra d'affari in ordine all'origine dei beni e delle prestazioni di servizi, onde realizzare a termine un mercato comune che implichi una sana concorrenza e presenti caratteristiche analoghe a quelle di un vero mercato interno».

5 Il quattordicesimo 'considerando' della suddetta direttiva è così formulato:

«considerando che gli obblighi dei contribuenti debbono essere, per quanto possibile, armonizzati per assicurare le garanzie necessarie a una riscossione equivalente dell'imposta in tutti gli Stati membri; che i contribuenti debbono segnatamente dichiarare periodicamente l'ammontare complessivo delle proprie operazioni, a monte ed a valle, quando ciò è necessario per stabilire e controllare la base imponibile delle risorse proprie».

6 Ai sensi dell'art. 2 della sesta direttiva, sono soggette all'IVA le cessioni di beni e le prestazioni di servizi effettuate a titolo oneroso all'interno del paese da un soggetto passivo che agisce in quanto tale, nonché le importazioni di beni.

7 L'art. 22 della sesta direttiva così dispone:

«(...)

4. Ogni soggetto passivo deve presentare una dichiarazione entro un termine che dovrà essere stabilito dagli Stati membri. (...)

(...)

5. Ogni soggetto passivo deve pagare l'importo netto dell'[IVA] al momento della presentazione della dichiarazione periodica. Gli Stati membri possono tuttavia stabilire un'altra scadenza per il pagamento di questo importo o per la riscossione di acconti provvisori.

(...)

8. (...) gli Stati membri hanno la facoltà di stabilire altri obblighi che essi ritengano necessari ad assicurare l'esatta riscossione dell'imposta e ad evitare le frodi.

(...)».

Il diritto nazionale

8 Gli artt. 8 e 9 della legge n. 289/2002, che regolano rispettivamente l'«Integrazione degli imponibili per gli anni pregressi» e la «Definizione automatica per gli anni pregressi», riguardano sia l'IVA che altre imposte e prelievi obbligatori.

L'art. 8 della legge n. 289/2002

9 In sostanza, l'art. 8 della legge n. 289/2002 prevede la possibilità per i contribuenti di presentare una dichiarazione integrativa dell'IVA al fine di rettificare quelle già presentate per i periodi d'imposta compresi fra il 1998 ed il 2001. Conformemente al suddetto art. 8, terzo comma, questa dichiarazione deve essere accompagnata dal pagamento della maggiore imposta dovuta a titolo di IVA entro il 16 aprile 2003, calcolata «mediante l'applicazione delle disposizioni vigenti in ciascun periodo di imposta». La predetta dichiarazione è valida solo se indica i maggiori importi dovuti pari almeno a EUR 300 per ciascun periodo di imposta. I pagamenti possono essere divisi in due rate di pari importo se eccedono la somma di EUR 3 000 per le persone fisiche o di EUR 6 000 per le persone giuridiche.

10 L'art. 8, quarto comma, della legge n. 289/2002 contempla la possibilità di presentare la dichiarazione integrativa dell'IVA in forma riservata. Tuttavia, il contribuente che non ha presentato nessuna dichiarazione relativa ai periodi d'imposta interessati non può beneficiare di questa opportunità.

11 Ai sensi dell'art. 8, sesto comma, di questa legge, la presentazione di una dichiarazione integrativa dell'IVA comporta, relativamente agli importi pari alla maggiore IVA, risultanti da questa dichiarazione aumentati del 100%, vale a dire un importo dell'IVA dovuta doppio rispetto a quello dichiarato dal contribuente, l'estinzione delle sanzioni amministrative tributarie, l'esclusione della punibilità del contribuente interessato per alcuni reati tributari e comuni e l'esclusione di ogni accertamento tributario.

12 L'art. 8, nono comma, della suddetta legge consente ai soggetti passivi che hanno utilizzato la procedura riservata prevista dall'art. 8, quarto comma, della stessa, di essere esenti da ogni verifica diversa da quella riguardante la coerenza delle loro dichiarazioni integrative.

13 L'art. 8, decimo comma, della legge n. 289/2002 stabilisce che non possono tuttavia avvalersi delle disposizioni dell'art. 8:

– i contribuenti ai quali, alla data di entrata in vigore della detta legge, sia stato notificato processo verbale di constatazione con esito positivo, ovvero avviso di accertamento, nonché invito al contraddittorio;

– i contribuenti nei cui confronti sia stata esercitata un'azione penale per gli illeciti di cui all'art. 8, sesto comma, lett. c), della stessa legge, e della quale hanno avuto formale conoscenza entro la data di presentazione della dichiarazione integrativa dell'IVA.

14 In base all'art. 8, dodicesimo comma, della legge n. 289/2002, il deposito di una dichiarazione integrativa dell'IVA non può costituire notizia di reato.

L'art. 9 della legge n. 289/2002

15 L'art. 9 della legge n. 289/2002 riguarda la «Definizione automatica per gli anni pregressi». In base alla circolare dell'Agenzia delle Entrate – Direzione centrale normativa e contenzioso 21 febbraio 2003, n. 12, la dichiarazione per detta definizione automatica, ai sensi dell'art. 9 della legge n. 289/2002, non ha come scopo, a differenza della dichiarazione integrativa dell'IVA prevista dall'art. 8 della stessa legge, la dichiarazione dei maggiori imponibili, ma la presentazione dei dati che consentono di determinare gli importi da versare per ottenere il beneficio del condono.

16 Se i periodi d'imposta contemplati dalla suddetta definizione automatica sono gli stessi di quelli previsti dall'art. 8 della legge n. 289/2002, la dichiarazione sottoscritta ai sensi dell'art. 9 della stessa deve, in compenso, in base al primo comma dell'art. 9, riguardare, «a pena di nullità, tutti i periodi d'imposta».

17 Ai sensi dell'art. 9, secondo comma, lett. b), della legge n. 289/2002, la definizione automatica ai fini dell'IVA è realizzata con il versamento, per ciascun periodo d'imposta, «di un importo pari alla somma del 2 per cento dell'imposta relativa alle cessioni di beni e alle prestazioni di servizi effettuate dal contribuente, per le quali l'imposta è divenuta esigibile nel periodo d'imposta», e del 2% dell'IVA sulle cessioni di beni e sulle prestazioni di servizi «detratta nel medesimo periodo»; i suddetti importi devono essere cumulati. Tale percentuale è pari all'1,5% se l'imposta esigibile ovvero l'imposta detratta superano gli importi di EUR 200 000, e all'1% per un importo di imposta superiore a EUR 300 000. Quando l'applicazione di questa disposizione comporta il versamento di un importo superiore a EUR 11 600 000, la parte eccedente tale importo è ridotta dell'80%. L'art. 9, sesto comma, della suddetta legge introduce tuttavia un sistema di pagamento di un importo minimo per ogni periodo d'imposta, vale a dire EUR 500 se l'ammontare del volume d'affari del

contribuente non supera EUR 50 000, EUR 600 se quest'ultimo è compreso tra EUR 50 000 e EUR 180 000 e EUR 700 se esso supera EUR 180 000.

18 Per ogni periodo d'imposta relativamente al quale non sia stata depositata alcuna dichiarazione, l'art. 9, ottavo comma, della legge n. 289/2002 impone il versamento di una somma forfettaria pari a EUR 1 500 per le persone fisiche interessate, elevata a EUR 3 000 per le società e le associazioni.

19 Ai sensi dell'art. 9, decimo comma, lett. b) e c), della predetta legge, la definizione automatica ai fini dell'IVA comporta, per il contribuente interessato, l'estinzione delle sanzioni amministrative tributarie, l'esclusione dell'applicazione di sanzioni penali per alcuni reati tributari e comuni connessi, nonché l'esclusione di ogni accertamento tributario.

20 A termini dell'art. 9, quattordicesimo comma, della legge n. 289/2002, sono esclusi dal beneficio della suddetta definizione automatica:

- i contribuenti ai quali, alla data di entrata in vigore di questa legge, sia stato notificato processo verbale di constatazione con esito positivo, ovvero avviso di accertamento, nonché invito al contraddittorio;
- i contribuenti nei cui confronti sia stata esercitata l'azione penale per gli illeciti di cui all'art. 9, decimo comma, lett. c), della stessa legge, e della quale abbiano avuto formale conoscenza entro la data di presentazione della dichiarazione integrativa;
- i contribuenti che abbiano omesso di presentare l'insieme delle dichiarazioni relative a tutti i tributi di cui all'art. 9, secondo comma, e per tutti i periodi d'imposta di cui allo stesso art. 9, primo comma.

Procedimento precontenzioso

21 Ritenendo che le disposizioni degli artt. 8 e 9 della legge n. 289/2002 siano incompatibili con gli artt. 2 e 22 della sesta direttiva nonché con gli artt. 10 CE e 249 CE, la Commissione, conformemente alla procedura prevista dall'art. 226 CE, in data 16 dicembre 2003 ha trasmesso alla Repubblica italiana una lettera di diffida. Con lettera del 30 marzo 2004 detto Stato membro ha contestato l'incompatibilità addotta dalla Commissione. Non soddisfatta della risposta della Repubblica italiana, la Commissione ha inviato a questo Stato membro, con lettera del 18 ottobre 2004, un parere motivato invitandolo a conformarsi entro un termine di due mesi a decorrere dal suo ricevimento. Nella risposta del 31 gennaio 2005 al predetto parere motivato, la Repubblica italiana ha nuovamente contestato l'esistenza di siffatta incompatibilità. Alla luce di ciò, la Commissione ha deciso di proporre il presente ricorso.

Sul ricorso

Argomenti delle parti

22 La Commissione sostiene che la Repubblica italiana, avendo previsto in maniera espressa e generale, agli artt. 8 e 9 della legge n. 289/2002, la rinuncia all'accertamento delle operazioni imponibili effettuate nel corso di una serie di periodi di imposta, ha violato gli obblighi ad essa imposti dagli artt. 2 e 22 della sesta direttiva e dall'art. 10 CE.

23 La Commissione precisa che gli artt. 2 e 22 della sesta direttiva e l'art. 10 CE impongono agli Stati membri un duplice obbligo, dato che questi ultimi sono tenuti ad adottare, da un lato, tutti gli atti legislativi di diritto nazionale necessari a dare attuazione alla sesta direttiva e, dall'altro, ad attuare tutte le misure di natura amministrativa necessarie ad assicurare l'osservanza, da parte dei soggetti passivi IVA, degli obblighi derivanti dalla medesima direttiva, in particolare dell'obbligo di pagare, nell'arco di un certo periodo di tempo, l'imposta dovuta a seguito dell'effettuazione di operazioni imponibili.

24 Secondo la Commissione, gli artt. 8 e 9 della legge n. 289/2002 costituiscono una deroga alla legislazione generale disciplinante l'IVA in Italia, legislazione che a sua volta

costituisce il recepimento in diritto italiano delle direttive comunitarie in materia di IVA. La Commissione ritiene che tale deroga sia contraria agli artt. 2 e 22 della sesta direttiva.

25 Riguardo all'obbligo imposto agli Stati membri ai sensi dell'art. 2 della sesta direttiva di assoggettare ad IVA tutte le cessioni di beni e tutte le prestazioni di servizi, la Commissione sostiene che uno Stato membro non può sottrarsi unilateralmente all'obbligo di assoggettare ad IVA determinate categorie di operazioni imponibili, o introducendo esenzioni d'imposta non previste dal legislatore comunitario, o escludendo dall'ambito di applicazione di questa direttiva operazioni imponibili che viceversa dovrebbero esservi ricomprese.

26 Per quel che riguarda gli obblighi previsti dall'art. 22 della sesta direttiva, la Commissione rileva che, siccome questi obblighi sono formulati in termini inequivocabili e tassativi, gli Stati membri possono dispensare i soggetti passivi dall'uno o dall'altro di tali obblighi solo se una specifica norma dell'art. 22 conferisca loro esplicitamente tale facoltà di deroga. Secondo la Commissione, l'art. 22, n. 8, della predetta direttiva ha lo scopo di fornire alle amministrazioni fiscali nazionali gli strumenti di controllo necessari, sottoponendo nel contempo i soggetti passivi ad obblighi corrispondenti a tali doveri di controllo, e imponendo agli Stati membri l'obbligo di «assicurare l'esatta riscossione dell'imposta» mediante un'efficace azione di accertamento e di lotta all'evasione. A parere della Commissione, il suddetto art. 22 non conferisce agli Stati membri un potere discrezionale che consenta loro di esonerare la totalità dei contribuenti dall'obbligo di tenere una contabilità, di emettere fatture e di presentare una dichiarazione di pagamento dell'IVA.

27 La Commissione riconosce che gli Stati membri, nel verificare l'esattezza delle dichiarazioni IVA e dei relativi versamenti da parte dei soggetti passivi, hanno un certo margine di discrezionalità che consente loro di calibrare la propria azione di controllo in funzione delle risorse umane e dei mezzi tecnici disponibili a tal fine. Essa, tuttavia, sostiene che gli artt. 8 e 9 della legge n. 289/2002 hanno ecceduto il margine di discrezionalità concesso agli Stati membri dal legislatore comunitario, poiché la Repubblica italiana ha rinunciato in modo generale, indiscriminato e preventivo ad ogni attività di accertamento e verifica in materia di IVA.

28 Inoltre, nel constatare l'assenza di un qualsiasi nesso fra il debito di imposta calcolato secondo le norme ordinarie dell'IVA e gli importi da versare da parte dei contribuenti che desiderino beneficiare dei regimi di condono previsti rispettivamente dagli artt. 8 e 9 della legge n. 289/2002, la Commissione ritiene che le disposizioni dei predetti articoli possono provocare gravi distorsioni nel corretto funzionamento del sistema comune dell'IVA, alterare il principio di neutralità fiscale inerente a questo sistema e compromettere l'obbligo di garantire la riscossione equivalente dell'imposta in tutti gli Stati membri.

29 La Repubblica italiana, che riconosce che la normativa comunitaria in materia di IVA impone agli Stati membri di applicare l'imposta a tutti i contribuenti e di effettuare il relativo controllo, sostiene che il meccanismo di cui agli artt. 8 e 9 della legge n. 289/2002 non ha effetto né sugli obblighi dei contribuenti né sugli elementi costitutivi dell'imposta. Esso riguarderebbe, invece, gli ambiti di operatività del controllo e della riscossione dell'imposta, in relazione ai quali gli Stati membri dispongono di un potere discrezionale.

30 Secondo questo Stato membro, la censura della Commissione diretta a definire il meccanismo previsto dagli artt. 8 e 9 della legge n. 289/2002 come rinuncia «generale, indiscriminata e preventiva ad ogni attività di accertamento e verifica in materia di IVA», equivale a impedire in generale agli Stati membri di ricorrere a strumenti di conciliazione o di definizione delle liti pendenti al fine di evitare contenziosi ed assicurarsi un gettito immediato, mediante riduzioni concordate del tributo.

31 La Repubblica italiana rileva in particolare che la propria amministrazione finanziaria non è in grado di controllare la totalità dei contribuenti, con la conseguenza che il regime previsto agli artt. 8 e 9 della legge n. 289/2002 consente di incamerare subito una parte non trascurabile dell'imposta e di indirizzare l'attività di controllo nei confronti dei contribuenti che non si sono avvalsi del condono in esame.

32 Il suddetto Stato membro sostiene anche che il fatto di percepire un'imposta, a suo parere, notevolmente maggiore di quella riscuotibile sulla base dell'ordinaria attività di accertamento e controllo consente di ritenere rispettati gli obblighi derivanti dalla sesta direttiva, non potendosi affermare il contrario solo perché il recupero è avvenuto con un versamento spontaneo dei contribuenti anziché a seguito di una pretesa coattiva dell'amministrazione finanziaria.

33 Questo Stato membro osserva che l'art. 8 della legge n. 289/2002 ha lo scopo di consentire ai contribuenti, non ancora individuati come evasori dall'amministrazione finanziaria, di sanare la propria posizione a condizione che dichiarino spontaneamente l'imponibile evaso e che versino una somma pari ad almeno il 50% dell'imposta evasa (ovvero ai 2/3 se trattasi di ritenute). Con il pagamento, all'amministrazione finanziaria sarebbe preclusa la possibilità di effettuare accertamenti sulle somme che non superino di almeno il 100% (50% per le ritenute) quelle dichiarate a titolo integrativo.

34 Nell'invocare l'art. 8, decimo comma, della legge n. 289/2002, le cui disposizioni sono menzionate al punto 13 della presente sentenza, la Repubblica italiana sostiene che i contribuenti già individuati come evasori sono esclusi dal beneficio di cui al predetto art. 8.

35 Riguardo all'art. 9 della legge n. 289/2002, la Repubblica italiana sottolinea che il beneficio previsto da questa disposizione non è concesso nelle due ipotesi di cui all'art. 8, decimo comma, di tale legge, indicate al punto 13 della presente sentenza, nonché ai sensi dell'art. 9, quattordicesimo comma, della predetta legge, qualora l'interessato abbia ommesso di presentare l'insieme delle dichiarazioni relative a tutti i contributi ex art. 9, secondo comma, e per tutti i periodi di imposta considerati all'art. 9, primo comma.

36 Questo Stato membro precisa che il riferimento, nell'art. 9, quattordicesimo comma, della legge n. 289/2002, a «tutti i tributi di cui al comma 2» è stato sempre interpretato nel senso di considerare separatamente i tributi di cui all'art. 9, secondo comma, lett. a), di questa legge e l'IVA, di cui allo stesso art. 9, secondo comma, lett. b). Conseguentemente, si è ritenuto ostativo al beneficio della definizione automatica di cui al suddetto art. 9 il fatto di avere ommesso di dichiarare l'IVA per tutte le annualità interessate, anche se risultavano presentate, per i medesimi anni, dichiarazioni relative ad altre imposte. Il predetto Stato membro aggiunge che, conformemente all'art. 9, nono comma, della legge n. 289/2002, l'amministrazione finanziaria ha sempre il diritto di riscuotere l'imposta dovuta sulla base dei dati derivanti dalla dichiarazione IVA e che, comunque sia, il controllo fiscale è sempre possibile qualora si tratti di accertare il diritto (o la mancanza del diritto) al rimborso dell'imposta che dovrebbe risultare da questa dichiarazione.

Giudizio della Corte

37 Dagli artt. 2 e 22 della sesta direttiva e dall'art. 10 CE emerge che ogni Stato membro ha l'obbligo di adottare tutte le misure legislative e amministrative al fine di garantire che l'IVA sia interamente riscossa nel suo territorio. A tale riguardo, gli Stati membri sono obbligati ad accertare le dichiarazioni fiscali dei contribuenti, la relativa contabilità e gli altri documenti utili, nonché a calcolare e a riscuotere l'imposta dovuta.

38 Nell'ambito del sistema comune dell'IVA, gli Stati membri sono tenuti a garantire il rispetto degli obblighi a carico dei soggetti passivi e beneficiano, a tale riguardo, di una certa libertà in relazione, segnatamente, al modo di utilizzare i mezzi a loro disposizione.

39 Questa libertà, tuttavia, è limitata dall'obbligo di garantire una riscossione effettiva delle risorse proprie della Comunità e da quello di non creare differenze significative nel modo di trattare i contribuenti, e questo sia all'interno di uno degli Stati membri che nell'insieme di tutti loro. La Corte ha dichiarato che la sesta direttiva deve essere interpretata in conformità al principio di neutralità fiscale inerente al sistema comune dell'IVA, in base al quale gli operatori economici che effettuano le stesse operazioni non devono essere trattati diversamente in materia di riscossione dell'IVA (sentenza 16 settembre 2004, causa C-382/02, *Cimber Air*, Racc. pag. I-8379, punto 24). Ogni azione degli Stati membri riguardante la riscossione dell'IVA deve rispettare questo principio.

40 Ai sensi dell'art. 8 della legge n. 289/2002, i contribuenti che non hanno osservato gli obblighi relativi agli esercizi d'imposta compresi tra il 1998 e il 2001 – ovvero, in determinati casi, un anno soltanto prima dell'adozione di questa legge – possono sottrarsi ad ogni accertamento e alle sanzioni applicabili fino a un limite equivalente al doppio dell'importo dell'IVA che risulta nella dichiarazione integrativa. Le autorità italiane, infatti, non hanno più titolo per accertare le operazioni imponibili effettuate durante i quattro anni precedenti l'adozione della predetta legge, nel limite tuttavia degli importi definiti all'art. 8, sesto comma, della stessa. Questa rinuncia è applicabile, in linea di principio, qualora il contribuente dichiari e corrisponda l'importo che avrebbe dovuto pagare inizialmente. Tuttavia, dato che un accertamento può essere eseguito solo per gli importi superiori al doppio di quelli che il soggetto passivo ha comunicato nella dichiarazione integrativa dell'IVA, la legge n. 289/2002 è tale da indurre fortemente i contribuenti a dichiarare soltanto una parte del debito effettivamente dovuto. Ne consegue che i contribuenti che beneficiano del condono ai sensi di questo articolo si sottraggono definitivamente agli obblighi ad essi incombenenti di dichiarare e di pagare l'importo dell'IVA normalmente dovuto per i periodi d'imposta compresi fra il 1998 ed il 2001.

41 Riguardo all'importo dell'IVA dovuto ai sensi dell'art. 9 della legge n. 289/2002, esso si discosta maggiormente da quello che il contribuente avrebbe dovuto pagare. A termini di questo articolo, infatti, un soggetto passivo che non ha presentato la dichiarazione relativa agli esercizi di imposta compresi tra il 1998 ed il 2001 può sottrarsi ad ogni controllo e a qualunque sanzione amministrativa tributaria e penale, versando un importo corrispondente al 2% dell'IVA dovuta sulle cessioni di beni e sulle prestazioni di servizi da lui effettuate ed un importo pari al 2% dell'IVA detratta nel medesimo periodo. Questa percentuale è dell'1,5% per un'imposta esigibile o per un'imposta detratta che superi EUR 200 000 e dell'1% per un importo eccedente EUR 300 000. Qualora l'importo dovuto in applicazione dell'art. 9 superi un determinato livello, la parte eccedente tale importo è ridotta dell'80%. Gli importi che devono essere pagati non possono essere inferiori a EUR 500.

42 Ne consegue che l'art. 9 della legge n. 289/2002 consente ai contribuenti che non hanno osservato gli obblighi in materia di IVA, relativi agli esercizi d'imposta compresi tra il 1998 ed il 2001, di sottrarsi definitivamente a questi ultimi e alle sanzioni dovute per il mancato rispetto degli stessi, versando una somma forfettaria invece di un importo proporzionale al fatturato realizzato. Orbene, queste somme forfettarie sono sproporzionate rispetto all'importo che il soggetto passivo avrebbe dovuto versare sulla base del volume d'affari risultante dalle operazioni da lui effettuate, ma non dichiarate.

43 Sostituendo, appena dopo la scadenza dei termini assegnati ai soggetti passivi per corrispondere gli importi dell'IVA normalmente dovuti, gli obblighi degli interessati risultanti dagli artt. 2 e 22 della sesta direttiva con altri obblighi che non richiedono il pagamen-

to dei suddetti importi, gli artt. 8 e 9 della legge n. 289/2002 svuotano di contenuto questi articoli della sesta direttiva, che sono tuttavia alla base del sistema comune dell'IVA e incidono, pertanto, sulla struttura stessa di questa imposta. Lo squilibrio significativo esistente tra gli importi effettivamente dovuti e quelli corrisposti dai contribuenti che intendono beneficiare del condono in questione conduce ad una quasi-esenzione fiscale.

44 Ne deriva che la legge n. 289/2002 pregiudica seriamente il corretto funzionamento del sistema comune dell'IVA. Le disposizioni di detta legge, introducendo rilevanti differenze di trattamento tra i soggetti passivi sul territorio italiano, alterano il principio di neutralità fiscale. Per lo stesso motivo, queste disposizioni violano l'obbligo di garantire una riscossione equivalente dell'imposta in tutti gli Stati membri.

45 Come indicato al quarto 'considerando' della sesta direttiva, nella misura in cui il principio di neutralità fiscale consente la realizzazione di un mercato comune che implichi una sana concorrenza, il funzionamento stesso di quest'ultimo è pregiudicato dalla legislazione italiana poiché i contribuenti in Italia possono attendersi di non dover versare una parte significativa dei loro oneri fiscali.

46 In tale contesto occorre sottolineare che la lotta contro la frode è un obiettivo riconosciuto e promosso dalla sesta direttiva (v. sentenze 21 febbraio 2006, causa C-255/02, Halifax e a., Racc. pag. I-1609, punto 71, e 22 maggio 2008, causa C-162/07, Ampliscientifica e Amplifin, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 29). L'art. 22, n. 8, della sesta direttiva invita gli Stati membri a stabilire, all'occorrenza, altri obblighi per evitare le frodi.

47 Orbene, è giocoforza constatare che la legislazione italiana produce un effetto contrario nella misura in cui i contribuenti colpevoli di frode risultano favoriti dalla legge n. 289/2002.

48 La Repubblica italiana sostiene che i casi di esclusione dal beneficio del condono fiscale in esame portano a minimizzare l'impatto reale di quest'ultimo. Essa rileva in particolare che i contribuenti che non hanno depositato le dichiarazioni IVA per nessuno degli esercizi fiscali rilevanti, nonché coloro che non hanno rispettato gli obblighi in materia di IVA e nei cui confronti sia già stato definito un procedimento a favore delle autorità fiscali, sono esclusi dal beneficio di tale misura.

49 Tuttavia, le cifre fornite dalla Repubblica italiana nel controricorso, in base alle quali circa il 15% dei soggetti passivi, ossia quasi 800 000 di loro, avrebbero richiesto il beneficio del condono fiscale nel corso dell'anno 2001, sottolineano l'importanza di una misura che non può essere considerata di portata limitata, nonostante i casi di esclusione allegati dallo Stato membro interessato.

50 Dato che i casi di esclusione sono molto limitati, occorre constatare che la Commissione giustamente qualifica la misura del condono come una rinuncia generale e indiscriminata al potere di verifica e rettifica da parte dell'amministrazione finanziaria.

51 La Repubblica italiana sostiene che la legge n. 289/2002 avrebbe consentito all'erario di recuperare immediatamente, e senza la necessità di avviare lunghi procedimenti giudiziari, una parte dell'IVA non dichiarata inizialmente.

52 Orbene, introducendo una misura di condono appena dopo la scadenza dei termini entro cui i soggetti passivi avrebbero dovuto pagare l'IVA e richiedendo il pagamento di un importo assai modesto rispetto a quello effettivamente dovuto, la misura in questione consente ai soggetti passivi interessati di sottrarsi definitivamente agli obblighi ad essi incombenti in materia di IVA, anche se le autorità fiscali nazionali avrebbero potuto individuare almeno una parte di questi contribuenti durante i quattro anni precedenti alla data di prescrizione dell'imposta normalmente dovuta. In questo senso, la legge n. 289/2002 rimette in

discussione la responsabilità che grava su ogni Stato membro di garantire l'esatta riscossione dell'imposta.

53 Di conseguenza, occorre ritenere fondato il ricorso proposto dalla Commissione e dichiarare che la Repubblica italiana, avendo previsto agli artt. 8 e 9 della legge n. 289/2002 una rinuncia generale e indiscriminata all'accertamento delle operazioni imponibili effettuate nel corso di una serie di periodi d'imposta, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenenti ai sensi degli artt. 2 e 22 della sesta direttiva nonché dell'art. 10 CE.

Sulle spese

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

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

1) La Repubblica italiana, avendo previsto agli artt. 8 e 9 della legge 27 dicembre 2002, n. 289, le disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2003), una rinuncia generale e indiscriminata all'accertamento delle operazioni imponibili effettuate nel corso di una serie di periodi di imposta, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenenti ai sensi degli artt. 2 e 22 della sesta direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, 77/388/CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari – Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme, nonché dell'art. 10 CE.

2) La Repubblica italiana è condannata alle spese».

Sull'affidamento diretto di servizi di trasporto sanitario ad associazioni di volontariato

(Corte di Giustizia delle Comunità europee, Terza Sezione, sentenza del 29 novembre 2007 nella causa C-119/06)

I fatti in causa

Con la sentenza del 29 novembre del 2007, la Corte di Giustizia della Comunità Europea ha rigettato il ricorso che la Commissione ha presentato contro la Repubblica Italiana, in riferimento agli accordi quadro conclusi dalla Regione Toscana e dalle Aziende sanitarie della medesima regione con la Confederazione delle Misericordie d'Italia, l'Associazione Nazionale Pubbliche Assistenze (Comitato Regionale Toscano) e con la Croce Rossa Italiana (Sezione Toscana). Tali accordi concernono l'affidamento delle attività di trasporto sanitario, nonché dei servizi di trasporto sanitario ordinario e di emergenza.

Secondo la Commissione tali accordi sono sostanzialmente dei contratti di appalto di pubblici servizi, e pertanto va al caso di specie applicata la procedura di selezione del contraente tramite gara, prevista dalla Direttiva Comunitaria 92/50 del Consiglio 18 giugno 1992 (1), che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di pubblico servizio, a nulla rilevando la natura di associazioni di volontariato senza scopo di lucro delle associazioni affidatarie. Il fondamento della tesi della Commissione risiede nella considerazione che gli accordi in questione abbiano carattere oneroso, vista la previsione di un meccanismo di retribuzione degli operatori che effettuano il servizio di trasporto sanitario. Tale meccanismo prevede il pagamento di una somma fissa per ogni veicolo che deve restare a disposizione per interventi (*stand-by*), il pagamento di una somma fissa per i trasporti fino a 25 Km e di importi supplementari per ogni Km percorso oltre i 25 Km, ed infine il pagamento di somme crescenti per i tempi di sosta durante le attività di trasporto.

Dunque secondo il parere della Commissione l'oggetto di detti accordi risiede nella prestazione di servizi dietro il pagamento di un prezzo. Configurata in tal modo l'esistenza di un appalto di pubblici servizi, la Commissione prospetta la violazione della Direttiva 92/50 (2), e del princi-

(1) La direttiva in esame è ora sostituita dalla direttiva 31 marzo 2004 n. 18/CE, la quale, trovando applicazione a decorrere dal 31 gennaio 2006, non è applicabile, *ratione temporis*, alla fattispecie.

(2) Riportiamo di seguito i testi degli artt. che principalmente hanno rilevato ai fini della decisione *de qua*:

All'art. 1 della stessa è previsto che "Ai fini della presente direttiva s'intendono per: "appalti pubblici di servizi", i contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi ed un'amministrazione aggiudicatrice".

pio di non discriminazione tra i prestatori potenzialmente interessati dall'operazione economica controversa (3).

In via principale la Commissione, raffrontando il valore dei servizi in oggetto con l'allegato IA e IB della Direttiva (4), ha rilevato che gli stessi andavano disciplinati in conformità ai titoli III e IV della Direttiva, ai sensi dell'art. 10 della stessa. Ivi sono sanciti in particolare la necessità della pubblicazione di un bando di gara e l'aggiudicazione dell'appalto mediante procedura aperta o ristretta.

La Repubblica Italiana, costituitasi, ha chiesto il rigetto del ricorso, evidenziando, in primo luogo, la natura di associazioni di volontariato delle associazioni interessate, le quali fanno parte del tessuto storico culturale dell'Italia, e svolgono da secoli un ruolo importante in materia di solidarietà e di coesione nella società italiana. Ha quindi sottolineato che gli eventuali pagamenti corrisposti in loro favore hanno la loro unica ragion d'essere nella necessità di rimborsare le spese sostenute per prestare i loro servizi alla cittadinanza e che gli accordi, sui quali si fonda il ricorso della Commissione, si limitano a disciplinare tali rimborsi, senza prevedere alcun altro tipo di remunerazione. Remunerazione che d'altronde non avrebbe ragione di essere, vista la natura delle associazioni, la quale non corrisponde a quella di operatori commerciali "prestatori di servizi". Per tale motivo l'attività in oggetto è svolta al di fuori del mercato e dall'ambito di applicazione della concorrenza. Dunque, a giudizio della difesa, gli accordi di cui si contesta la legittimità non hanno titolo oneroso, né tantomeno costituiscono appalti pubblici, e pertanto resterebbero fuori dall'applicazione della Direttiva 92/50.

Il menzionato art. 6 prevede che *"La presente direttiva non si applica agli appalti pubblici di servizi aggiudicati ad un ente che sia esso stesso un'amministrazione ai sensi dell'articolo 1, lettera b), in base a un diritto esclusivo di cui beneficia in virtù delle disposizioni legislative, regolamentari od amministrative pubblicate, purché tali disposizioni siano compatibili con il trattato"*.

Inoltre l'art. 7 della Direttiva 92/50 recita *"La presente direttiva si applica: agli appalti pubblici di servizi di cui all'articolo 3, paragrafo 3, agli appalti pubblici di servizi di cui siano oggetto i servizi indicati all'allegato I B, ai servizi della categoria 8 dell'allegato I A e ai servizi di telecomunicazioni della categoria 5 dell'allegato I A, i cui numeri di riferimento CPC sono 7524, 7525 e 7526, attribuiti dalle amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 1, lettera b), il cui valore stimato al netto dell'imposta sul valore aggiunto (IVA) sia pari o superiore a 200 000 ECU"*.

Articolo 10: *"Gli appalti aventi per oggetto contemporaneamente servizi elencati nell'allegato I A e servizi figuranti nell'allegato I B vengono aggiudicati conformemente alle disposizioni dei titoli da III a VI qualora il valore dei servizi elencati nell'allegato I A risulti superiore al valore dei servizi elencati nell'allegato I B. In caso contrario l'appalto viene aggiudicato conformemente agli articoli 14 e 16"*.

(3) Il cui rispetto è imposto alle amministrazioni aggiudicatrici dall'art. 49 del Trattato CE, e dagli artt. 2 e 3 della Direttiva stessa.

(4) L'allegato IA prevede al punto 2 *"Servizi di trasporto terrestre (1), inclusi i servizi con furgoni blindati, e servizi di corriere ad esclusione del trasporto di posta"*.

L'Allegato IB prevede al punto 25 *"I servizi sanitari e sociali"*.

Si sottolinea poi la natura meramente normativa di tali accordi, basati sul bisogno di programmare la spesa regionale, vista la necessità di rimborsare in futuro le spese alle attività di volontariato; attività a loro volta affidate ad associazioni, le quali rivestono una posizione qualificata indubbia nell'ordinamento italiano (5), che collaborano alla gestione di un pubblico servizio, senza alcuno scopo di conseguire profitti.

La decisione della Corte

In primo luogo la Corte ritiene di accogliere l'interpretazione della Commissione, nella parte in cui equipara gli accordi quadro in questione ad un appalto, negandone la natura normativa. La Corte, richiamandosi a propri precedenti (6), adotta un'interpretazione estensiva della nozione di impresa (7), diretta ad evitare che gli operatori eludano le norme in materia.

Se pur si riconosce l'importanza che hanno da secoli in Italia le Associazioni di volontariato in questione, i giudici di Lussemburgo ritengono che il loro operato si muova nell'ambito del mercato, e dunque esse agiscono al pari degli altri operatori economici (8). L'assenza del fine di lucro dalla 'ragione sociale' di tali soggetti non esclude che essi siano configurabili come imprese, e che dunque come tali non deve loro essere riconosciuto alcun trattamento di favore da parte dello Stato di appartenenza.

Né tantomeno può valere come giustificazione alla mancata esplicitazione di una procedura di appalto la circostanza che le stesse possono partecipare con offerte notevolmente inferiori, vista l'assenza della logica del profitto (9).

La logica conseguenza di tale argomento è la necessità di far concorrere tali associazioni con gli altri soggetti economici che possano avere interesse a svolgere la medesima attività economica.

Dunque tali Associazioni, secondo la Corte, possono, anzi devono partecipare alle gare di aggiudicazione degli appalti pubblici (10), alla luce del concetto comunitario di impresa quale soggetto che, indipendentemente dalla natura giuridica, offra sul mercato prestazione di servizi.

(5) Si vedano al proposito le leggi 266/1991, artt. 2, 5, 7; la 833 del 1978, art. 45; Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 30 marzo 2001; DPR 27 marzo 1992; legge 328/2000, art. 1, art. 15 della 241 del 1990.

(6) Sentenza 4 maggio 1995, causa C-79/94.

(7) Si veda, tra le altre, Corte Giustizia Comunità Europee, 16 marzo 2004, n. 264, *AOK Bundesverband e altri c. Ichthyol-Gesellschaft Cordes, Hermani & Co. e altri*; Corte Giustizia Comunità Europee Sez. VI, 24 ottobre 2002, n. 82 *Aéroports de Paris c. Commissione*; "Nell'ambito del diritto della concorrenza, la nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo "status" giuridico della detta entità e dalle sue modalità di finanziamento". Corte Giustizia Comunità Europee Sez. VI, 24 ottobre 2002, n. 82 *Aéroports de Paris c. Commissione*.

(8) In tal senso sentenza 25 ottobre 2001, causa C-475/1999, punti 21 e 22.

(9) Sentenza della Corte di Giustizia 7 dicembre 2000, causa C- 94/1999, punti 32 e 38.

(10) Si vedano le sentenze C-244/94 del 16 novembre 1995, sentenza 25 ottobre 2001 C-475/99.

Al riguardo occorre sottolineare la diversa prospettiva adottata dalla giurisprudenza nazionale, che, nell'ambito del fenomeno *no profit*, ha escluso la possibilità di partecipare ad appalti pubblici per le associazioni di volontariato (11).

Proprio l'elemento della presenza prevalente di volontari nell'attività di queste organizzazioni, unitamente al fatto che la voce principale delle entrate è costituita, in base alla legge n. 266/91, da rimborsi e solo marginalmente da corrispettivi derivanti da attività produttive, ha orientato i giudici amministrativi nazionali a ritenere che tali organizzazioni siano invece giuridicamente inidonee a svolgere attività di impresa in concorrenza con altri operatori economici, precludendo loro la partecipazione a procedure di gara per l'affidamento di servizi.

Va comunque sottolineato che questo orientamento giurisprudenziale è riferito solo alle associazioni di volontariato *ex* L. 266/91, poiché la posizione dei giudici amministrativi nei confronti di altri soggetti *no profit* (come ad esempio gli enti di promozione sociale, le fondazioni, le associazioni senza finalità di lucro, altri soggetti ONLUS) è quella di ammettere la loro partecipazione alle gare pubbliche al pari delle imprese commerciali (12), operando il divieto solo per le associazioni di volontariato.

Nonostante l'accoglimento, in punto di diritto, del motivo di ricorso che equipara l'accordo quadro regionale del 2004 ad un appalto, la Corte ha tuttavia ritenuto che gli elementi apportati a sostegno della tesi della Commissione non erano sufficienti a dimostrare l'esistenza di una violazione della direttiva 52/90 perpetrata da parte dell'Italia, per la circostanza che mancava l'allegazione di alcuna prova volta a dimostrare che l'ammontare dei servizi, di cui all'allegato IA, era superiore a quelli svolti *ex* allegato IB della Direttiva 92/50.

Di conseguenza non si è ritenuta provata la sussistenza di un interesse transfrontaliero certo all'appalto da parte di altri soggetti economici, e dunque l'inadempimento dell'art. 49 CE da parte dell'Italia. Per tali motivi la Corte ha rigettato il ricorso.

Ad un attento esame, con la sentenza in esame la Corte si pronuncia su una fattispecie nella quale l'affidamento di pubblici servizi è affidato dallo

(11) Si veda da ultimo il TAR di Napoli, sez. I, il quale nella sentenza n. 1666 del 31 marzo 2008, ha confermato l'orientamento secondo cui "un'associazione composta esclusivamente da volontari non può partecipare a gare svolte secondo criteri concorrenziali per l'affidamento di pubblici servizi. Ed invero la stipulazione di un contratto a titolo oneroso, quale l'appalto pubblico di servizi in esame, si pone come incompatibile, rispetto al fondamentale aspetto del volontariato; l'onerosità presuppone infatti che un soggetto, per acquistare un qualsiasi tipo di diritto, beneficio o vantaggio, accetti un correlativo sacrificio, sussistendo tra vantaggio e sacrificio un nesso di causalità, laddove la gratuità implica che un soggetto acquisisca un vantaggio senza alcun correlativo sacrificio".

(12) T.A.R. Lazio sez. III quater n. 5993/2006, T.A.R. Emilia Romagna sez. II Bologna n. 822/2005, T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 12 gennaio 1999 n.108 seguita a distanza di un anno da un'altra sentenza dello stesso tenore T.A.R. Lombardia, sez. III, 9 marzo 2000 n.1869.

Stato membro ad un soggetto, terzo, ma anch'esso pubblico, con natura di associazione di volontariato.

Il principio sancito indica la necessità del rispetto del principio di concorrenza e di non discriminazione, qualora l'affidamento di tali servizi comporti che l'azione dell'associazioni *de qua* si muova all'interno del mercato. E, a parere della Corte, le associazioni *no profit* di volontariato agiscono in tale sede come ogni altra impresa (13) o operatore economico, l'attività di trasporto socio sanitario va considerata attività di impresa (14), non rilevando la circostanza che le associazioni senza scopo di lucro possono svolgere tale attività a prezzi inferiori a quelli di mercato (15). Il diritto comunitario dunque equipara ad un'impresa ogni entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dal suo status giuridico e dalle sue modalità di funzionamento. La *ratio* della Corte sta semplicemente nell'individuare l'esistenza di un mercato attuale o potenziale dei beni o dei servizi offerti.

Il ricorso è stato però rigettato, in base alla negata possibilità di applicare le disposizioni della Direttiva 50/92, vista la mancata dimostrazione della presenza dei requisiti richiesti da tale norma (16).

L'onere della prova spettava in tal caso, dunque, alla Commissione (17). Ad essa è comunque risultato arduo, proprio in presenza dell'accordo quadro regionale che fissava solo in linea di principio i confini dell'agire delle associazioni, quantificare con certezza l'ammontare dei singoli appalti, che dunque, a rigor di logica, non erano ancora stati stipulati. Ma la Corte ha ritenuto che tali accordi quadro si possano equiparare ad un appalto, dunque la Commissione avrebbe potuto riscontrare nei documenti in suo possesso gli elementi necessari a provare i fatti e, in seguito, allegarli al ricorso per suffragare la tesi sostenuta ai fini di una decisione di accoglimento.

Andando oltre tale contraddizione riscontrabile nella sentenza, risulta interessante confrontare quanto asserito dalla Corte di Giustizia con la normativa nazionale.

In Italia, a seguito della legge n. 266 del 1991 (18), lo strumento per dare veste giuridica alle forme di collaborazione tra pubbliche amministrazioni e

(13) Corte di Giustizia CE, 16 marzo 2004, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01, C-355/01.

(14) Si veda la sentenza 25 ottobre 2001, causa C-475/99.

(15) Si veda la citata sentenza Corte di Giustizia 7 dicembre 2000, causa C-94/99.

(16) In particolare che l'ammontare dei servizi, di cui all'allegato IA, era superiore a quelli svolti ex allegato IB della Direttiva 92/50.

(17) Si veda sul punto la sentenza della Corte di Giustizia del 13 novembre 2007, *Commissione c. Irlanda*.

(18) Il cui art. 1 prevede che “*La Repubblica italiana riconosce il valore sociale e la funzione dell'attività di volontariato come espressione di partecipazione, solidarietà e pluralismo, ne promuove lo sviluppo salvaguardandone l'autonomia e ne favorisce l'apporto originale per il conseguimento delle finalità di carattere sociale, civile e culturale individuate dallo Stato, dalle regioni, dalle province autonome di Trento e di Bolzano e dagli enti locali*”.

volontariato è la convenzione, che può essere conclusa *ex art. 7* della legge 266/91, a patto che le associazioni siano iscritte da almeno sei mesi nei registri istituiti presso le regioni e che dimostrino attitudine e capacità operativa. L'art. 7 peraltro non spiega quale sia l'oggetto delle convenzioni ma si limita a prevederne l'esistenza e a disciplinarne a grandi linee il contenuto.

Nella concreta esperienza molte convenzioni hanno come oggetto attività concretamente finalizzate a produrre servizi a beneficio di utenti specifici o della comunità in generale. Il campo d'azione privilegiato, comunque, dalle associazioni di volontariato è quello dei servizi alla persona, in particolare i servizi socio-sanitari. Il già citato orientamento giurisprudenziale (19), il quale ammette la partecipazione alle gare pubbliche dei soggetti *no profit* (come ad esempio gli enti di promozione sociale, le fondazioni, le associazioni senza finalità di lucro, altri soggetti ONLUS), al pari delle imprese commerciali, ma esclude da tale partecipazione le associazioni di volontariato *ex L. 266/91*, ben si inquadra nel sistema degli interventi sociali, nel quale le associazioni di volontariato sono chiamate dalla L. 328/2000 ("Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali"), insieme agli altri soggetti del Terzo settore, non soltanto a gestire i servizi ma a co-programmare e co-progettare gli interventi insieme con le pubbliche amministrazioni competenti (20).

Da ultimo il T.A.R. Veneto Venezia Sez. I, 28 febbraio 2008, n. 494, ha così statuito: *"Le pubbliche amministrazioni che svolgono le funzioni di assistenza sanitaria, anziché, procedere alla "esternalizzazione" dei servizi di urgenza medica e di trasporto degli infermi, possono affidare convenzionalmente il servizio stesso ad altra amministrazione pubblica istituzionalmente competente a disimpegnarlo, e semprechè tale scelta risponda a criteri di economicità gestionale, secondo i fondamentali canoni enunciati dall'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241; peraltro, anche nell'ordinamento comunitario non si ravvisa la sussistenza di una norma che imponga alle pubbliche amministrazioni che svolgono le funzioni di assistenza sanitaria di esternalizzare i servizi di urgenza medica e di trasporto degli infermi. Ne consegue che, nel caso di specie è legittimo l'affidamento diretto del servizio stesso ad una I.P.A.B che è una Pubblica Amministrazione che svolge funzioni istituzionali che si identificano con l'oggetto del servizio di cui trattasi, in quanto l'affidamento diretto del servizio stesso all'I.P.A.B. è affermato come possibile anche dall'art. 45 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, che in tal senso equipara gli enti pubblici eretti ad I.P.A.B. alle associazioni*

(19) T.A.R. Lazio sez. III quater n. 5993/2006, T.A.R. Emilia Romagna sez. II Bologna n. 822/2005, T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 12 gennaio 1999 n.108 seguita a distanza di un anno da un'altra sentenza dello stesso tenore T.A.R. Lombardia, sez. III, 9 marzo 2000 n.1869.

(20) Rileva citare una sentenza della Corte cost., 28 febbraio 1992, n. 75, ove si sancisce che "è infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 7, 1° e 3° comma, l. 11 agosto 1991, n. 266, nella parte in cui riconosce a tutti gli enti pubblici la possibilità di stipulare convenzioni con le organizzazioni di volontariato iscritte nei registri di cui alla stessa legge".

di volontariato agli effetti della stipula di convenzioni con il Servizio Sanitario Nazionale” (21).

Sembra che la sentenza in esame della Corte di Giustizia, abbia invece tentato di porre un freno a questa collaborazione tra lo Stato e le associazioni in esame, avendo equiparato le stesse a qualunque altro tipo di impresa, esercente attività economica.

Peraltro, in precedenza, il Consiglio di Stato, Sezione V, con l’Ordinanza del 16 marzo 2004, n. 1105, aveva ritenuto *“illegittima la determinazione regionale di limitare la partecipazione alla gara per l’aggiudicazione dell’appalto del servizio di assistenza infermieristica domiciliare alle sole società cooperative ed associazioni di volontariato in quanto viola i diritti spettanti alle altre imprese operanti nel medesimo settore”*.

Dott.ssa Aureliana Di Matteo^()*

Sentenza della Corte (Terza Sezione) 29 novembre 2007 – Commissione delle Comunità europee/Repubblica italiana. (Avvocato dello Stato G. Fiengo – AL 11659/06).

(Inadempimento di uno Stato – Violazione della direttiva 92/50/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi – Aggiudicazione di un appalto senza bando di gara – Aggiudicazione dei servizi di trasporto sanitario in Toscana)

«(Omissis)

1 Con il suo ricorso, la Commissione delle Comunità europee chiede alla Corte di constatare che, poiché la Regione Toscana e le Aziende sanitarie della medesima regione:

- hanno, innanzitutto, concluso con la Confederazione delle Misericordie d’Italia, l’Associazione Nazionale Pubbliche Assistenze (comitato regionale toscano) e la Croce Rossa Italiana (sezione toscana) l’accordo quadro regionale per lo svolgimento di attività di trasporto sanitario dell’11 ottobre 1999,
- hanno poi prolungato detto accordo quadro attraverso il protocollo d’intesa del 28 marzo 2003 e, infine,

(21) In materia la giurisprudenza nazionale sembra essere ferma nel negare ad associazioni di volontariato la possibilità di partecipare ad appalti pubblici. T.A.R. Piemonte Torino Sez. II, 04 ottobre 2006, n. 3330: *“Il divieto per le associazioni di volontariato di partecipare a gare pubbliche per l’affidamento di pubblici servizi implica logicamente anche il divieto di stipulare i relativi contratti o convenzioni”*. T.A.R. Campania Napoli Sez. I, 02 aprile 2007, n. 3021, citazione di T.A.R. Piemonte, sez. II, 18 aprile 2005, n. 1043: *“È illegittima l’aggiudicazione di una gara (nel caso di specie, avente per oggetto il servizio di telesoccorso) ad un’associazione di volontariato, considerato che quest’ultima non avrebbe potuto essere ammessa a partecipare alla gara stessa, in quanto alla stregua dell’art. 5 L. n. 266/1991 i proventi di tali associazioni sono costituiti esclusivamente dai rimborsi derivanti dalle convenzioni e da attività commerciali e produttive marginali, tra cui non rientrano gli appalti pubblici, che presuppongono una comparazione delle offerte con criteri concorrenziali di convenienza tecnico - economica, incompatibile con la natura dell’attività di volontariato”*.

^(*) Dottore in giurisprudenza.

– hanno concluso, il 26 aprile 2004, sulla base della delibera regionale n. 379 del 19 aprile 2004, un nuovo accordo quadro regionale che, continuando le relazioni con le associazioni summenzionate, affida loro la gestione dei servizi in questione per il periodo compreso tra il 1° gennaio 2004 e il 31 dicembre 2008 (in prosieguo: l'«accordo quadro del 2004»), la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1), come modificata dall'Atto relativo alle condizioni di adesione della Repubblica ceca, della Repubblica di Estonia, della Repubblica di Cipro, della Repubblica di Lettonia, della Repubblica di Lituania, della Repubblica di Ungheria, della Repubblica di Malta, della Repubblica di Polonia, della Repubblica di Slovenia e della Repubblica slovacca e agli adattamenti dei trattati sui quali si fonda l'Unione europea (GU 2003, L 236, pag. 33; in prosieguo: la «direttiva 92/50»), e, in particolare, dei suoi artt. 11, 15 e 17.

2 La Commissione sostiene del pari che, se il valore dei servizi attribuiti attraverso gli atti sopra indicati che figurano nell'allegato I B della direttiva 92/50 dovesse risultare superiore a quello dei servizi che figurano nell'allegato I A della medesima direttiva, la conclusione da parte degli enti sopra citati degli atti in discorso sarebbe in ogni caso contraria all'art. 3, n. 2, della direttiva 92/50, e altresì all'articolo 49 CE, relativo alla libera prestazione di servizi.

Contesto normativo

3 L'art. 1, lett. a), della direttiva 92/50 prevede, in particolare, che sono «“appalti pubblici di servizi”, i contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi ed un'amministrazione aggiudicatrice».

4 L'art. 3, nn. 1 e 2, di tale direttiva stabilisce quanto segue:

«1. Per aggiudicare appalti di servizi pubblici (...), le amministrazioni applicano procedure adattate alle disposizioni della presente direttiva.

2. Le amministrazioni assicurano la parità di trattamento tra i prestatori di servizi».

5 A norma dell'art. 6 di detta direttiva:

«La presente direttiva non si applica agli appalti pubblici di servizi aggiudicati ad un ente che sia esso stesso un'amministrazione ai sensi dell'articolo 1, lettera b), in base a un diritto esclusivo di cui beneficia in virtù delle disposizioni legislative, regolamentari od amministrative pubblicate, purché tali disposizioni siano compatibili con il trattato».

6 Ai sensi dell'art. 7, nn. 1 e 2, della direttiva 92/50:

«1. a) La presente direttiva si applica:

– agli appalti pubblici di servizi di cui all'articolo 3, paragrafo 3, agli appalti pubblici di servizi di cui siano oggetto i servizi indicati all'allegato I B, ai servizi della categoria 8 dell'allegato I A e ai servizi di telecomunicazioni della categoria 5 dell'allegato I A, i cui numeri di riferimento CPC sono 7524, 7525 e 7526, attribuiti dalle amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 1, lettera b), il cui valore stimato al netto dell'imposta sul valore aggiunto (IVA) sia pari o superiore a 200 000 [euro];

– agli appalti pubblici di servizi di cui siano oggetto i servizi indicati all'allegato I A, tranne i servizi della categoria 8 e i servizi di telecomunicazioni della categoria 5, i cui numeri di riferimento CPC sono 7524, 7525 e 7526,

i) attribuiti dalle amministrazioni aggiudicatrici indicate nell'allegato I della direttiva 93/36/CEE [del Consiglio 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU L 199, pag. 1)], il cui valore stimato al netto dell'IVA sia pari o superiore al controvalore in [euro] di 130 000 diritti speciali di prelievo (DSP);

ii) attribuiti dalle amministrazioni aggiudicatrici indicate nell'articolo 1, lettera b) e diverse da quelle menzionate nell'allegato I della direttiva 93/36(...), il cui valore stimato al netto dell'IVA sia pari o superiore al controvalore in [euro] di 200 000 DSP.

(...)

2. Ai fini del calcolo dell'importo stimato dell'appalto, l'amministrazione aggiudicatrice si basa sulla retribuzione complessiva del prestatore di servizi, tenendo conto delle disposizioni di cui ai paragrafi da 3 a 7».

7 L'art. 8 della direttiva 92/50 così dispone:

«Gli appalti aventi per oggetto servizi elencati nell'allegato I A vengono aggiudicati conformemente alle disposizioni dei titoli da III a VI».

I titoli da III a VI contengono gli articoli da 11 a 37 della direttiva 92/50.

8 L'art. 9 della direttiva 92/50 così prevede:

«Gli appalti aventi per oggetto servizi elencati nell'allegato I B vengono aggiudicati conformemente agli articoli 14 e 16».

9 L'art. 10 di detta direttiva precisa quanto segue:

«Gli appalti aventi per oggetto contemporaneamente servizi elencati nell'allegato I A e servizi figuranti nell'allegato I B vengono aggiudicati conformemente alle disposizioni dei titoli da III a VI qualora il valore dei servizi elencati nell'allegato I A risulti superiore al valore dei servizi elencati nell'allegato I B. In caso contrario l'appalto viene aggiudicato conformemente agli articoli 14 e 16».

10 L'art. 11 di detta direttiva stabilisce:

«1. Nell'aggiudicare gli appalti pubblici di servizi le amministrazioni applicano le procedure definite nell'articolo 1, lettere d), e), e f) [cioè le procedure aperte, le procedure ristrette e le procedure negoziate] adattate ai fini della presente direttiva.

2. Le amministrazioni possono aggiudicare gli appalti pubblici di servizi mediante procedura negoziata, previa pubblicazione di un bando di gara, nei seguenti casi:

(...)

3. Le amministrazioni possono aggiudicare appalti pubblici di servizi mediante procedura negoziata non preceduta dalla pubblicazione di un bando di gara nei casi seguenti:

(...)

4. In tutti gli altri casi le amministrazioni aggiudicano gli appalti pubblici di servizi con procedura aperta ovvero con procedura ristretta».

11 Ai sensi dell'art. 15, n. 2, della direttiva 92/50:

«Le amministrazioni che intendono aggiudicare un appalto pubblico di servizi mediante procedura aperta, ristretta o, nei casi stabiliti nell'articolo 11, negoziata, rendono nota tale intenzione con un bando di gara».

12 L'art. 17 di detta direttiva 92/50 precisa:

«1. I bandi o avvisi vanno redatti conformemente ai modelli contenuti negli allegati III e IV e devono fornire le informazioni richieste in tali modelli. (...)

2. I bandi e gli avvisi sono inviati dall'amministrazione aggiudicatrice, nei più brevi termini e per i canali più appropriati, all'Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee. (...)

(...)

4. I bandi di gara di cui all'articolo 15, paragrafi 2 e 3 vengono pubblicati per esteso nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee e nella banca di dati TED, nelle rispettive lingue originali. Un riassunto degli elementi importanti di ciascun bando viene pubblicato nelle altre lingue ufficiali delle Comunità; il testo nella lingua originale è l'unico facente fede.

(...))»

13 L'allegato I A della direttiva 92/50, intitolato «Servizi a norma dell'articolo 8», contiene la menzione seguente:

«Categoria»	Denominazione	Numero di riferimento della CPC
2	Servizi di trasporto terrestre (...), inclusi i servizi con furgoni blindati, e servizi di corriere ad esclusione del trasporto di posta	712 (salvo 71235), 7512, 87304»

14 L'allegato I B di detta direttiva, intitolato «Servizi a norma dell'articolo 9», comprende la menzione seguente:

«Categoria»	Denominazione	Numero di riferimento della CPC
25	Servizi sanitari e sociali	93»

15 L'art. 1, n. 5, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114), prevede quanto segue:

«Un "accordo quadro" è un accordo concluso tra una o più amministrazioni aggiudicatrici e uno o più operatori economici e il cui scopo è quello di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e, se del caso, le quantità previste».

16 L'art. 32, nn. 1 e 2, di tale direttiva stabilisce:

«1. Gli Stati membri possono prevedere la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di concludere accordi quadro.

2. Ai fini della conclusione di un accordo quadro, le amministrazioni aggiudicatrici seguono le regole di procedura previste dalla presente direttiva in tutte le fasi fino all'aggiudicazione degli appalti basati su tale accordo quadro. Le parti dell'accordo quadro sono scelte applicando i criteri di aggiudicazione definiti ai sensi dell'articolo 53.

Gli appalti basati su un accordo quadro sono aggiudicati secondo le procedure previste ai paragrafi 3 e 4. (...)

(...)».

17 A norma dell'art. 80, n. 1, della direttiva 2004/18:

«Gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva entro il 31 gennaio 2006. Essi ne informano immediatamente la Commissione.

(...)»

18 Ai sensi dell'art. 82 di detta direttiva:

«La direttiva [92/50], ad eccezione dell'articolo 41, e le direttive 93/36(...) e 93/37/CEE, [del Consiglio 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (GU L 199, pag. 54)] sono abrogate, a decorrere dalla data di cui all'articolo 80, fatti salvi gli obblighi degli Stati membri relativi ai termini di recepimento e di attuazione di cui all'allegato XI.

(...)»

Fatti e procedimento precontenzioso

19 La Regione Toscana e le Unità sanitarie locali, nonché le Aziende ospedaliere di tale regione (in prosieguo: «le Aziende») hanno concluso taluni accordi con la Confederazione delle Misericordie d'Italia, con l'Associazione Nazionale Pubbliche Assistenze (comitato regionale toscano) e con la Croce Rossa Italiana (sezione toscana), in quanto rappresentanti di diverse associazioni di volontariato (in prosieguo: «le associazioni interessate»), ai fini dell'affidamento di servizi di trasporto sanitario a tali associazioni.

20 Nel corso del periodo tra il 1° luglio 1999 e il 31 dicembre 2002, l'affidamento dei servizi per il trasporto sanitario alle associazioni interessate è stata disciplinata da un accordo quadro regionale stipulato l'11 ottobre 1999. Quest'ultimo è stato prorogato fino alla fine del 2003 mediante un protocollo d'intesa del 28 marzo 2003. Con la delibera n. 379, la giunta regionale della Toscana ha approvato l'accordo quadro del 2004.

21 Il 9 luglio 2004, in seguito ad un reclamo, la Commissione ha inviato alla Repubblica italiana una lettera di diffida relativa all'affidamento dei servizi di trasporto sanitario alle associazioni interessate in forza degli accordi summenzionati. Le autorità italiane non hanno risposto a tale lettera.

22 Il 22 dicembre 2004, la Commissione ha inviato un parere motivato alla Repubblica italiana. Tale Stato membro ha risposto al parere con una comunicazione del 16 marzo 2005. Non essendo soddisfatta di tale risposta, la Commissione ha proposto il presente ricorso.

Sul ricorso

Argomenti delle parti

23 La Commissione ritiene che i servizi di trasporto sanitario in esame costituiscano servizi rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva 92/50, che la Regione Toscana e le Aziende siano amministrazioni aggiudicatrici ai sensi di tale direttiva, che gli accordi in parola siano stati redatti in forma scritta e che i detti servizi di trasporto sanitario siano prestati a titolo oneroso, di modo che le operazioni controverse costituiscono appalti pubblici di servizi ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 92/50.

24 Secondo la Commissione, le attività di trasporto sanitario in esame rientrerebbero al contempo nell'ambito di applicazione dell'allegato I A, categoria 2 («Servizi di trasporto terrestre (...), inclusi i servizi con furgoni blindati, e servizi di corriere ad esclusione del trasporto di posta»), e dell'allegato I B, categoria 25 («Servizi sanitari e sociali»), della direttiva 92/50. In conformità all'art. 10 di tale direttiva, qualora il valore dei servizi rientranti nell'allegato I A risultasse superiore a quello dei servizi di cui all'allegato I B, gli accordi controversi avrebbero dovuto essere stipulati ai sensi delle disposizioni dei titoli III-VI della direttiva 92/50. Nel caso opposto, tali accordi avrebbero dovuto essere conclusi in conformità agli artt. 3, n. 2, 14 e 16 della stessa direttiva.

25 In via principale, la Commissione ritiene che il valore dei servizi di trasporto terrestre, ai sensi dell'allegato I A della direttiva 92/50, oggetto degli accordi in questione, superi il valore dei servizi sociali e sanitari, ai sensi dell'allegato I B di tale direttiva, oggetto dei medesimi accordi, e che, conseguentemente, questi ultimi avrebbero dovuto essere aggiudicati in conformità alle disposizioni dei titoli III-VI di detta direttiva. Tali disposizioni imporrebbero, in particolare, la pubblicazione di un bando di gara nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea e, in linea di principio, l'aggiudicazione dell'appalto mediante procedura aperta o ristretta.

26 In subordine, nel caso in cui il valore dei servizi sociali e sanitari, ai sensi dell'allegato I B della direttiva 92/50, oggetto degli accordi in questione, superasse il valore dei servizi di trasporto terrestre, ai sensi dell'allegato I A di tale direttiva, anch'essi oggetto di tali

accordi, la Commissione ritiene che si applicherebbero l'art. 3, n. 2, della direttiva 92/50, nonché l'art. 49 CE, affinché sia imposto all'amministrazione aggiudicatrice l'obbligo di evitare qualsiasi discriminazione, in particolare in base alla nazionalità, tra i prestatori potenzialmente interessati dall'operazione controversa. Secondo la giurisprudenza della Corte, il principio di non discriminazione implicherebbe un obbligo di trasparenza in base al quale l'amministrazione aggiudicatrice sarebbe tenuta a garantire un livello di pubblicità adeguato tale da consentire l'apertura del mercato alla concorrenza e il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione.

27 La Repubblica italiana sottolinea che le associazioni interessate, incaricate delle attività di trasporto sanitario, sono organismi di volontariato che svolgono un ruolo importante in materia di solidarietà e di coesione nella società italiana. Sia per la loro natura, sia in virtù della normativa nazionale applicabile, tali associazioni non potrebbero realizzare profitti derivanti dalle prestazioni da esse effettuate. Gli eventuali pagamenti che tali associazioni riceverebbero per i servizi da esse resi sarebbero limitati ai rimborsi delle spese effettivamente sostenute per realizzare l'attività in parola. Gli accordi di cui trattasi sarebbero destinati in particolare a disciplinare tali rimborsi, senza prevedere una remunerazione delle associazioni interessate. Queste ultime, che non sarebbero operatori commerciali, svolgerebbero la loro attività al di fuori del mercato e dell'ambito della concorrenza. Gli accordi contestati dalla Commissione non verrebbero realizzati a titolo oneroso, ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 92/50. Di conseguenza, essi non costituirebbero appalti pubblici di servizi rientranti nell'ambito di applicazione di tale direttiva.

28 Inoltre, gli accordi controversi non prevederebbero di per sé prestazioni né rimborsi, effetti che deriverebbero soltanto dagli appalti specifici conclusi nell'ambito di tali accordi. Tali accordi non costituirebbero pertanto appalti pubblici di servizi rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva 92/50.

29 In subordine, il governo italiano fa valere che, anche supponendo che gli accordi in questione costituiscano appalti di tal genere, essi sarebbero tuttavia esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva 92/50 in forza del suo art. 6, in quanto appalti aggiudicati in base a un diritto esclusivo.

Giudizio della Corte

30 Risulta da costante giurisprudenza che l'esistenza di un inadempimento deve essere valutata in relazione alla situazione dello Stato membro quale si presentava alla scadenza del termine stabilito nel parere motivato (sentenza 27 novembre 2003, causa C-429/01, Commissione/Francia, Racc. pag. I-14355, punto 56).

31 In materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, la Corte ha dichiarato che un ricorso di inadempimento è irricevibile se, alla data di scadenza del termine fissato nel parere motivato, il contratto in questione aveva esaurito già tutti i suoi effetti (v. sentenza 2 giugno 2005, causa C-394/02, Commissione/Grecia, Racc. pag. I-4713, punto 18).

32 Nella fattispecie, il termine fissato nel parere motivato è scaduto il 22 febbraio 2005. Poiché l'accordo quadro regionale dell'11 ottobre 1999 e il protocollo d'intesa del 28 marzo 2003 hanno esaurito i loro effetti prima di questa data, il presente ricorso è irricevibile nei limiti in cui si riferisce ad essi. Di conseguenza, ai fini del presente ricorso va preso in considerazione soltanto l'accordo quadro del 2004.

33 In forza dei suoi artt. 80 e 82, la direttiva 2004/18 ha abrogato la direttiva 92/50 a decorrere dal 31 gennaio 2006. La direttiva 92/50 era pertanto ancora in vigore allo scadere del termine fissato nel parere motivato. Di conseguenza, occorre valutare l'accordo quadro del 2004 proprio alla luce di quest'ultima direttiva.

34 Si pone preliminarmente la questione di stabilire se tale accordo quadro presenti le caratteristiche di un appalto pubblico ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 92/50, cioè se esso sia un contratto a titolo oneroso, stipulato in forma scritta tra un prestatore di servizi e un'amministrazione aggiudicatrice.

35 Non è contestata la forma scritta dell'accordo quadro del 2004 e neppure il fatto che la Regione Toscana e le Aziende costituiscano amministrazioni aggiudicatrici.

36 Anzitutto, la Repubblica italiana contesta che detto accordo quadro costituisca un appalto pubblico di servizi ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva rilevante, in quanto le associazioni interessate non sono operatori commerciali ma svolgono la loro attività al di fuori del mercato e dell'ambito della concorrenza. Tale argomento è basato sul fatto che dette associazioni non perseguono fini di lucro e che esse riuniscono persone motivate da considerazioni di solidarietà sociale.

37 Senza negare l'importanza sociale delle attività di volontariato, si deve necessariamente constatare che tale argomento non può essere accolto. Infatti, l'assenza di fini di lucro non esclude che siffatte associazioni esercitino un'attività economica e costituiscano imprese ai sensi delle disposizioni del Trattato relative alla concorrenza (v., in questo senso, sentenze 16 novembre 1995, causa C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurance* e a., Racc. pag. I-4013, punto 21; 12 settembre 2000, cause riunite da C-180/98 a C-184/98, *Pavlov* e a., Racc. pag. I-6451, punto 117, nonché 16 marzo 2004, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, *AOK Bundesverband* e a., Racc. pag. I-2493, punto 49).

38 Occorre ricordare che, secondo la giurisprudenza della Corte, entità come le organizzazioni sanitarie che garantiscono la fornitura di servizi di trasporto d'urgenza e di trasporto di malati devono essere qualificate imprese ai sensi delle norme di concorrenza previste dal Trattato (sentenza 25 ottobre 2001, causa C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, Racc. pag. I-8089, punti 21 e 22).

39 Ne deriva che le associazioni interessate possono esercitare un'attività economica in concorrenza con altri operatori.

40 La circostanza che, a seguito del fatto che i loro collaboratori agiscono a titolo volontario, tali associazioni possano presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli di altri offerenti non impedisce loro di partecipare alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici previste dalla direttiva 92/50 (v., in tal senso, sentenza 7 dicembre 2000, causa C-94/99, *ARGE*, Racc. pag. I-11037, punti 32 e 38).

41 Ne deriva che l'accordo quadro del 2004 non è escluso dalla nozione di «appalti pubblici di servizi» ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 92/50, per il fatto che le associazioni interessate non perseguono fini di lucro.

42 La Repubblica italiana afferma poi che l'accordo quadro del 2004 fornisce soltanto lo schema generale delle prestazioni e dei rimborsi che sono concretamente previsti da numerosi contratti specifici. Secondo tale Stato membro, nessuna operazione di trasporto sanitario e nessun rimborso verrebbero effettuati in esecuzione dell'accordo quadro del 2004 di per sé. Tale argomentazione equivale, in sostanza, ad asserire che l'accordo quadro in esame non costituisce un contratto ai sensi del menzionato art. 1, lett. a).

43 Al riguardo, occorre ricordare che, per definire l'ambito di applicazione delle direttive in materia di appalti pubblici, la Corte ha sancito un'interpretazione estensiva della nozione di appalto pubblico che include gli accordi quadro. Secondo la Corte, un accordo quadro deve essere considerato «appalto pubblico» ai sensi della direttiva di cui trattasi, nei limiti in cui conferisce unità ai vari appalti specifici da esso regolati (v., in tal senso, sentenza 4 maggio 1995, causa C-79/94, *Commissione/Grecia*, Racc. pag. I-1071, punto 15).

44 Come risulta da quest'ultima sentenza, tale interpretazione estensiva della nozione di appalto pubblico, che include gli accordi quadro, si impone per evitare che gli operatori eludano gli obblighi fissati dalle direttive in materia di appalti pubblici. Essa è, peraltro, confermata, per quanto riguarda gli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, dalle disposizioni della direttiva 2004/18. Gli artt. 1, n. 5, e 32 di tale direttiva contengono disposizioni specifiche riguardanti gli accordi quadro che sono basate sul principio che questi ultimi rientrano nell'ambito di applicazione della normativa comunitaria in materia di appalti pubblici.

45 Ne deriva che l'accordo quadro del 2004 dev'essere considerato un contratto ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 92/50.

46 Il governo italiano contesta infine che tale accordo quadro sia stato concluso a titolo oneroso, in quanto le operazioni di trasporto sanitario di cui trattasi vengono effettuate da associazioni di volontariato che percepiscono soltanto i rimborsi delle loro spese.

47 Neppure tale argomento può essere accolto. Occorre osservare che il carattere oneroso di un contratto si riferisce alla controprestazione erogata dall'autorità pubblica interessata a motivo dell'esecuzione delle prestazioni dei servizi che costituiscono oggetto del contratto e delle quali tale autorità sarà la beneficiaria (v., in tal senso, con riferimento alla direttiva 93/37, sentenza 12 luglio 2001, causa C-399/98, Ordine degli Architetti e a., Racc. pag. I-5409, punto 77).

48 Nella fattispecie, se è vero che il lavoro delle persone che effettuano i trasporti sanitari in parola non è retribuito, risulta nondimeno dagli elementi sottoposti alla Corte che i pagamenti previsti dalle pubbliche autorità interessate superano il semplice rimborso delle spese sostenute per fornire i servizi di trasporto sanitario controversi. Tali importi vengono fissati preventivamente e forfettariamente, sulla base di tabelle allegate all'accordo quadro del 2004. Il sistema descritto in tali tabelle prevede il pagamento di una somma fissa per la messa a disposizione (detta «*stand-by*») di un autoveicolo destinato agli interventi, di somme calcolate in funzione dei tempi di sosta segnalati nel corso delle attività di trasporto, di una somma fissa per i trasporti che non superano i 25 km e di importi addizionali per ogni chilometro supplementare.

49 Il governo italiano ha confermato all'udienza che tale metodo di pagamento e le somme previste nell'allegato dell'accordo quadro del 2004 permettono alle autorità nazionali di sovvenzionare le associazioni che effettuano le prestazioni dei servizi di trasporto sanitario in questione.

50 Nelle precise circostanze del caso di specie, il metodo di pagamento previsto dall'accordo quadro del 2004 supera pertanto il semplice rimborso delle spese sostenute. Entro tali limiti, occorre ritenere che tale accordo quadro preveda una contropartita dei servizi di trasporto sanitario da esso contemplati.

51 Di conseguenza, l'accordo quadro del 2004 dev'essere considerato concluso a titolo oneroso ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 92/50.

52 Da quanto precede deriva che tale accordo quadro costituisce un appalto pubblico di servizi ai sensi di questa stessa disposizione.

53 Ai sensi del suo art. 7, n. 1, la direttiva 92/50 si applica soltanto agli appalti pubblici di servizi il cui valore stimato al netto dell'IVA è uguale o superiore a taluni importi precisati da tale disposizione.

54 I termini dell'accordo quadro del 2004 non consentono di conoscere il valore, neppure stimato, di quest'ultimo. Tale accordo quadro fornisce soltanto una tariffa di prezzi unitari a partire dalla quale non è possibile fissare il valore dell'appalto controverso.

55 Alla luce dell'art. 7, n. 2, della direttiva 92/50, occorre considerare che il valore dell'accordo quadro del 2004 è costituito dal valore totale degli appalti specifici che sono o saranno aggiudicati in forza di esso (v., in tal senso, sentenza 4 maggio 1995, Commissione/Grecia, cit., punto 15).

56 La Commissione sostiene che, tenuto conto, da un lato, del fatto che l'accordo quadro del 2004 riguarda tutti i servizi di trasporto sanitario che, nel territorio della regione Toscana, non vengono effettuati direttamente dalle aziende, e, dall'altro, della durata pluriennale di tale accordo quadro, si presume che la soglia d'applicazione delle direttiva 92/50 di EUR 200 000 sia raggiunta.

57 Tuttavia, risulta da costante giurisprudenza che, nell'ambito di un procedimento di inadempimento ai sensi dell'art. 226 CE, incombe alla Commissione provare la sussistenza dell'asserito inadempimento. Essa deve fornire alla Corte gli elementi necessari perché questa accerti l'esistenza di tale inadempimento, senza potersi fondare su alcuna presunzione (sentenza 26 aprile 2005, causa C-494/01, Commissione/Irlanda, Racc. pag. I-3331, punto 41).

58 La Commissione non ha prodotto alcuna prova relativa al valore degli appalti specifici conclusi in forza dell'accordo quadro del 2004.

59 In tale contesto, non è dimostrato che la soglia d'applicazione della direttiva 92/50 sia stata nella fattispecie raggiunta.

60 Ne deriva che il ricorso è infondato nella parte in cui verte su una violazione della direttiva 92/50.

61 In subordine, la Commissione chiede alla Corte di constatare che la conclusione dell'accordo quadro del 2004 sarebbe in contrasto con l'art. 49 CE, se il valore dei servizi attribuiti mediante tale accordo quadro e figuranti nell'allegato I B della direttiva 92/50 dovesse rivelarsi superiore a quello dei servizi figuranti nell'allegato I A di tale direttiva.

62 Orbene, come è stato osservato al punto 58 della presente sentenza, la Commissione non ha fornito alcun elemento di prova quanto al valore dell'appalto controverso. È pertanto impossibile determinare il valore relativo dei servizi controversi che rientrano nell'allegato I A o nell'allegato I B della direttiva 92/50.

63 Supponendo che tali servizi rientrino, per la parte preponderante del loro valore, nell'allegato I B della direttiva 92/50, si dovrebbe tuttavia ricordare che, qualora un appalto relativo a servizi rientranti nell'ambito di tale allegato presenti un interesse transfrontaliero certo, l'affidamento, in mancanza di qualsiasi trasparenza, di tale appalto ad un'impresa con sede nello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice costituisce una disparità di trattamento a danno delle imprese con sede in un altro Stato membro che potrebbero essere interessate a tale appalto (v. sentenza 13 novembre 2007, causa C-507/03, Commissione/Irlanda, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 30 e giurisprudenza citata).

64 Salvo che non sia giustificata da circostanze obiettive, siffatta disparità di trattamento, che, escludendo tutte le imprese aventi sede in un altro Stato membro, opererebbe principalmente a danno di queste ultime, costituirebbe una discriminazione indiretta in base alla nazionalità, vietata ai sensi dell'art. 49 CE (v., in tal senso, sentenza 13 novembre 2007, Commissione/Irlanda, cit., punto 31 e giurisprudenza citata).

65 In tale contesto, spetterebbe alla Commissione dimostrare che, ancorché l'appalto in esame sia riconducibile ai servizi che rientrano nell'allegato I B della direttiva 92/50, detto appalto presentava, per un'impresa con sede in uno Stato membro diverso da quello cui appartiene l'amministrazione aggiudicatrice interessata, un interesse certo e che tale impresa, non avendo avuto accesso ad informazioni adeguate prima dell'aggiudicazione dell'appalto, non ha potuto essere in grado di manifestare il suo interesse per quest'ultimo (v. sentenza Commissione/Irlanda, cit., punto 32).

66 Nella fattispecie, tali elementi non sono stati forniti dalla Commissione. Infatti, la semplice indicazione, da parte di quest'ultima, dell'esistenza di un reclamo che le è stato rivolto in relazione all'appalto in esame non è sufficiente a dimostrare che detto appalto presentasse un interesse transfrontaliero certo e, di conseguenza, a constatare l'esistenza di un inadempimento (v., in tal senso, sentenza 13 novembre 2007 Commissione/Irlanda, cit., punto 34).

67 Pertanto, occorre constatare che il ricorso non è fondato nella parte in cui verte su una violazione dell'art. 49 CE.

68 Di conseguenza, il ricorso della Commissione dev'essere respinto.

Sulle spese

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

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

1) Il ricorso è respinto.

2) La Commissione delle Comunità europee è condannata alle spese».

Diritto comunitario e lavoratori distaccati: dopo *Rüffert*, l'accento è sui servizi

(Corte di Giustizia delle Comunità europee, Seconda Sezione, sentenza del 3 aprile 2008 nella causa C-346/06)

1. Rüffert

La sentenza *Rüffert* apporta interessanti elementi d'interpretazione alla questione dei lavoratori distaccati.

L'oggetto della controversia era un contratto d'appalto aggiudicato dal Land Niedersachsen all'impresa tedesca Objekt und Bauregie per la costruzione di un penitenziario. Nel contratto, l'impresa aggiudicataria si impegnavava a rispettare le convenzioni collettive in vigore, con particolare riferimento al salario minimo ivi stabilito. Si trattava di una clausola imposta da norme di legge.

In sede di esecuzione dei lavori, Objekt und Bauregie decideva di avvalersi anche di un prestatore di servizi stabilito in Polonia. Tuttavia, quest'ultimo veniva successivamente sospettato di pagare ai suoi lavoratori distaccati in Germania una somma inferiore al minimo sindacale. Il Land Niedersachsen decideva così di risolvere il contratto intercorrente con Objekt und Bauregie per inadempimento. Veniva altresì intrapresa un'azione penale nei confronti dell'amministratore dell'impresa polacca.

Il giudice del rinvio chiedeva allora alla Corte di giustizia di chiarire se fosse contrario all'art. 49 TCE un provvedimento legislativo nazionale che imponesse "agli enti pubblici aggiudicatori di aggiudicare gli appalti relativi a lavori edili esclusivamente alle imprese che, all'atto della presentazione delle offerte, si [siano impegnati] per iscritto a corrispondere ai propri dipendenti, impiegati per l'esecuzione dei lavori oggetto di appalto, perlomeno la retribuzione minima prevista dal contratto collettivo nel luogo dell'esecuzione dei lavori in questione" (1).

Sebbene la domanda pregiudiziale fosse stata posta con riguardo all'art. 49, la Corte risponde in base alla dir. 96/71, in quanto applicabile al caso di specie. I giudici cominciano con l'affermare che una disposizione legislativa che impone agli enti partecipanti ad una gara d'appalto di impegnarsi a rispettare le convenzioni collettive non potrebbe costituire una disposizione legislativa atta a fissare il salario minimo di cui all'art. 3(1) dir. 96/71 (2).

(1) Sentenza 3 aprile 2008, causa C-346/06, *Dirk Rüffert*, in qualità di curatore fallimentare dell'*Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG c. Land Niedersachsen [(Rüffert)]*, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 17.

(2) *Rüffert*, cit., punto 24.

Per quel che concerne l'applicabilità del minimo salariale contenuto nelle convenzioni collettive, la Corte rileva in primo luogo che la convenzione *de qua* non è stata dichiarata di applicazione generale (3). In secondo luogo, il Land Niedersachsen non si è mai avvalso dell'art. 3(8) dir. 96/71 (4).

La Corte afferma così che la normativa tedesca non fissa un minimo salariale secondo le modalità di cui alla dir. 96/71. Non si tratterebbe quindi del minimo che gli Stati membri hanno facoltà d'imporre (5), bensì di qualcosa di ulteriore. La dir. 96/71, infatti, introdurrebbe pertanto un limite a quello che uno Stato membro ha il diritto d'imporre (6): la normativa sarebbe volta a tutelare la libera prestazione dei servizi (7).

La Corte ribadisce poi l'interpretazione dell'art. 3(7) già adottata in *Laval* (8): la facoltà di stabilire condizioni più favorevoli va riferita allo Stato *d'origine*, e non a quello *ospitante*, pena l'eliminazione dell'effetto utile della direttiva (9). Lo Stato ospitante non può dunque imporre nulla più di quanto stabilito nell'art. 3(1) salvo la deroga di cui all'art. 3(10).

In applicazione di tale principio, i giudici affermano che le autorità tedesche, imponendo un salario diverso da quello minimo stabilito tramite legge, regolamento o atto amministrativo ovvero tramite convenzione collettiva dichiarata di applicazione generale, hanno violato la direttiva. Tale violazione non sarebbe giustificata sulla base di ragioni di tutela del lavoratore (10), né in base ad un interesse pubblico all'equilibrio finanziario della sicurezza sociale (11).

La Corte arriva così a sancire l'illegittimità della normativa tedesca.

2. La problematica

La direttiva 96/71/CE mira a disciplinare alcune situazioni giuridiche che possono verificarsi nell'ambito del distacco di lavoratori da parte di imprese che prestano servizi sul territorio di Stati membri dell'Unione europea diversi da quello di stabilimento.

(3) *Rüffert, cit.*, punto 26.

(4) *Rüffert, cit.*, punto 26. Secondo la Corte, peraltro, tale norma sarebbe applicabile solo in mancanza di un sistema di dichiarazione di efficacia generale, il che non è il caso in Germania (punto 27).

(5) *Rüffert, cit.*, punti 30 – 31.

(6) *Rüffert, cit.*, punto 34.

(7) *Rüffert, cit.*, punto 36.

(8) Sentenza 18 dicembre 2007, causa C-341/05, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet e altri [(Laval)]*, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 80.

(9) *Rüffert, cit.*, punto 33.

(10) *Rüffert, cit.*, punto 38 - 39: non vi sarebbero infatti adeguati motivi per proteggere i lavoratori attivi nel settore degli appalti edilizi pubblici pagandoli più di quanto siano pagati i loro omologhi negli appalti edilizi privati.

(11) *Rüffert, cit.*, punto 42. Non sarebbero infatti stati allegati sufficienti prove circa la necessità della misura.

Il dibattito trae origine dal fenomeno del c.d. *dumping sociale*. In alcuni Paesi membri – p.e. Estonia e Lituania – i datori di lavoro sono sottoposti ad oneri sociali e costi della manodopera relativamente bassi rispetto ad altri Paesi dell'Unione europea. Questa situazione normativa favorevole potrebbe comportare dei vantaggi concorrenziali importanti rispetto alle imprese stabilite in Paesi con oneri sociali più consistenti. Un'impresa potrebbe/può infatti esercitare la sua libertà di prestazione dei servizi all'estero portando i propri lavoratori, assunti e retribuiti conformemente alla (talvolta più conveniente) normativa dello Stato di stabilimento. La non soggezione delle imprese provenienti da Paesi a basso costo ai contratti collettivi dello Stato ospitante attribuirebbe così un vantaggio concorrenziale non basato sui meriti d'impresa. D'altro canto, i lavoratori distaccati stessi risulterebbero sottopagati rispetto ai lavoratori locali (12).

Gli Stati ospitanti, vedendo il proprio mercato dei servizi invaso da imprese stabilite in altri Stati membri, sarebbero così portati ad adottare delle contromisure di varia natura.

In primo luogo, un abbassamento massiccio degli standard. Il Paese ospitante potrebbe essere indotto ad abbassare il livello degli oneri sociali e delle retribuzioni minime sul proprio territorio, al fine di rendere le proprie imprese maggiormente competitive. A farne le spese sarebbero i lavoratori, meno protetti e meno retribuiti (13).

In secondo luogo, lo Stato ospitante potrebbe assoggettare i datori di lavoro stranieri a tutti gli oneri previsti per le imprese locali (14). Una simile misura proteggerebbe davvero i lavoratori, ma potrebbe nuocere alla libera prestazione dei servizi. Infatti, le imprese che prestano un servizio in un Paese diverso da quello di stabilimento verrebbero assoggettate a doppia regolamentazione: quella del Paese d'origine e quella del Paese ospitante.

Le potenziali distorsioni della concorrenza ed i rischi di un annichilimento dei livelli di protezione dei lavoratori hanno portato la Corte di giustizia a risolvere la questione soppesando gli interessi in gioco. In un primo tempo la Corte ha dichiarato che il diritto comunitario non osta a che gli Stati membri estendano le loro leggi o i contratti collettivi di lavoro conclusi dalle parti sociali, in materia di minimi salariali, a qualsiasi persona che svolga attività lavorativa subordinata, anche a carattere temporaneo, sul loro territo-

(12) Si veda in materia C. BARNARD, *Social dumping and the race to the bottom: Some lessons for the European Union from Delaware?*, in *European Law Review*, 25/2000, pp.57 ss; C. BARNARD, *EC Employment Law*, Oxford, 2006, pp. 275 ss.

(13) Si tratta del fenomeno della competizione fra ordinamenti, su cui C. BARNARD, S. DEAKIN, *Market Access and Regulatory Competition*, in C. BARNARD, J. SCOTT (a cura di), *The law of the Single European Market – Unpacking the Premises*, Oxford, 2002, p. 203. Tale competizione potrebbe ingenerare la c.d. "corsa verso il fondo" ("*race to the bottom*"), foriera di esternalità negative e di eliminazione di ogni protezione delle parti deboli (J. PELKMANS, *European Integration European Integration – Methods and Economic Analysis*, Prentice Hall, 2006, p. 68; C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*, Oxford, 2007, pp. 113-114).

(14) Cfr. R. BLANPAIN, *European Labour Law*, Amsterdam, 2006, p. 401.

rio, quale che sia il paese in cui è stabilito il datore di lavoro (15). Sarebbe tuttavia necessario che l'applicazione di tali norme sia idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito, e non vada oltre quanto necessario per il suo raggiungimento (16).

Il legislatore comunitario è poi intervenuto a regolamentare la materia tramite la direttiva 96/71/CE (17), e la norma ha attirato su di sé l'attenzione anche di giuslaburisti e parti sociali. Ai sensi dell'art. 3(1) di tale direttiva, gli Stati membri "provvedono affinché, qualunque sia la legislazione applicabile al rapporto di lavoro, le imprese di cui all'articolo 1, paragrafo 1 garantiscano ai lavoratori distaccati nel loro territorio le condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie in appresso indicate che, nello Stato membro in cui è fornita la prestazione di lavoro, sono fissate: - da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, e/o - da contratti collettivi o da arbitrati dichiarati di applicazione generale, a norma del paragrafo 8, sempreché vertano sulle attività menzionate in allegato [...]". Segue una lista delle materie, fra cui figurano i periodi massimi di lavoro e periodi minimi di riposo, la durata minima delle ferie annuali retribuite, le tariffe salariali minime ed altro ancora.

Alcuni autori ravvisano nella direttiva delle norme volte ad assicurare l'uguaglianza dei lavoratori, ed auspicano un'interpretazione della direttiva che privilegi la tutela dei lavoratori. La direttiva imporrebbe quindi uno standard minimo di protezione, che potrebbe essere aumentato dal Paese ospitante (18). Il principio cardine sarebbe pertanto quello della parità di trattamento dei lavoratori (19).

Altri, invece, hanno sottolineato come la base della direttiva e della regolamentazione non sia la protezione dei lavoratori, bensì quella dei servizi (20).

(15) Sentenze 3 febbraio 1982, cause riunite C-62/81 e C-63/81, *Seco e Desquenne & Giral c. Établissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité*, Racc. p. 223, punto 14, e 24 gennaio 2002, causa C-164/99, *Portugaia Construções*, Racc. p. I-787, punto 21.

(16) Sentenze 23 novembre 1999, cause riunite C-369/96 e C-376/96, *Arblade e a.*, Racc. p. I-8453, punto 35, e 14 aprile 2005, causa C-341/02, *Commissione c. Germania*, Racc. p. I-2733, punto 24.

(17) Direttiva 96/71/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 dicembre 1996 relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, GUCE L18 del 21.1.1997 p. 1. Precedentemente, la materia era regolata dal reg. 1612/68/CEE (considerando n. 4) e dal reg. 1408/71/CEE (art. 14). Ai lavoratori distaccati doveva applicarsi lo stesso trattamento garantito ai lavoratori dello Stato membro ospitante, salvo deroga per i distacchi di durata non superiore a 12 mesi (Cfr. S. BORELLI, *Un possibile equilibrio tra concorrenza leale e tutela dei lavoratori*, in *Lavoro e diritto*, I/08, p. 132).

(18) M. ESPOSITO, *Prestazione transnazionale dei servizi e distacco dei lavoratori nel nuovo contesto comunitario*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2/06, p. 571.

(19) G.G. BALANDI, *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo in avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, in *Scritti in onore di G.F. Mancini*, Milano, 1998, p. 52.

(20) P. DAVIES, *Posted workers: Single market or protection of national labour law systems?*, in *Common Market Law Review*, 34/97, p. 590, secondo il quale la lotta contro il *social dumping* avrebbe ben poco a che vedere con la direttiva *de qua*.

Le due posizioni dogmatiche hanno conseguenze di grande rilievo. Un'interpretazione della dir. 96/71 volta a privilegiare i lavoratori aumenterebbe gli oneri a cui sono sottoposte le imprese stabilite in altri Stati membri. Al contrario, un'interpretazione orientata verso i servizi restringerebbe ciò che uno Stato e le associazioni sindacali possono pretendere. L'effetto sarebbe quello di favorire la libera prestazione dei servizi e la penetrazione dei mercati europei.

La giurisprudenza, dopo le sentenze *Laval* e *Rüffert*, sembra andare decisamente in questo secondo senso. Alla luce del testo della direttiva, questa interpretazione pare corretta, ma al contempo crea un evidente vuoto di protezione dei lavoratori. Dopo aver ricordato l'apporto di *Laval* e *Rüffert* e sostenuto la coerenza dogmatica dell'approccio della Corte, il presente studio si soffermerà su alcuni punti irrisolti.

3. La tutela dei lavoratori distaccati come incidentale alla libera prestazione dei servizi

La giurisprudenza

La sentenza *Rüffert* ribadisce che il vero fulcro della dir. 96/71 non è il divieto di discriminazione, bensì la libera prestazione dei servizi (21). La sua interpretazione deve pertanto essere ispirata alla necessità di assicurare l'esercizio di tale libertà fondamentale (22).

Questa tesi viene affermata con forza al punto 34, e viene così precisato ulteriormente quanto già asserito dalla Grande Sezione della Corte di giustizia in *Laval* (23). In tale sentenza, la Corte aveva spiegato perché la dir. 96/71 avesse introdotto certe norme applicabili alle imprese stabilite in altro

(21) *Contra*: S. BORELLI, *op. cit.*, p. 140.

(22) Già nel periodo anteriore alla direttiva, nella sentenza *Rush Portuguesa* (sentenza del 27 marzo 1990, causa C-113/89, *Rush Portuguesa Ltd. c. Office national d'immigration*, Racc. p. I-1417) la Corte aveva incentrato il proprio esame della fattispecie sull'art. 39, anziché sull'art. 49. Secondo alcuni, tuttavia, questo caso non sarebbe indicativo. Infatti, al momento di tale controversia alle imprese portoghesi non poteva essere applicato l'art. 39. Potrebbe dunque essere per questo motivo che la Corte ha impostato la questione sui servizi, anche se manca la prova contraria (A. LO FARO, *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno*, in *Lavoro e diritto*, 1/08, p. 71).

(23) La controversia trae origine dall'esercizio della libertà di prestazione dei servizi da parte dell'impresa estone Laval, che si era aggiudicata una gara d'appalto per la costruzione di una scuola in Svezia. Laval, aveva allora distaccato i suoi dipendenti sulla penisola scandinava, ed aveva tentato anche di assumere manodopera locale. Tuttavia, nel corso delle trattative le organizzazioni sindacali avevano preteso l'applicazione delle condizioni salariali previste per i lavoratori svedesi anche ai lavoratori estoni distaccati, nonché il versamento di alcuni contributi ai sindacati svedesi.

A fronte del rifiuto di Laval, i sindacati avevano intrapreso una serie di azioni collettive, fino a paralizzare il cantiere e a rendere impossibile il completamento dei lavori. L'ente appaltante – la città di Vaxholm – aveva così deciso risolvere il contratto intercorrente con la Laval. Per tale motivo, Laval aveva intrapreso un'azione aquiliana nei confronti dei sindacati agenti.

Stato membro che distaccavano lavoratori (24). I giudici avevano poi sottolineato che le condizioni minime da applicare ai lavoratori distaccati sono applicabili solamente ove dettate tramite particolari strumenti normativi: disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, contratti collettivi (o arbitrati) dichiarati di applicazione generale nel settore dell'edilizia (25).

Questa limitazione degli strumenti normativi pare essere stata imposta per ragioni di certezza del diritto. Infatti, solamente le fonti menzionate dalla norma permetterebbero di avere una conoscenza certa delle obbligazioni che un'impresa stabilita in altro Stato membro potrebbe trovarsi a sostenere. Inoltre, soltanto queste fonti consentirebbero ai prestatori stranieri di essere certi che le imprese nazionali siano sottoposte ai medesimi oneri. Ne deriverebbe quindi la garanzia che la regolamentazione dello Stato membro ospitante non grava più pesantemente sulle imprese stabilite all'estero. Principio di non discriminazione, dunque. Ma non tanto per riguardo ai *lavoratori*, quanto piuttosto per riguardo alle *imprese*.

La giurisprudenza pare essere nel senso che sussista un obbligo di introdurre tali condizioni tramite i citati strumenti normativi anche ove assenti (26). Non si tratterebbe pertanto solamente di un obbligo di estendere una legislazione solamente ove già presente (27).

Dopo aver riformulato il quesito del giudice nazionale, la Corte si era così chiesta se la dir. 96/71 ed il combinato disposto degli artt. 12 e 49 TCE si opponessero ad un blocco dei cantieri volto a costringere un'impresa stabilita in altro Stato membro a negoziare coi sindacati delle condizioni diverse da – e talvolta più favorevoli di – quelle di cui all'art. 3 dir. 96/7124. La domanda era rilevante al fine di determinare l'illiceità della condotta e la responsabilità dei sindacati.

(24) *Laval, cit.*, punto 59.

(25) *Laval, cit.*, punto 61.

(26) Cfr. sentenza del 18 luglio 2007, causa C-490/04, *Commissione c. Germania*, Racc. p. I-6095, punto 18; *Rüffert*, punto 21, secondo la quale ai sensi dell'art. 3, n. 1, primo comma, primo e secondo trattino, della direttiva 96/71, “ai lavoratori distaccati, per quanto riguarda la prestazione di servizi transnazionali nel settore dell'edilizia, vanno garantite [(corsivo aggiunto)] le condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie dalla lett. a) alla lett. g) di tale disposizione [...]”. Cfr. anche l'Avvocato Generale Paolo Mengozzi, in occasione delle sue conclusioni presentate in data 23 maggio 2007 nella causa C-341/05, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet e altri [(Laval)]*, non ancora pubblicata nella Raccolta. Tale giurista aveva infatti affermato che “l'art. 3 della direttiva 96/71 [...] richiede che gli Stati membri provvedano affinché i lavoratori distaccati temporaneamente nel loro territorio nell'ambito di una prestazione di servizi godano delle condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie indicate nel n. 1 di tale articolo” (punto 126). In tal senso pare trovarsi anche l'Avvocato Generale Yves Bot in occasione delle sue conclusioni presentate in data 20 settembre 2007 nella causa C-346/06, *Dirk Rüffert, in qualità di curatore fallimentare dell'Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG c. Land Niedersachsen [(Rüffert)]*, non ancora pubblicata, punto 72. Autorevole dottrina è andata anche oltre: secondo S. THOMAS, *Libre prestation de services, travailleurs détachés et droit de recourir à l'action collective*, in *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 1/08, p. 188, la sentenza *Laval* potrebbe implicare il fatto che la Svezia non ha correttamente trasposto la direttiva, proprio perché tale paese non ha imposto un salario minimo alle imprese che distaccano lavoratori.

(27) Rimane il dubbio se la *ratio* della dir. 96/71 non suggerirebbe un'interpretazione diversa da quella adottata dalla giurisprudenza su tale punto. Infatti, consta che la giurispru-

La Corte, in *Laval*, aveva affermato chiaramente che l'art. 3(1) stabilisce il livello di protezione che gli Stati membri hanno il diritto di imporre (28). Il punto, dunque, è la protezione dei lavoratori distaccati in quanto tali, al fine di garantire loro la parità di trattamento. Più aridamente, il problema è impedire alle imprese di certi Stati membri di approfittare del basso costo della loro manodopera.

Gli Stati membri possono e devono prevenire la concorrenza sleale che viene dall'estero (29), ma non possono andare oltre. Le condizioni di lavoro elencate nella norma sono dunque il massimo che lo Stato ospitante può introdurre per proteggere le sue imprese dalla concorrenza venuta dall'estero.

L'interpretazione della direttiva orientata alla libera prestazione dei servizi è stata chiaramente confermata in *Rüffert*. Questo punto di vista pare essere coerente con quanto emerge da altri elementi esegetici e giuridici.

Riferimenti esegetici: la Convenzione di Roma del 19 giugno 1980

In primo luogo, giova ricordare che la direttiva sui lavoratori distaccati è stata propiziata – oltre che dalla giurisprudenza della Corte di giustizia (30) – dalla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (31). Tramite tale trattato, dodici stati membri hanno posto dei principi circa la legge da applicare ai rapporti di lavoro svolti sul territorio di un altro Stato membro. La Convenzione è entrata in vigore il 1° aprile 1991 nella maggioranza di tali Stati membri (32).

L'art. 3 di tale trattato prevede, come regola generale, la libera scelta della legislazione ad opera delle parti. Ai sensi dell'art. 6(2), in mancanza di scelta, il contratto è disciplinato dalla legge del paese in cui il lavoratore svolge abitualmente il suo lavoro in esecuzione del contratto, anche nel caso in cui il lavoratore sia temporaneamente occupato in un altro paese (33).

denza antecedente alla direttiva parlava di “estensione” (p.e. *Rush Portuguesa*, cit., punto 18) (M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Padova, 2002, p. 121). Se è vero che questo dato storico non è comunque probante, è anche vero che la direttiva punta a tutelare la libera prestazione dei servizi, e quindi a limitare ciò che gli Stati membri sono in diritto d'imporre. Sembra che se la limitazione degli oneri gravanti sulle imprese straniere – e, quindi, la limitazione della prestazione dei servizi – è il centro della direttiva, la norma non dovrebbe implicare che gli Stati membri devono per forza introdurre una legislazione non presente, bensì che tali paesi devono solamente *estendere* tale legislazione ove esistente nei modi prescritti. Tale interpretazione è maggiormente orientata alla libera prestazione dei servizi. La lettera della norma lascerebbe spazio per un'interpretazione di questo genere.

(28) *Laval*, cit., punto 80.

(29) *Laval*, cit., punto 75.

(30) Cfr. *supra* nota 16.

(31) GUCE L 266 del 9 ottobre 1980, p. 1. Cfr. ottavo, nono e decimo considerando della dir. 96/71.

(32) La Convenzione di Roma è ancora in vigore: la direttiva costituisce solo una disciplina di alcuni aspetti particolare del settore (M. ROCCELLA, T. TREU, *op. cit.*, p. 122).

(33) Peraltro, l'applicazione della normativa del Paese d'origine ha luogo anche qualora il lavoratore non svolga abitualmente il suo lavoro nello stesso paese, a meno che dall'in-

Pertanto, nel silenzio delle parti, si applica la disciplina del paese di origine. Il principio è dunque che la disciplina della manodopera distaccata è retta dalla legge dello Stato di stabilimento (34).

Se quindi la regola generale è l'applicazione della normativa del paese d'origine, la direttiva sembra essere volta più che altro ad introdurre un limite, più che una facoltà dello Stato membro di introdurre una disciplina per i lavoratori distaccati.

La base giuridica della dir. 96/71

In secondo luogo, è opportuno sottolineare la base giuridica della dir. 96/71. Si tratta infatti dell'art. 47(2) TCE relativo alla prestazione di attività non salariate sul territorio di altri Stati membri – e quindi della prestazione dei servizi – e dell'art. 55 TCE – norma che salvaguarda l'applicazione dell'art. 47 alla prestazione dei servizi. Il centro di gravità della disposizione non è pertanto costituito dai lavoratori (35).

Come rilevato da autorevole dottrina, quando si decise di adottare una direttiva sui lavoratori distaccati non mancarono discussioni circa la base giuridica della stessa. Alla fine, però, prevalse la volontà di basarla sulla libera circolazione dei servizi piuttosto che sulle basi giuridiche disponibili in materia di politica sociale, forse perché ciò ne avrebbe permesso l'adozione a maggioranza qualificata (36).

Pertanto, è appena il caso di richiamare il *dictum* dell'art. 137(5) in materia di politica sociale. Ai sensi di tale norma, la Comunità non ha competenza in materia di salari. Sarebbe pertanto discutibile la competenza della Comunità ad imporre di introdurre un salario minimo (37).

La base giuridica dalla direttiva invita dunque ad un'interpretazione orientata alla libera prestazione dei servizi, vale a dire volta all'alleggerimento degli obblighi gravanti sulle imprese, più che all'imposizione di un obbligo di appesantirle con ulteriori oneri. L'introduzione (o estensione?) di tali oneri sembra essere imposta e consentita solo ove necessaria al fine di prevenire le distorsioni della concorrenza.

sieme delle circostanze risulti che il contratto sia più strettamente legato ad un altro paese, nel qual caso il contratto sarà disciplinato dalla legislazione di questo paese. Sul punto, otta-vo considerando della direttiva 96/71.

(34) Le peculiarità dello spostamento dei lavoratori nell'ambito dello spostamento dei servizi hanno comunque imposto un assetto diverso dalla tendenziale deregolamentazione a cui si assiste nel settore delle merci (P. DAVIES, *op. cit.*, p. 588).

(35) Già nel 1997, parte della dottrina aveva sostenuto che “*the choice of legal base would suggest that the posted workers Directive has been adopted with the aim of facilitating the cross-border provision of services, rather than as a measure of employee protection*” (P. DAVIES, *op. cit.*, p. 572).

(36) A. LO FARO, *op. cit.*, p. 72.

(37) Un argomento simile era stato addotto da autorevole dottrina per affermare l'inapplicabilità delle regole del trattato a comprimere il diritto di sciopero (Cfr. P. RODIÈRE, *Les arrêts Viking et Laval, le droit de grève et le droit de négociation collective*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1/08, p. 58).

4. Corollari

La Seconda Sezione della Corte, nel caso tedesco, ha così precisato alcune questioni già affrontate dalla Grande Sezione in *Laval*. Dalla netta affermazione di principio secondo cui il fulcro della norma sono i servizi, e non i lavoratori, derivano numerose conseguenze pratiche e corollari, che limitano molto ciò a cui i lavoratori distaccati possono aspirare.

L'art. 3(7): la facoltà di introdurre condizioni più favorevoli si riferisce al paese d'origine

In primo luogo, discende dalla recente giurisprudenza che gli Stati membri ospitanti non possono eccedere nella protezione dei lavoratori distaccati sul loro suolo: le imprese degli altri Stati membri vengono incentivate a fare uso della loro libertà di prestazione dei servizi.

L'interpretazione data dalla Corte dell'art. 3(7) dir. 96/71 è coerente con tali premesse. Secondo tale norma, la prima parte dell'art. 3 dir. 86/71 non osta all'applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione più favorevoli ai lavoratori. La dottrina si è a lungo posta una domanda: la facoltà di introdurre norme più favorevoli doveva essere riferita al Paese ospitante (38) ovvero a quello di origine?

Già in *Laval* la Corte aveva risposto in modo secco al quesito: la possibilità di introdurre misure più favorevoli ai lavoratori dev'essere riferita allo Stato membro di origine (39). In altri termini, il paese ospitante può solamente imporre l'applicazione della propria legislazione minima nelle materie elencate nell'art. 3(1) della direttiva sui lavoratori distaccati. Se però lo Stato d'origine prevede condizioni migliori, i lavoratori non devono essere penalizzati, e possono mantenere i loro vantaggi.

In ciò la Corte aveva rigettato quanto suggerito tanto dalla dottrina (40), quanto da alcuni Avvocati Generali. L'Avvocato Generale Mengozzi, nelle sue conclusioni in *Laval* aveva infatti affermato che l'art. 3(7) dev'essere riferito allo Stato ospitante (41).

Anche l'Avvocato Generale Bot sembrava essere in tale senso. Nelle sue conclusioni in *Rüffert*, il giurista francese aveva infatti sottolineato che il diciassettesimo considerando della dir. 96/71 fa riferimento alla possibilità di condizioni di lavoro più favorevoli (42), e l'art. 3(7) avrebbe quindi dovuto essere riferito allo Stato ospitante (43).

(38) In tal senso, M. ESPOSITO, *op. cit.*, p. 571; nonché le conclusioni di alcuni Avvocati Generali quali Paolo Mengozzi e Yves Bot, su cui *infra*.

(39) *Laval*, *cit.*, punto 80.

(40) S. BORELLI, *op. cit.*, p. 133.

(41) Conclusioni dell'Avvocato Generale Paolo Mengozzi, *cit.*, non ancora pubblicato, punto 172.

(42) Ai sensi del considerando 17, “le norme imperative di protezione minima in vigore nel paese ospite non devono ostacolare l'applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione che siano più favorevoli ai lavoratori”.

(43) Conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot, *cit.*, punto 83. Tale argomento non è tuttavia parso probante alla Corte. Nel senso dell'Avvocato Generale Bot, si veda anche S. THOMAS, *op. cit.*, p. 189.

In *Rüffert*, i giudici hanno confermato la linea di *Laval*. Il Land Niedersachsen aveva imposto il rispetto di condizioni diverse da quelle fissate da convenzioni collettive dichiarate di applicazione generale. Non si trattava quindi di un minimo, ma di qualcosa di diverso. L'entità federale, tuttavia, non avrebbe potuto in nessun caso giustificare le condizioni imposte agli aggiudicatari degli appalti in base all'art. 3(7), proprio in quanto tale norma si riferisce allo Stato membro di origine. Secondo la Corte, uno Stato membro non ha la facoltà di imporre delle condizioni di lavoro ulteriori rispetto a quelle di cui all'art. 3(1) dir. 96/71, e che siano stabilite nei modi prescritti (44).

Una volta affermato che il centro della direttiva è la libera prestazione dei servizi, le conclusioni giunte dalla collina di Kirchberg paiono coerenti con le premesse. Se l'art. 3(7) attribuisse agli Stati membri ospitanti la facoltà di aumentare gli oneri a cui sono sottoposti i lavoratori di imprese stabilite in altri Paesi, la direttiva sarebbe totalmente privata di ogni effetto utile (45). Infatti, a cosa servirebbe introdurre la direttiva se gli Stati fossero comunque liberi di imporre oneri ulteriori alle imprese che distaccano lavoratori?

I Paesi dell'Unione potevano introdurre certi oneri per le imprese stabilite all'estero già prima della dir. 96/71, con la benedizione della Corte. Il vero nodo, però, era quello di limitare tale facoltà. Infatti, uno Stato ha tutto l'interesse ad imporre oneri ai prestatori di servizi stranieri (46). Se quindi la direttiva autorizzasse gli Stati membri ad aggiungere oneri, l'obiettivo di incentivare la libera prestazione dei servizi sarebbe posto nel nulla.

Per tale motivo, vista l'interpretazione del fulcro della dir. 96/71, pare preferibile ritenere che lo Stato *di origine* è libero di gravare le imprese stabilite sul proprio territorio che prestano servizi all'estero di ulteriori condizioni. Lo Stato ospitante potrebbe dunque andare oltre gli elementi stabiliti dall'art. 3(1) solamente "laddove si tratti di disposizioni di ordine pubblico" (art. 3(10) dir. 96/71) (47).

Importanza della nozione d'ordine pubblico

Ai sensi dell'art. 3(10), infatti, la dir. 96/71 "non osta a che gli Stati membri, nel rispetto del trattato, impongano alle imprese nazionali ed a quel-

(44) *Rüffert*, *cit.*, punto 32 e ss. In tal senso anche P. DAVIES, *op. cit.*, p. 583.

(45) *Laval*, *cit.*, punti 79 – 80.

(46) P. DAVIES, *op. cit.*, p. 577.

(47) Si tratta delle cc.dd. "norme di polizia" di cui all'art. 7 della citata Convenzione di Roma, richiamato nel decimo considerando della direttiva sui lavoratori distaccati. Qualora lo Stato si avvallesse di tale facoltà, tuttavia, le azioni intraprese non sarebbero coperte dalla direttiva, ma dovrebbero invece fare l'oggetto di un esame ai sensi del trattato. La direttiva non dà infatti una patente di legittimità di tali misure, ma semplicemente "non vi osta". A tal fine, si vedano le conclusioni dell'AG Mengozzi, in cui si afferma che "riconoscere un provvedimento come compatibile alla direttiva 96/71 non significa necessariamente che lo stesso sia compatibile con l'art. 49" (*Conclusioni AG Mengozzi*, *cit.*, punto 150).

le di altri Stati, in pari misura: – *condizioni di lavoro e di occupazione riguardanti materie diverse da quelle contemplate al paragrafo 1, primo comma del presente articolo laddove si tratti di disposizioni di ordine pubblico* (48);

– *condizioni di lavoro e di occupazione stabilite in contratti collettivi o arbitrati a norma del paragrafo 8 riguardanti attività diverse da quelle contemplate dall'allegato*".

Se l'ordine pubblico consente di aumentare le condizioni imponibili, la definizione stessa di "ordine pubblico" diventa fondamentale. Parte della dottrina si è chiesta se tale nozione fosse da interpretare nel senso di cui all'art. 39 CE, ovvero alla luce dell'art. 49 (49).

Visto che la regola generale della direttiva pare essere la libera prestazione dei servizi, sembra esatto affermare che la deroga a tale norma deve essere valutata alla stregua della violazione di tale libertà fondamentale (50).

La sentenza *Laval* aveva ribadito che la lotta contro il *dumping sociale* poteva costituire una ragione imperativa d'interesse generale tale da giustificare una restrizione alla libera prestazione dei servizi (51).

Nel caso *Rüffert*, la Corte ha appena toccato la questione respingendo le giustificazioni addotte. I giudici si sono infatti limitati a rilevare che la necessità di proteggere i lavoratori non poteva giustificare un trattamento differente nel settore pubblico ed in quello privato. Per quanto riguarda invece la necessità di assicurare l'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale, secondo Lussemburgo erano dubbie la proporzionalità e l'idoneità della misura (52).

È per questo motivo che la Corte è tornata a pronunciarsi sull'argomento con la recente sentenza *Commissione c. Lussemburgo*. I giudici hanno affer-

(48) Corsivo aggiunto.

(49) S. BORELLI, *op. cit.*, p. 134.

(50) In materia, si vedano i principi di cui alla sentenza *Säger* (sentenza del 25 luglio 1997, causa C-76/90, *Säger c. Dennemeyer & co. Ltd.*, Racc. p. I-4221), in cui ha preso le mosse la giurisprudenza secondo cui le regole del diritto nazionale (anche quelle del lavoro) devono essere sottoposte al giudizio di proporzionalità "per valutare la giustificabilità quale eccezione alle regole del Trattato" (S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*, Bologna, 2007, p. 96).

(51) *Laval*, *cit.*, punto 103, in cui la Corte ricorda la propria giurisprudenza, nelle sentenze *Arblade e a.*, *cit.*, punto 36; 15 marzo 2001, causa C-165/98, *Mazzoleni e ISA*, Racc. p. I-2189, punto 27; 25 ottobre 2001, cause riunite C-49/98, C-50/98, da C-52/98 a C-54/98 e da C-68/98 a C-71/98, *Finalarte e a.*, Racc. p. I-7831, punto 33, e 11 dicembre 2007, causa C-438/05, *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union [(Viking)]*, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 77. Nel caso svedese, tuttavia, la Corte ha anche negato che i sindacati possano essere soggetti atti ad avvalersi dell'art. 3(10), che sarebbe invece diretto allo Stato (*Laval*, *cit.*, punto 84), per quanto l'Avvocato Generale Mengozzi, nelle sue conclusioni, avesse ricordato che spesso i sindacati erano i soggetti incaricati di recepire direttive comunitarie tramite le convenzioni collettive (*Conclusioni AG Mengozzi*, *cit.*, punto 181).

(52) Commentando *Laval*, RODIÈRE ha fortemente criticato la confusione creata dalla Corte mescolando concetti quali "disposizioni d'ordine pubblico", "ragioni d'ordine pubblico" e "motivi d'interesse generale" (P. RODIÈRE, *op. cit.*, p. 63).

mato che “le disposizioni nazionali qualificate da uno Stato membro come norme imperative di applicazione necessaria sono le disposizioni la cui osservanza è stata reputata cruciale per la salvaguardia dell’organizzazione politica, sociale o economica dello Stato membro interessato, al punto da imporre il rispetto a chiunque si trovi nel territorio nazionale di tale Stato membro o a qualunque rapporto giuridico localizzato nel suo territorio” (53). L’ordine pubblico sarebbe quindi “una deroga al principio fondamentale della libera prestazione dei servizi”. In quanto tale, la deroga dev’essere d’interpretazione restrittiva, e la sua portata “non può essere determinata unilateralmente dagli Stati membri” (54). L’art. 3(10) costituirebbe allora una deroga “al principio in base al quale le materie in cui lo Stato membro ospitante può imporre la propria legislazione alle imprese che distaccano lavoratori sul suo territorio sono elencate in maniera tassativa all’art. 3(1) [...]” (55).

Inoltre, la Corte ha ricordato come, ai sensi della decima dichiarazione, con l’espressione “disposizioni di ordine pubblico” “devono intendersi comprese le disposizioni vincolanti cui non si può derogare e che, per la loro natura ed il loro obiettivo, rispondono alle esigenze imperative dell’interesse pubblico” (56).

Nell’analisi, i giudici comunitari hanno introdotto una distinzione fra disposizioni di ordine pubblico per l’ordinamento interno e disposizioni di ordine pubblico per l’ordinamento comunitario. Se dunque gli Stati membri sono “liberi di determinare, conformemente alle loro necessità nazionali, le norme di ordine pubblico”, in sede comunitaria “tale nozione deve essere intesa in senso restrittivo”, in quanto si tratta di una giustificazione di una deroga al principio fondamentale della libera prestazione dei servizi (57). La nozione di ordine pubblico è una nozione comunitaria (58), e conformemente alla sentenza *Église de Scientologie* (59), l’ordine pubblico potrebbe dunque essere invocato “solamente in caso di minaccia effettiva e sufficientemente grave ad uno degli interessi fondamentali della collettività” (60).

(53) Sentenza del 19 giugno 2008, causa C-319/06, *Commissione c. Lussemburgo*, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 29. Tra l’altro, tale definizione riprende la formula che nella sentenza *Arblade* aveva designato le misure di polizia e sicurezza (*Arblade, cit.*, punto 30).

(54) *Commissione c. Lussemburgo, cit.*, punto 30, citando la sentenza 31 gennaio 2006, causa C-503/03, *Commissione c. Spagna*, Racc. p. I-1097, punto 45, in materia di libera circolazione delle persone.

(55) *Commissione c. Lussemburgo, cit.*, punti 31, 49.

(56) *Commissione c. Lussemburgo, cit.*, punto 32.

(57) *Commissione c. Lussemburgo, cit.*, punto 50.

(58) *Commissione c. Lussemburgo, cit.*, punto 50, citando la sentenza *Omega* (sentenza del 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega Spielhallen c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, Racc. p. I-9609).

(59) Sentenza del 14 marzo 2000, causa C-54/99, *Association Église de Scientologie de Paris c. Premier ministre*, Racc. p. I-1335 punto 17.

(60) *Commissione c. Lussemburgo, cit.*, punto 50.

Nel caso in esame, secondo la Corte, il Lussemburgo non aveva fornito sufficienti indicazioni circa l'opportunità e la proporzionalità della misura adottata.

La Corte ha dunque interpretato la nozione di ordine pubblico in modo restrittivo ed alla stregua di quanto stabilito per la libera prestazione dei servizi. La giurisprudenza futura chiarirà meglio la portata della deroga e dell'onere della prova che grava su chi l'eccepisce.

Interpretazione restrittiva dell'art. 3(8)

Infine, la sentenza *Rüffert* ha apportato alcune precisazioni sul concetto di Convenzione dichiarata d'applicazione generale. Sembra infatti che tanto la nozione di convenzioni collettive dichiarate di applicazione generale quanto l'art. 3(8) debbano avere un'interpretazione restrittiva.

La Corte aveva chiarito in *Laval* che le convenzioni collettive dichiarate di applicazione generale sono quelle che devono essere applicate dalla totalità delle imprese appartenenti al settore o alla professione interessata. Secondo tale disposizione, in assenza della possibilità di una dichiarazione di applicazione generale, gli Stati membri possono prendere per base le convenzioni collettive aventi un effetto generale su tutte le imprese interessate ovvero quelle concluse dai sindacati maggiormente rappresentativi e che sono applicate sulla totalità del territorio nazionale.

Lussemburgo aveva così tagliato il dibattito che era stato sollevato dall'Avvocato Generale Mengozzi circa le circostanze in cui un Paese può avvalersi del citato ottavo comma. *L'amicus curiae* si era infatti domandato se fosse o meno sufficiente una copertura di circa il 90 % del territorio nazionale, arrivando a coniare il concetto di convenzione collettiva *de facto* di applicazione generale (61). Tuttavia, la Corte aveva rilevato seccamente che lo Stato non si era avvalso della procedura di cui all'art. 3(8) (62).

I giudici si erano quindi limitati a ricordare che la dir. 96/71 non mira all'armonizzazione delle disposizioni nazionali, e che pertanto gli Stati membri avrebbero potuto scegliere un sistema di regolamentazione del lavoro differente (63).

In *Rüffert*, invece, i giudici non sono entrati nel dettaglio, ma si sono limitati a precisare che la procedura di cui all'art. 3(8) è adottabile solamente in assenza di un sistema di dichiarazione d'applicazione generale – il che non era il caso della Germania, che invece ne prevede uno (64). La Seconda

(61) Da ciò sarebbe discesa un'obbligazione vincolante di negoziare i salari con i sindacati (P. RODIÈRE, *op. cit.*, p. 66).

(62) *Laval*, *cit.*, punto 67. In materia, THOMAS ha sottolineato la presunta incoerenza della Corte in *Laval*. In tale sentenza, la Corte ha rilevato che i sindacati non costituivano autorità pubbliche atte ad avvalersi dell'art. 3(8) dir. 96/71. Il giurista belga si è quindi chiesto se i sindacati, in conseguenza dell'obbligo di rispettare il trattato, non debbano avere anche maggiori diritti e poteri nell'ambito della prestazione transnazionale di servizi (S. THOMAS, *op. cit.*, p. 189).

(63) *Laval*, *cit.*, punto 68.

(64) *Rüffert*, *cit.*, punto 27.

Sezione ha pertanto fatto propria un'interpretazione restrittiva della nozione di convenzione collettiva applicabile, ribaltando le conclusioni dell'Avvocato Generale (65).

5. Una questione insoluta: quale spazio per l'art 49?

In *Rüffert* è emerso un nuovo modo d'affrontare la relazione tra la dir. 96/71 e l'art. 49 TCE.

Anche tale tematica era stata già affrontata in *Laval*. In tale occasione, l'Avvocato Generale Mengozzi aveva evidenziato nelle sue conclusioni che se un fenomeno non rientra nell'ambito di applicazione della direttiva sui lavoratori distaccati deve comunque essere valutato alla stregua dell'art. 49. Infatti, la direttiva sarebbe unicamente un'interpretazione specifica dell'art. 49 (66): il suo carattere minimalista non le permetterebbe di contenere l'applicazione delle disposizioni del Trattato (67). Tuttavia, secondo l'Avvocato Generale, una fattispecie contraria alla direttiva sarebbe *a fortiori* contraria anche al Trattato. Al contrario, potrebbe non essere vero l'inverso: una norma potrebbe essere conforme alla dir. 96/71 ma contraria al trattato (68).

La Corte, in *Laval*, aveva tuttavia respinto tali considerazioni. Secondo i giudici, se anche una fattispecie fosse contraria alla direttiva, potrebbe ancora essere considerata lecita ai sensi dell'art. 49 (69). Tuttavia, i limiti stretti dettati dai giudici avevano posto nel nulla questa possibilità, ed il parametro di legittimità rispetto all'art. 49 alla fine era stato proprio la direttiva (70). Il ragionamento della Corte in *Laval* è stato aspramente criticato dalla dottrina (71).

(65) In senso contrario si era posto l'Avvocato Generale Bot, secondo il quale, visto che l'art. 3(7) consentirebbe al Paese ospitante di introdurre una legislazione più favorevole, si potrebbero prendere per base anche convenzioni collettive che non siano state dichiarate d'applicazione generale: *Conclusioni AG Bot, cit.*, punti 94-99.

(66) *Conclusioni AG Mengozzi, cit.*, punto 145.

(67) *Conclusioni AG Mengozzi, cit.*, punto 147.

(68) *Conclusioni AG Mengozzi, cit.*, punti 149 – 150.

(69) *Laval, cit.*, punti 68, 72, 85.

(70) I magistrati avevano infatti accettato che una misura lesiva potrebbe essere giustificata dall'obiettivo di lottare contro il *dumping sociale*. Tuttavia, nel caso di specie, la Corte aveva affermato che, ai sensi della dir. 96/71 il datore di lavoro è tenuto a rispettare solo un minimo salariale, mentre le norme svedesi non permetterebbero di capire a quanto ammon-ta tale obbligazione: il parametro di legittimità era dunque ancora la dir. 96/71 (*Laval, cit.*, punti 103-112).

(71) S. THOMAS, *op cit.*, p. 190. Tale autore rileva l'incoerenza della Corte, che al punto 108 di *Laval* rimanda alla valutazione del rispetto delle condizioni imposte dalla direttiva (*Laval*, punto 108: “[o]ccorre [...] rilevare che, per quanto riguarda gli obblighi specifici connessi alla sottoscrizione del contratto collettivo dell'edilizia che le organizzazioni sindacali tentano di imporre alle imprese stabilite in altri Stati membri con un'azione collettiva come quelle in esame nella causa principale, l'ostacolo che quest'ultima comporta non può essere giustificato alla luce di tale obiettivo. Infatti, oltre a quanto risulta dai punti 81-83 della presente sentenza, per quanto riguarda i lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale, il datore di lavoro di questi ultimi è tenuto, gra-

In *Rüffert*, i giudici hanno modificato tale posizione. Dopo aver constatato la contrarietà alla direttiva, non hanno proceduto ad un'analisi ai sensi dell'art. 49. L'unica analisi compiuta è stata quella rispetto alla direttiva "interpretata *alla luce dell'art. 49*" (72).

È difficile dire cosa possa significare questo cambiamento. Potrebbe significare adozione della ricostruzione dell'Avvocato Generale Mengozzi, vale a dire che una fattispecie contraria alla direttiva sarebbe necessariamente anche contraria al Trattato. Non sarebbe dunque più possibile giustificare ai sensi dell'art. 49 una fattispecie illecita *sub dir. 96/71*.

Appena tre mesi e mezzo dopo la Grande Sezione in *Laval*, la Seconda Sezione della Corte di giustizia potrebbe quindi aver già aggiornato la giurisprudenza. Tuttavia, è anche possibile che la soluzione data dai giudici dipenda unicamente dalle peculiarità del caso *Rüffert*: l'evoluzione della giurisprudenza fornirà dei chiarimenti.

6. Conclusione

L'oggetto principale della *dir. 96/71* è dunque la libera prestazione dei servizi e non la libera circolazione dei lavoratori. Questi ultimi vengono attualmente protetti solamente in modo funzionale alla realizzazione della libera prestazione dei servizi.

Il conflitto tra protezione dei lavoratori e libera prestazione dei servizi è in tal modo sbilanciato nei confronti del secondo. La Corte, malgrado alcune ambiguità nelle sentenze esaminate, ha tuttavia statuito in conformità alla direttiva, con tutte le conseguenze che ne discendono per l'interpretazione.

In tal modo, le norme della direttiva non rappresentano il trattamento minimo che dev'essere imposto dallo Stato ospitante, salvo andare oltre, bensì il massimo che può essere richiesto alle imprese distaccanti. Come rilevato da dottrina straniera, in tal modo la tutela di un lavoratore distaccato è fortemente attenuata (73).

È stato rilevato che la tutela giurisdizionale spetterebbe alle autorità dello Stato ospitante (74). Rimangono tuttavia serie perplessità circa gli scar-

zie al coordinamento realizzato dalla direttiva 96/71, a rispettare un nucleo di norme imperative di protezione minima nello Stato membro ospitante"). Sarebbe quindi preferibile l'analisi proposta dall'Avvocato Generale Mengozzi, il quale ha proposto di vedere, caso per caso, se la restrizione persegue effettivamente un obiettivo legittimo di protezione dei lavoratori, nella misura in cui tale interesse non sia già salvaguardato dalle disposizioni a cui il prestatore di servizi distaccante è sottoposto nello Stato di stabilimento, e purché le misure adottate siano proporzionate (S. THOMAS, *op. cit.*, p. 191).

(72) *Rüffert*, *cit.*, punto 43, corsivo aggiunto.

(73) P. RODIÈRE, *op. cit.*, p. 66.

(74) P. DAVIES, *op. cit.*, p. 578, il quale ricorda anche il dettame dell'Art. 5(1) della *Convenzione di Bruxelles del 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (versione consolidata)* (GUCE C 27 del 26.1.1998, p. 1), ai sensi del quale la giurisdizione sui contratti di lavoro spetta al giudice del luogo "in cui il lavoratore svolge abitualmente la propria attività". Questa teoria avreb-

si poteri attribuiti alle organizzazioni sindacali. Infatti, in *Laval* la Corte ne ha negato la natura pubblicistica e la capacità di avvalersi dell'art. 3(8) dir. 96/71 (75). Peraltro, è già stato chiarito che il diritto allo sciopero non ha una tutela *per se*, in quanto esercizio di un diritto fondamentale, ma soltanto ove diretto a conseguire qualcosa che può essere imposto ai lavoratori distaccati in base alla direttiva (76).

Gli scarsi poteri attribuiti ai sindacati creano delle forti discrepanze fra Stati membri. Infatti, in alcuni Stati, come nel Regno Unito, i poteri delle associazioni sindacali sono minimi, mentre in altri ordinamenti, come in Svezia, l'intero sistema è basato sulla negoziazione collettiva. Significa forse questo che gli ordinamenti che poggiano su di essi sono condannati a dare minor tutela ai lavoratori distaccati? Tali Stati devono quindi modificare il loro sistema di organizzazione del lavoro e della negoziazione collettiva? Se è vero che la direttiva non mirava all'armonizzazione delle normative nazionali, sarebbero auspicabili maggiori aperture su questo punto.

È pertanto vero che il fenomeno che si è voluto regolamentare è la libera prestazione dei servizi. Tuttavia, in un mercato unico certe distorsioni in ragione del fatto che è stato attraversato un confine non possono che lasciare perplessi (77).

Sarebbe quindi auspicabile l'avvento di un modello sociale europeo. Le numerose difficoltà – a conti fatti, politiche – per pervenirvi sono già state ben descritte (78).

Autorevole dottrina ha affermato che “[l]’armonizzazione della normativa sociale è indispensabile sia per fissare quell’insieme di principi comuni necessari per generare la fiducia reciproca da parte degli ordinamenti nazionali su cui si fonda il mutuo riconoscimento[...], sia per soddisfare le esigenze di certezza del diritto sottese alla direttiva 96/71” (79). Tuttavia, a fronte di una desiderabilità sociale, permangono ingenti difficoltà politiche anche in quanto “[a]lthough each step towards harmonization might counteract

be l'inconveniente di costringere il giudice del Paese ospitante ad applicare una legge straniera, ma avrebbe il vantaggio di dissolvere i dubbi che vengono tradizionalmente avanzati dalla dottrina comunitaria circa gli incentivi che uno Stato membro può avrebbe a far rispettare le regole in altri Stati membri (su cui S. WEATHERILL, *Pre-emption, Harmonisation and the Distribution of Competence to Regulate the Internal Market*, in C. BARNARD, J. SCOTT (a cura di), *The Law of Single European Market: Unpacking the Premises*, Oxford, 2002, p. 63). Il reg. 44/01/CE (GUCE L 12 del 16.1.2001, p. 1) ha peraltro stabilito che la competenza per i contratti di lavoro spetta al giudice del luogo in cui il lavoro viene svolto se ad agire è il lavoratore. Altrimenti, la competenza spetta al giudice del domicilio del lavoratore se ad agire è il datore di lavoro (L. GALANTINO, *Diritto comunitario del lavoro*, Torino, 2006, p. 126).

(75) *Laval*, *cit.*, punti 67 e ss.

(76) Cfr. le sentenze *Viking*, *cit.*, e *Laval*, *cit.*.

(77) Si veda in materia A. LO FARO, *op. cit.*, p. 69.

(78) L. TSOUKALIS, *What kind of Europe?*, Oxford, 2005, p. 116.

(79) S. BORELLI, *op. cit.*, p. 150.

social dumping, the consequence would be a massive impairment of the opportunities of economically weaker countries” (80).

Sarebbe stato forse più politicamente più semplice risolvere il problema prima dell’allargamento, quando però il problema non era ancora sentito come adesso. Tuttavia, il dibattito è appena iniziato (81).

Dott. Benedetto Brancoli Busdraghi^()*

Sentenza della Corte (Seconda Sezione) 3 aprile 2008 (domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall’Oberlandesgericht Celle – Germania) – Rechtsanwalt Dr. Dirk Ruffert, in qualità di curatore fallimentare della Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG/Land Niedersachsen. (Il Governo italiano non è intervenuto).

(Art. 49 CE – Libera prestazione dei servizi – Restrizioni – Direttiva 96/71/CE – Distacco dei lavoratori nell’ambito di una prestazione di servizi – Procedure di aggiudicazione di appalti pubblici di lavori – Tutela previdenziale dei lavoratori)

«(Omissis)

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale riguarda l’interpretazione dell’art. 49 CE.

2 Tale domanda è stata presentata nell’ambito di una controversia fra il sig. Ruffert, in qualità di curatore fallimentare della Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG (in prosieguito: la «Objekt und Bauregie»), e il Land Niedersachsen, relativamente alla risoluzione di un contratto d’appalto concluso fra quest’ultimo e la citata società.

Contesto normativo

La normativa comunitaria

3 La direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 16 dicembre 1996, 96/71/CE, relativa al distacco dei lavoratori nell’ambito di una prestazione di servizi (GU 1997, L 18, pag. 1), all’art. 1, intitolato «Campo d’applicazione», prevede quanto segue:

«1. La presente direttiva si applica alle imprese stabilite in uno Stato membro che, nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale, distacchino lavoratori, a norma del paragrafo 3, nel territorio di uno Stato membro.

(...)

3. La presente direttiva si applica nella misura in cui le imprese di cui al paragrafo 1 adottino una delle misure transnazionali seguenti:

a) distacchino un lavoratore, per conto proprio e sotto la loro direzione, nel territorio di uno Stato membro, nell’ambito di un contratto concluso tra l’impresa che lo invia e il destinata-

(80) R. GIESEN, *Posting: Social Protection of Workers vs. Fundamental Freedoms?*, in *Common Market Law Review*, 40/03, p. 145.

(81) Cfr., in materia, M. V. BALLESTRERO, *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, INT – 55/2007, p. 29, disponibile su www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/int/ballestrero_n54-2007int.pdf, visitato il 21 luglio 2008.

^(*) LLM (College of Europe, Bruges).

rio della prestazione di servizi che opera in tale Stato membro, purché durante il periodo di distacco esista un rapporto di lavoro tra il lavoratore e l'impresa che lo invia (...)).».

4 Ai sensi dell'art. 3 della direttiva 96/71, intitolato «Condizioni di lavoro e di occupazione»:

«1. Gli Stati membri provvedono affinché, qualunque sia la legislazione applicabile al rapporto di lavoro, le imprese di cui all'articolo 1, paragrafo 1 garantiscano ai lavoratori distaccati nel loro territorio le condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie in appresso indicate che, nello Stato membro in cui è fornita la prestazione di lavoro, sono fissate:

– da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, e/o

– da contratti collettivi o da arbitrati dichiarati di applicazione generale, a norma del paragrafo 8, sempreché vertano sulle attività menzionate in allegato:

(...)

c) tariffe minime salariali, comprese le tariffe maggiorate per lavoro straordinario; il presente punto non si applica ai regimi pensionistici integrativi di categoria;

(...)

Ai fini della presente direttiva, la nozione di tariffa minima salariale di cui al primo comma, lettera c) è definita dalla legislazione e/o dalle prassi nazionali dello Stato membro nel cui territorio il lavoratore è distaccato.

(...)

7. I paragrafi da 1 a 6 non ostano all'applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione che siano più favorevoli ai lavoratori.

(...)

8. Per contratti collettivi o arbitrati, dichiarati di applicazione generale, si intendono quelli che devono essere rispettati da tutte le imprese situate nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale interessate.

In mancanza di un sistema di dichiarazione di applicazione generale di contratti collettivi o di arbitrati di cui al primo comma, gli Stati membri possono, se così decidono, avvalersi:

– dei contratti collettivi o arbitrati che sono in genere applicabili a tutte le imprese simili nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale interessate e/o

– dei contratti collettivi conclusi dalle organizzazioni delle parti sociali più rappresentative sul piano nazionale e che sono applicati in tutto il territorio nazionale,

a condizione che la loro applicazione alle imprese di cui all'articolo 1, paragrafo 1 assicuri la parità di trattamento quanto alle materie di cui al paragrafo 1, primo comma del presente articolo, fra tali imprese e le altre imprese di cui al presente comma che si trovano in una situazione analoga.

(...)).».

La normativa nazionale

5 La legge del Land Niedersachsen (Land Bassa Sassonia) sull'aggiudicazione dei pubblici appalti (Landesvergabegesetz Nds.; in prosieguo: la «legge del Land») contiene alcune disposizioni per l'aggiudicazione di appalti pubblici che ammontino ad un valore minimo di EUR 10 000. Il preambolo della legge è così formulato:

«La presente legge è volta a combattere le distorsioni della concorrenza che sorgono nell'ambito dell'edilizia e del trasporto pubblico di passeggeri in seguito all'impiego di mano d'opera a basso salario e mitiga gli oneri a carico dei sistemi di sicurezza sociale. A tal fine

essa prevede che all'ente pubblico aggiudicatore, nell'ambito delle attività edilizie e del trasporto pubblico di passeggeri, sia consentito assegnare gli appalti solo alle imprese che versino le retribuzioni stabilite dal contratto collettivo del luogo di esecuzione della prestazione del lavoro.

(...)

6 Ai sensi dell'art. 3, n. 1, della legge del Land, intitolato «Dichiarazione di rispetto del contratto collettivo»:

«È consentita l'aggiudicazione di appalti per lavori edili solo alle imprese che, alla presentazione dell'offerta, si impegnino per iscritto a corrispondere ai loro dipendenti, per le rispettive prestazioni, una retribuzione non inferiore a quella minima prevista dal contratto collettivo vigente nel luogo ed al tempo dell'effettuazione di tali prestazioni. Costituiscono lavori edili ai sensi del primo periodo le prestazioni effettuate sia nel settore delle strutture e della realizzazione del rustico, sia nel settore delle attività edilizie di finitura ed affini. Il primo periodo si applica anche relativamente al rilascio di concessioni di servizi di trasporto nel settore del trasporto pubblico di persone».

7 L'art. 4, n. 1, della legge in parola, intitolato «Impiego di subappaltatori», dispone quanto segue:

«L'aggiudicatario può concedere in subappalto i lavori per cui la sua impresa abbia ricevuto l'incarico unicamente caso per caso e previo ottenimento di consenso scritto da parte dell'ente aggiudicatore. Già all'atto della presentazione dell'offerta, gli offerenti hanno l'obbligo di indicare quali lavori saranno successivamente attribuiti in subappalto. Nella misura in cui dei lavori siano attribuiti in subappalto, l'aggiudicatario è tenuto ad imporre anche al subappaltatore gli obblighi gravanti sull'aggiudicatario stesso in base agli artt. 3, 4 e 7, paragrafo 2, e a controllare il rispetto di tali obblighi da parte del subappaltatore».

8 L'art. 6 della medesima legge, intitolato «Documentazione richiesta», stabilisce che: «(1) Non saranno prese in considerazione le offerte sprovviste della seguente documentazione:

(...)

3. Dichiarazione di rispetto del contratto collettivo secondo l'art. 3.

(...)

(2) Qualora l'esecuzione di una parte dell'appalto venga affidata ad un subappaltatore, al momento dell'assegnazione dell'appalto deve essere presentata anche la documentazione di cui al paragrafo 1 relativa al detto subappaltatore».

9 L'art. 8 della legge del Land, intitolato «Sanzioni», dispone quanto segue:

«(1) Al fine di garantire il rispetto degli obblighi di cui agli artt. 3, 4 e 7, paragrafo 2, gli enti pubblici aggiudicatori devono stipulare con l'aggiudicatario una penale convenzionale in ragione dell'1% del valore dell'appalto per ogni violazione imputabile, importo che, nel caso di pluralità di violazioni, può essere aumentato fino al 10%. L'aggiudicatario deve essere inoltre tenuto al pagamento della penale convenzionale di cui al primo periodo anche nel caso in cui la violazione sia commessa da un suo subappaltatore o da un subappaltatore di secondo grado, a meno che l'aggiudicatario non conoscesse né fosse tenuto a conoscere tale violazione. Qualora la penale convenzionale da versare risultasse sproporzionatamente elevata, l'ente aggiudicatore, su richiesta dell'aggiudicatario, può ridurla ad un importo adeguato.

(2) Gli enti pubblici aggiudicatori convengono con l'aggiudicatario che il mancato rispetto degli obblighi di cui all'art. 3 da parte dell'aggiudicatario o dei suoi subappaltatori, così come violazioni per colpa grave o ripetute degli obblighi stabiliti agli artt. 4 e 7, paragra-

fo 2, giustificano la risoluzione immediata del contratto da parte dell'ente pubblico aggiudicatore.

(3) Qualora sia provato che un'impresa abbia violato per lo meno con colpa grave o ripetutamente gli obblighi della presente legge, allora gli enti pubblici aggiudicatori, ognuno per il rispettivo ambito di competenza, possono escludere tale impresa dall'attribuzione di appalti per un periodo fino ad un anno.

(...».

Causa principale e questione pregiudiziale

10 Dalla decisione di rinvio risulta che il Land Niedersachsen, in seguito a pubblica gara, assegnava nel corso dell'autunno 2003 alla Objekt und Bauregie un appalto relativo a lavori strutturali di edilizia nella costruzione dell'istituto penitenziario di Göttingen-Rosdorf. L'importo dell'appalto ammontava ad EUR 8 493 331, IVA compresa. Nel contratto figurava l'impegno a rispettare i contratti collettivi e, più specificamente, quello di corrispondere ai lavoratori impiegati nel cantiere almeno il salario minimo vigente nel luogo dell'esecuzione in base al contratto collettivo denominato «Settore edilizio» al n. 1 dell'elenco dei contratti collettivi rappresentativi» (in prosieguo: il «contratto collettivo "Settore edilizio"»).

11 La Objekt und Bauregie ha affidato lavori in subappalto ad un'impresa stabilita in Polonia. Nel corso dell'estate 2004 tale impresa è stata sospettata di aver impiegato nel cantiere lavoratori cui sarebbe stato corrisposto un salario inferiore a quello previsto dal contratto collettivo «Settore edilizio». Successivamente all'avvio di indagini, sia la Objekt und Bauregie sia il Land Niedersachsen hanno risolto il contratto d'appalto fra di essi concluso. Quest'ultimo ha motivato la risoluzione sostenendo, in particolare, che la Objekt und Bauregie non avrebbe adempiuto l'obbligo contrattuale di rispettare il contratto collettivo in parola. Nei confronti del responsabile principale dell'impresa stabilita in Polonia è stato emanato un decreto penale di condanna, sulla base del rilievo che ai 53 operai impegnati nel cantiere sarebbe stato versato solo il 46,57% del salario minimo previsto.

12 In primo grado il Landgericht Hannover (Tribunale di primo grado di Hannover) ha constatato che il credito della Objekt und Bauregie derivante dal contratto d'appalto era estinto per effetto della compensazione con la penale contrattuale, per l'importo di EUR 84 934,31 (pari all'1% dell'ammontare dell'appalto), spettante al Land Niedersachsen. La restante parte della domanda di detta società è stata respinta.

13 Investito della controversia in appello, il giudice del rinvio ritiene che per decidere quest'ultima occorra stabilire se si debba disapplicare la legge del Land, in particolare l'art. 8, n. 1, della legge, in quanto incompatibile con le disposizioni in tema di libertà di prestazione dei servizi sancita dall'art. 49 CE.

14 Il giudice remittente osserva a tale riguardo che gli obblighi di rispetto del contratto collettivo fanno sì che le imprese edili di altri Stati membri debbano adeguare i salari percepiti dai propri dipendenti alle retribuzioni, solitamente più elevate, corrisposte nel luogo dell'esecuzione dei lavori dell'appalto in Germania. Siffatto obbligo farebbe perdere alle imprese in parola il vantaggio concorrenziale a loro favore costituito dal minor costo del lavoro. Di conseguenza, l'obbligo di rispettare il contratto collettivo rappresenterebbe un ostacolo per le persone fisiche o giuridiche provenienti da altri Stati membri diversi dalla Repubblica federale di Germania.

15 Il giudice del rinvio, peraltro, s'interroga sulla questione se l'obbligo di rispettare la contrattazione collettiva possa essere giustificato da ragioni imperative d'interesse generale e, segnatamente, se siffatto obbligo non vada oltre quanto necessario per la tutela dei lavoratori. Tale soglia di protezione è configurata dal salario minimo obbligatorio, che deri-

va dall'applicazione in Germania della legge 26 febbraio 1996 sul distacco dei lavoratori (Arbeitnehmer-Entsendegesetz, BGBl. 1996 I, pag. 227; in prosieguo: l'«AEntG»). Con riguardo ai lavoratori stranieri, l'obbligo di rispettare i contratti collettivi non consente di realizzare l'effettiva [parità di trattamento] fra questi ultimi ed i lavoratori tedeschi, ma impedisce che i lavoratori provenienti da uno Stato membro diverso dalla Repubblica federale di Germania trovino impiego nel territorio di detto Stato, in quanto il loro datore di lavoro non può sfruttare in maniera concorrenziale il vantaggio dei costi ridotti.

16 Ritenendo che la soluzione della controversia dinanzi ad esso pendente richieda l'interpretazione dell'art. 49 CE, l'Oberlandesgericht Celle (Corte d'appello di Celle) ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se la circostanza che all'amministrazione aggiudicatrice sia imposto, *ex lege*, di aggiudicare gli appalti relativi a lavori edili esclusivamente alle imprese che, all'atto della presentazione delle offerte, si impegnino per iscritto a corrispondere ai propri dipendenti, impiegati per l'esecuzione dei lavori oggetto di appalto, una retribuzione non inferiore a quella prevista dal contratto collettivo applicabile nel luogo dell'esecuzione dei lavori in questione non rappresenti una restrizione ingiustificata della libera prestazione dei servizi ai sensi del Trattato CE».

Sulla questione pregiudiziale

17 Con la questione pregiudiziale il giudice a quo chiede, in sostanza, se l'art. 49 CE osti, in circostanze quali quelle della causa principale, ad un provvedimento legislativo, emanato da un'autorità di uno Stato membro, che imponga agli enti pubblici aggiudicatori di aggiudicare gli appalti relativi a lavori edili esclusivamente alle imprese che, all'atto della presentazione delle offerte, si impegnino per iscritto a corrispondere ai propri dipendenti, impiegati per l'esecuzione dei lavori oggetto di appalto, perlomeno la retribuzione minima prevista dal contratto collettivo nel luogo dell'esecuzione dei lavori in questione.

18 Come suggerito da vari fra i governi che hanno presentato osservazioni alla Corte, nonché dalla Commissione delle Comunità europee, per fornire una soluzione utile al giudice del rinvio occorre prendere in considerazione, nell'ambito dell'esame della questione pregiudiziale, le disposizioni della direttiva 96/71 (v., in questo senso, sentenze 12 ottobre 2004, causa C-60/03, Wolff & Müller, Racc. pag. I-9553, punto 27, nonché 29 gennaio 2008, causa C-275/06, Promusicae, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 42).

19 Infatti, come risulta dall'art. 1, n. 3, lett. a), la direttiva citata si applica, in particolare, allorché un'impresa stabilita in uno Stato membro, nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale, distacchi lavoratori, per conto proprio e sotto la loro direzione, nel territorio di uno Stato membro, nell'ambito di un contratto concluso tra l'impresa che lo invia e il destinatario della prestazione di servizi che opera in tale Stato membro, purché durante il periodo di distacco esista un rapporto di lavoro tra il lavoratore e l'impresa medesima. Orbene, tale situazione sembra effettivamente sussistere nella causa principale.

20 Peraltro, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 64 delle conclusioni, alla mera circostanza che la normativa di uno Stato membro, quale la legge del Land, non si prefigga di disciplinare il distacco dei lavoratori non consegue che una situazione quale quella della causa principale non rientri nell'ambito di applicazione della direttiva 96/71.

21 Ai sensi dell'art. 3, n. 1, primo comma, primo e secondo trattino, della direttiva 96/71, ai lavoratori distaccati, per quanto riguarda la prestazione di servizi transnazionali nel settore dell'edilizia, vanno garantite le condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie dalla lett. a) alla lett. g) di tale disposizione, fra cui compaiono, alla lett. c), le tariffe minime salariali. Dette condizioni di lavoro e di occupazione sono fissate da disposi-

zioni legislative, regolamentari o amministrative, e/o da contratti collettivi o da arbitrati dichiarati di applicazione generale. In base al n. 8, primo comma, del medesimo articolo, i contratti collettivi o arbitrati ai sensi di tale disposizione sono quelli che devono essere rispettati da tutte le imprese situate nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale interessate.

22 L'art. 3, n. 8, secondo comma, della direttiva 96/71 consente inoltre agli Stati membri, in mancanza di un sistema di dichiarazione di applicazione generale di contratti collettivi o di arbitrati, di potersi avvalere dei contratti collettivi o arbitrati generalmente applicabili a tutte le imprese simili nell'ambito di applicazione e nella categoria interessata o dei contratti collettivi conclusi dalle organizzazioni delle parti sociali più rappresentative sul piano nazionale e che sono applicati in tutto il territorio nazionale.

23 Occorre esaminare se la tariffa salariale imposta da un provvedimento quale quello della causa principale, che consiste in una disposizione legislativa adottata dal Land Niedersachsen in materia di appalti pubblici e diretta a rendere vincolante, in particolare nei confronti di un'impresa quale l'impresa subappaltatrice della Objekt und Bauregie, un contratto collettivo che prevede la tariffa minima salariale in questione, sia stato fissata secondo una delle modalità descritte ai punti 21 e 22 della presente sentenza.

24 In primo luogo, una disposizione legislativa, quale la legge del Land, che non stabilisce essa stessa alcuna tariffa minima salariale, non può essere considerata come una disposizione legislativa ai sensi dell'art. 3, n. 1, primo comma, primo trattino, della direttiva 96/71, che fissi una tariffa minima salariale così come previsto alla lett. c) del detto comma.

25 In secondo luogo, per quanto riguarda la questione se un contratto collettivo quale quello oggetto della causa principale costituisca un contratto collettivo dichiarato di applicazione generale ai sensi dell'art. 3, n. 1, primo comma, secondo trattino, della direttiva 96/71, nel combinato disposto con il n. 8, primo comma, del medesimo articolo, dagli atti presentati alla Corte emerge che l'AEntG, diretta a recepire nell'ordinamento interno la direttiva 96/71, estende l'applicazione delle disposizioni relative alle retribuzioni minime dei contratti collettivi dichiarati di applicazione generale in Germania ai datori di lavoro stabiliti in un altro Stato membro che distaccano i loro dipendenti in Germania.

26 Orbene, in risposta ad un quesito scritto della Corte, il Land Niedersachsen ha confermato che il contratto collettivo «Settore edilizio» non è un contratto collettivo dichiarato di applicazione generale ai sensi dell'AEntG. Peraltro, gli atti presentati alla Corte non contengono alcun elemento che consenta di concludere che il contratto collettivo in parola potrebbe ciò non di meno essere qualificato di applicazione generale ai sensi dell'art. 3, n. 1, primo comma, secondo trattino, della direttiva 96/71, nel combinato disposto con il n. 8, primo comma, del medesimo articolo.

27 In terzo luogo, per quanto riguarda l'art. 3, n. 8, secondo comma, della direttiva 96/71, dal tenore stesso di questa disposizione risulta che essa è applicabile solamente in mancanza di un sistema di dichiarazione di applicazione generale di contratti collettivi, il che non si verifica nella fattispecie nella Repubblica federale di Germania.

28 Peraltro, un contratto collettivo come quello oggetto della causa principale non può in ogni caso essere considerato quale contratto collettivo ai sensi di detta disposizione e, più specificamente, quale contratto collettivo, ai termini del primo trattino di tale disposizione, «in genere applicabil[e] a tutte le imprese simili nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale interessat[a]».

29 In un contesto come quello della controversia principale, infatti, l'effetto vincolante di un contratto collettivo del genere di quello oggetto della causa principale si estende sola-

mente ad una parte del settore edilizio rientrante nell'ambito di applicazione territoriale del contratto collettivo medesimo, poiché, da un lato, la legislazione che ad esso attribuisce tale effetto si applica unicamente agli appalti pubblici, e non anche agli appalti privati, e, dall'altro, il contratto collettivo di cui trattasi non è stato dichiarato di applicazione generale.

30 Da quanto precede risulta che un provvedimento come quello di cui alla causa principale non fissa una tariffa salariale secondo una delle modalità previste all'art. 3, n. 1, primo comma, primo e secondo trattino, e 8, secondo comma, della direttiva 96/71.

31 Di conseguenza, una siffatta tariffa salariale non può essere considerata quale tariffa minima salariale ai sensi dell'art. 3, n. 1, primo comma, lett. c), della medesima direttiva, che gli Stati membri hanno il diritto di imporre, sulla base di tale direttiva, alle imprese stabilite in altri Stati membri, nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale (v., in questo senso, sentenza 18 dicembre 2007, causa C-341/05, *Laval un Partneri*, non ancora pubblicata nella Raccolta, punti 70 e 71).

32 Allo stesso modo, siffatta tariffa salariale non può essere considerata una condizione di lavoro e di occupazione più favorevole ai lavoratori ai sensi dell'art. 3, n. 7, della direttiva 96/71.

33 Più specificamente, detta disposizione non può essere interpretata nel senso che consenta allo Stato membro ospitante di subordinare l'effettuazione di una prestazione di servizi sul suo territorio al rispetto di condizioni di lavoro e di occupazione che vadano al di là delle norme imperative di protezione minima. Infatti, per quanto riguarda le materie di cui all'art. 3, n. 1, primo comma, lett. a)-g), la direttiva 96/71 prevede esplicitamente il livello di protezione di cui lo Stato membro ospitante ha il diritto di pretendere il rispetto da parte delle imprese stabilite in altri Stati membri a favore dei loro lavoratori distaccati sul suo territorio. Peraltro, una tale interpretazione finirebbe per privare di effetto utile la direttiva in esame (sentenza *Laval un Partneri*, cit., punto 80).

34 Di conseguenza, e fatta salva la facoltà, per le imprese aventi sede in altri Stati membri, di sottoscrivere volontariamente nello Stato membro ospitante, in particolare nell'ambito di un impegno preso con il proprio personale distaccato, un contratto collettivo di lavoro eventualmente più favorevole, il livello di protezione che deve essere garantito ai lavoratori distaccati sul territorio dello Stato membro ospitante è limitato, in linea di principio, a quello previsto dall'art. 3, n. 1, primo comma, lett. a)-g), della direttiva 96/71, a meno che tali lavoratori non godano già, in applicazione della legge o di contratti collettivi nello Stato membro di origine, di condizioni di lavoro e di occupazione più favorevoli per quanto riguarda le materie previste da tale disposizione (sentenza *Laval un Partneri*, cit., punto 81). Ciò, tuttavia, non sembra verificarsi nella causa principale.

35 Da quanto precede risulta che uno Stato membro non ha il diritto di imporre, sulla base della direttiva 96/71, alle imprese stabilite in altri Stati membri, con un provvedimento come quello oggetto della causa principale, una tariffa salariale del genere di quella prevista dal contratto collettivo «Settore edilizio».

36 Siffatta interpretazione della direttiva 96/71 è confermata da una lettura della stessa alla luce dell'art. 49 CE, in quanto la direttiva in parola è diretta, segnatamente, a realizzare la libera prestazione dei servizi, che rientra nel novero delle libertà fondamentali garantite dal Trattato.

37 Come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 103 delle conclusioni, obbligando gli aggiudicatari di appalti pubblici di lavori e, indirettamente, i loro subappaltatori ad applicare la retribuzione minima così come prevista dal contratto collettivo «Settore edilizio», una legge come quella del Land può imporre ai prestatori di servizi stabiliti in un altro

Stato membro, che applichi salari minimi inferiori, un onere economico supplementare, atto ad impedire, ostacolare o rendere meno attraenti le loro prestazioni nello Stato ospitante. Pertanto, un provvedimento quale quello in discussione nella causa principale è tale da costituire una restrizione ai sensi dell'art. 49 CE.

38 Peraltro, contrariamente a quanto sostenuto dal Land Niedersachsen e da taluni governi che hanno presentato osservazioni alla Corte, un siffatto provvedimento non può essere considerato giustificato dall'obiettivo di tutela dei lavoratori.

39 Come constatato al punto 29 della presente sentenza, infatti, per quanto riguarda la tariffa salariale fissata da un contratto collettivo come quello oggetto della causa principale, quest'ultima, in base agli effetti di una normativa come la legge del Land, si estende solamente ad una parte del settore edilizio, in quanto, da un lato, detta normativa si applica unicamente agli appalti pubblici, e non anche agli appalti privati, e, dall'altro, il contratto collettivo di cui trattasi non è stato dichiarato di applicazione generale.

40 Orbene, dagli atti presentati alla Corte non si desume alcun elemento che consenta di concludere che la tutela derivante da una tale tariffa salariale, che, del resto, come altresì osservato dal giudice del rinvio, è superiore alla tariffa minima salariale applicabile in forza dell'AEntG, sia necessaria ad un lavoratore attivo nel settore dell'edilizia solamente qualora quest'ultimo sia occupato nel contesto di un appalto di lavori pubblici e non quando lavori nell'ambito di un appalto privato.

41 Per i medesimi motivi esposti supra ai punti 39 e 40, detta restrizione non può, a maggior ragione, essere considerata giustificata dall'obiettivo di tutelare l'organizzazione autonoma della vita professionale da parte dei sindacati cui fa riferimento il governo tedesco.

42 Infine, per quanto concerne l'obiettivo di stabilità finanziaria dei sistemi di sicurezza sociale, parimenti fatto valere dal governo tedesco sulla base del rilievo che l'efficacia di un sistema previdenziale dipenderebbe dal livello della retribuzione dei lavoratori, dagli atti presentati alla Corte non risulta che un provvedimento come quello di cui alla causa principale sia necessario per raggiungere l'obiettivo, relativamente al quale la Corte ha riconosciuto non potersi escludere che possa costituire un motivo imperativo di interesse generale, di evitare un rischio di grave alterazione dell'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale (v., in particolare, sentenza 16 maggio 2006, causa C-372/04, Watts, Racc. pag. I- 4325, punto 103 e giurisprudenza ivi citata).

43 Tenuto conto delle considerazioni che precedono, occorre risolvere la questione sottoposta nel senso che la direttiva 96/71, interpretata alla luce dell'art. 49 CE, osta, in circostanze come quelle della causa principale, ad un provvedimento legislativo, emanato da un'autorità di uno Stato membro, che imponga agli enti pubblici aggiudicatori di attribuire gli appalti relativi a lavori edili esclusivamente alle imprese che, all'atto della presentazione delle offerte, si impegnino per iscritto a corrispondere ai propri dipendenti, impiegati per l'esecuzione dei lavori oggetto di appalto, una retribuzione non inferiore a quella minima prevista dal contratto collettivo vigente nel luogo dell'esecuzione dei lavori in questione.

Sulle spese

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

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

La direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 16 dicembre 1996, 96/71/CE, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, interpretata alla

luce dell'art. 49 CE, osta, in circostanze come quelle della causa principale, ad un provvedimento legislativo, emanato da un'autorità di uno Stato membro, che imponga agli enti pubblici aggiudicatori di attribuire gli appalti relativi a lavori edili esclusivamente alle imprese che, all'atto della presentazione delle offerte, si impegnino per iscritto a corrispondere ai propri dipendenti, impiegati per l'esecuzione dei lavori oggetto di appalto, una retribuzione non inferiore a quella minima prevista dal contratto collettivo vigente nel luogo dell'esecuzione dei lavori in questione».

Appalti pubblici: tutela delle informazioni riservate e diritto ad un equo processo

(Corte di Giustizia delle Comunità europee, Terza Sezione, sentenza del 14 febbraio 2008 nella causa C-450/06)

Nell'ambito di un ricorso proposto contro una decisione adottata da un'amministrazione aggiudicatrice relativa ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, il principio del contraddittorio non implica che le parti abbiano un diritto di accesso illimitato e assoluto al complesso delle informazioni relative alla procedura di aggiudicazione. Tale diritto di accesso deve infatti essere ponderato con il diritto di altri operatori economici alla tutela delle informazioni riservate e dei loro segreti commerciali.

Alla luce del danno estremamente grave che potrebbe risultare dalla comunicazione non corretta di talune informazioni ad un concorrente, prima di comunicare tali informazioni ad una parte nella controversia, occorre dare all'operatore economico di cui trattasi la possibilità di opporre il loro carattere riservato o di segreto commerciale, decidendo infine in che misura e secondo quali modalità occorra garantire la riservatezza e il segreto di tali informazioni, per le esigenze di tutela giuridica effettiva e dei diritti di difesa delle parti nella controversia.

Questi i principi affermati dalla Corte di Giustizia, terza sezione, con la sentenza del 14 febbraio 2008. La domanda di pronuncia pregiudiziale è stata presentata dal Conseil d'État nell'ambito di una controversia tra la V.S. e lo Stato Belga, nella causa C-450/06 relativa all'aggiudicazione di un appalto pubblico.

Tale questione è fondata sull'interpretazione dell'articolo 1, n. 1 della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/Cee, la quale coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative inerenti l'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavoro, nel testo risultante dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/Cee, la quale coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici.

Al riguardo è stato chiesto alla Corte di chiarire se l'articolo 1, n. 1, della direttiva 89/665 letto in combinato disposto con gli artt. 15 n. 2 della direttiva 93/36 e 6 della direttiva 2004/18, debba essere interpretato nel senso che l'autorità giudiziaria nei ricorsi previsti da tale norma deve garantire la riservatezza e il rispetto dei segreti commerciali contenuti nei fascicoli di parte, ivi incluso quello dell'amministrazione aggiudicatrice, pur avendo il giudice stesso il potere di venire a conoscenza di siffatte informazioni e di prenderle in considerazione per la decisione.

Con la decisione in oggetto, la Corte di Giustizia ha formulato due importanti considerazioni.

Anzitutto la Corte ha precisato che l'autorità giudiziaria responsabile dei ricorsi in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, deve garantire la riservatezza dei segreti commerciali e delle informazioni relative alla procedu-

ra di aggiudicazione in quanto tali procedure si basano su un rapporto di fiducia che si instaura tra le amministrazioni aggiudicatrici e i partecipanti alla gara.

Per questo, in un ricorso proposto contro una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice nell'ambito degli appalti pubblici, il principio del contraddittorio non implica che le parti possano accedere in modo illimitato e assoluto alle informazioni contenute nei fascicoli in quanto le informazioni fornite all'amministrazione aggiudicatrice, potrebbero ledere gli interessi dei partecipanti alla gara ed essere d'impedimento alla realizzazione di una concorrenza leale in tutti gli Stati membri (1).

Infatti, se tali informazioni fossero conosciute dall'offerente escluso a seguito della mera proposizione di un ricorso, si correrebbe il rischio di trasformare il sindacato giurisdizionale contro i provvedimenti amministrativi in un pericoloso strumento attraverso il quale falsare la concorrenza in quanto il ricorrente, e addirittura gli intervenienti, potrebbero accedere liberamente ai segreti commerciali concernenti gli altri partecipanti.

Al fine di scongiurare questo pericoloso meccanismo, la sentenza ha affermato che il diritto di accesso agli atti del procedimento deve essere "ponderato con il diritto di altri operatori economici alla tutela delle informazioni riservate e dei loro segreti commerciali".

La Corte non dimentica che l'articolo 6 della Convenzione europea sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali stabilisce che uno degli elementi che consente di valutare l'equità di un procedimento è rappresentato, appunto, dal carattere contraddittorio del procedimento stesso.

Tuttavia, secondo costante giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (2), il carattere contraddittorio di un procedimento può essere bilanciato con il diritto fondamentale di un terzo o con la tutela di un interesse pubblico importante.

Ebbene, tra i diritti fondamentali figura il diritto al rispetto della vita privata (3) nella cui nozione risultano essere incluse anche le attività commerciali (4) e dunque la partecipazione ad una gara d'appalto.

Inoltre, il mantenimento di una concorrenza leale tra i partecipanti alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici rappresenta, senza dubbio, un interesse pubblico importante e, dunque, da salvaguardare (5).

(1) Cfr. Corte di Giustizia Europea, 11 gennaio 2005, causa C-26/03, punto 44.

(2) Riguardo alla necessità di non comunicare talune informazioni al fine di salvaguardare i diritti fondamentali di un terzo o tutelare un interesse pubblico si veda Corte europea dei diritti dell'uomo, 16 febbraio 2000, *Rowe e Davis/Regno Unito*, e Corte europea dei diritti dell'uomo, 24 aprile 2007, *V. c. Finlandia*.

(3) Il diritto al rispetto alla vita privata è stato sancito dall'art. 8 della CEDU, nasce dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri ed è riaffermato all'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000.

(4) Si vedano in proposito le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, 16 dicembre 1992, n. 251-B; Corte europea dei diritti dell'uomo, 28 gennaio 2003, *Peck/Regno Unito*.

(5) Si veda in proposito Corte europea dei diritti dell'uomo, 16 febbraio 2000, *Rowe e Davis/Regno Unito* e 24 aprile 2007, *V. c. Finlandia*.

Per tali motivi la Corte ha ritenuto di dover limitare il diritto di accesso agli atti, stabilendo che l'autorità giudiziaria, prima di comunicare informazioni sensibili a una parte nella controversia, deve garantire all'operatore economico la possibilità di opporre il loro carattere riservato o di segreto commerciale.

Con la seconda considerazione la sentenza ha affermato che l'autorità giudiziaria può esaminare e tenere conto di tutte le informazioni relative alla procedura di aggiudicazione, incluse quelle riservate e i segreti commerciali, al fine di decidere con piena cognizione di causa.

L'autorità, inoltre, può determinare in che misura e secondo quali modalità occorra tutelare la riservatezza e il segreto di tali informazioni.

A ben vedere, un diverso orientamento della Corte avrebbe ostacolato l'effettività della tutela giuridica, la quale rappresenta un principio di portata generale (6).

Nell'ordinamento normativo italiano, il decreto legislativo n. 163 del 12 aprile 2006 contenente il nuovo codice degli appalti pubblici, disciplina l'accesso agli atti delle procedure di affidamento facendo riferimento alla disciplina generale prevista dalla Legge n. 241 del 1990 e tenendo conto della disciplina comunitaria attraverso la quale viene garantita la tutela dei segreti commerciali e delle informazioni riservate.

Quindi, sebbene la legge riconosca il diritto del cittadino all'accesso agli atti del procedimento amministrativo al fine di assicurare la trasparenza dell'azione amministrativa, l'esercizio di tale diritto è sottoposto ad una serie di limitazioni che derivano da esigenze di riservatezza.

Di contro, il diritto alla riservatezza non può risolversi in una protezione di tutti i dati dell'offerta presentata. Ciò andrebbe infatti a collidere con il diritto degli altri concorrenti alla tutela dei loro interessi legittimi. Pertanto, i partecipanti hanno diritto alla protezione dei segreti commerciali solo nell'ambito di precisi ed inderogabili restrizioni.

Sul piano normativo, il bilanciamento delle suddette esigenze è reso possibile dalle disposizioni contenute nella già citata L. 241/1990 nella quale, all'articolo 24, vengono indicati i limiti al diritto di accesso ai documenti amministrativi, e al contempo, dalle norme contenute nel D.Lgs. 196/2003 il quale, all'articolo 59, disciplinando la regolamentazione del trattamento e della divulgazione dei dati da parte di soggetti pubblici, stabilisce che restano in vigore le vigenti norme in materia di accesso.

(6) Come più volte chiarito dalla Corte di Giustizia, il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva dei diritti fa parte dei principi generali conseguenti le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Sancito dagli artt. 6, n. 1, e 13 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo nonché dagli artt. 8 e 10 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, viene ribadito dagli artt. 2, n. 3, e 14, n. 1, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, adottato il 19 dicembre 1966 (in vigore dal 23 marzo 1976). Infine, nel Trattato sulla Costituzione europea viene integralmente riportata la disposizione contenuta nell'articolo 47, paragrafo 1 della Carta di Nizza, nella quale si afferma il diritto di ogni individuo, i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati, a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice.

L'orientamento dell'ordinamento legislativo nazionale, dunque, tende a contemperare l'interesse pubblico alla trasparenza delle operazioni di gara svolte dalle pubbliche amministrazioni con il diritto delle imprese partecipanti a tenere riservate le informazioni trasmesse al soggetto pubblico nella fase di presentazione delle offerte.

L'indirizzo interpretativo elaborato dalla giurisprudenza amministrativa privilegia, senza dubbio, il diritto di accesso considerandolo prevalente rispetto all'esigenza di riservatezza del terzo, ogni qualvolta l'accesso sia rilevante per realizzare la difesa di interessi giuridici del richiedente (7).

Secondo quanto affermato dal giudice amministrativo, l'impresa partecipante ad una gara di appalto pubblico è titolare di un interesse qualificato all'accesso agli atti di gara; a fronte di tale interesse non può opporsi il diritto alla riservatezza degli altri partecipanti in quanto, con l'ammissione alla gara, la documentazione prodotta, inclusa l'offerta presentata, vengono assoggettate a un giudizio di valutazione comparativa e dunque non rientrano più nella sfera di dominio riservato della singola impresa (8).

Tuttavia, negli ultimi periodi, la giurisprudenza è sempre più attenta a soddisfare la complessa esigenza di bilanciare questi due interessi contrapposti, attraverso la ricerca e l'identificazione di un punto di equilibrio che consenta di garantire, con un'attenta valutazione, tanto la difesa di un interesse giuridicamente rilevante di cui è titolare il soggetto che esercita il diritto di accesso, (e sempre nei limiti in cui l'accesso sia effettivamente necessario alla tutela di quell'interesse), quanto la salvaguardia del diritto alla riservatezza, in quanto non va dimenticato che anche ad esso la legge riconosce tutela giuridica (9).

Vale la pena precisare che una volta perfezionato l'accesso alle informazioni del concorrente, il soggetto è tenuto a non comunicare i dati dei quali è venuto a conoscenza: in caso contrario incorrerebbe nel reato di trattamento illecito di dati di cui all'art. 35 della legge 675/1996 e successive modifiche.

La tutela della riservatezza delle informazioni nell'ambito delle procedure di appalto è completata dall'imposizione dell'obbligo, in capo a tutti gli operatori facenti capo a qualunque titolo al soggetto pubblico, ad osservare il riserbo su tutte le informazioni di cui sono venuti a conoscenza a seguito di un loro ufficio ovvero funzione.

In conclusione, anche la giurisprudenza amministrativa, che per lungo tempo aveva sancito la prevalenza del diritto di accesso sull'esigenza di riservatezza, ha riconosciuto, di recente, la necessità di prestare attenzione

(7) In tal senso Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza del 27 ottobre 2006 n. 6440; TAR Milano, Sez. III, sentenza del 30 luglio 2007 n. 5489; TAR Reggio Calabria, sentenza del 13 settembre 2007 n. 886; TAR Toscana, Sez. II, sentenza del 9 febbraio 2007 n. 152; TAR Marche, sentenza del 12 ottobre 2006 n. 817.

(8) Cfr. T.a.r. Lazio, sez. III, sentenza del 30 marzo 2006, n. 2212.

(9) Al riguardo Consiglio di Stato, sez. V, sentenza del 28 settembre 2007, n. 4999.

alla tutela dei dati e delle informazioni trasmesse alla pubblica amministrazione, manifestando, in tal modo, la tendenza a conformarsi alla normativa di settore vigente nell'ordinamento italiano e all'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia.

Dott.ssa Sara D'Amario^()*

Sentenza della Corte (Terza Sezione) 14 febbraio 2008 (domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Conseil d'Etat – Belgio) – Varec SA/Stato belga. (Avvocato dello Stato F. Arena – AL 8376/07).

(Appalti pubblici – Ricorso – Direttiva 89/665/CEE – Ricorso efficace – Nozione – Equilibrio tra il principio del contraddittorio e il diritto al rispetto dei segreti commerciali – Tutela, da parte dell'organo responsabile dei ricorsi, della riservatezza delle informazioni fornite dagli operatori economici)

«(Omissis)

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'art. 1, n. 1, della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (GU L 395, pag. 33), nel testo risultante dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1; in prosieguo: la «direttiva 89/665»).

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la Varec SA (in prosieguo: la «Varec») e lo Stato belga, rappresentato dal Ministro della Difesa, in merito all'aggiudicazione di un appalto pubblico per la fornitura di maglie per cingoli destinati a carri del tipo «Léopard».

Contesto normativo

La normativa comunitaria

3 L'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665 così dispone:

«Gli Stati membri prendono i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici disciplinati dalle direttive 71/305/CEE, 77/62/CEE e 92/50/CEE (...), le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di ricorsi efficaci e, in particolare, quanto più rapidi possibile, secondo le condizioni previste negli articoli seguenti, in particolare nell'articolo 2, paragrafo 7, qualora violino il diritto comunitario in materia di appalti pubblici o le norme nazionali che lo recepiscono».

4 L'art. 33 della direttiva Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU L 199, pag. 1), abroga la direttiva del Consiglio 21 dicembre 1976, 77/62/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU 1977, L 13, pag. 1), e prevede che i riferi-

^(*) Dottore in giurisprudenza, ammessa alla pratica forense presso l'Avvocatura dello Stato.

menti alla direttiva abrogata si intendono come compiuti alla direttiva 93/36. Analogamente, l'art. 36 della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (GU L 199, pag. 54), abroga la direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/305/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (GU L 185, pag. 5), e prevede che i riferimenti a quest'ultima direttiva si intendono come compiuti alla direttiva 93/37.

5 L'art. 2, n. 8, della direttiva 89/665 così recita:

«Se gli organi responsabili delle procedure di ricorso non sono organi giudiziari, le loro decisioni devono essere sempre motivate per iscritto. In questo caso inoltre devono essere adottate disposizioni mediante cui ogni misura presunta illegittima presa dall'organo di base competente oppure ogni presunta infrazione nell'esercizio dei poteri che gli sono conferiti possa essere oggetto di un ricorso giurisdizionale o di un ricorso presso un altro organo che sia una giurisdizione ai sensi dell'articolo [234 CE] e che sia indipendente dalle autorità aggiudicatrici e dall'organo di base.

La nomina dei membri di tale organo indipendente e la cessazione del loro mandato sono soggetti a condizioni uguali a quelle applicabili ai giudici, per quanto concerne l'autorità responsabile della nomina, la durata del loro mandato e la loro revocabilità. Per lo meno il presidente di tale organo indipendente deve avere le stesse qualifiche giuridiche e professionali di un giudice. L'organo indipendente prende le proprie decisioni all'esito di una procedura in contraddittorio e tali decisioni producono, tramite i mezzi determinati da ciascuno Stato membro, effetti giuridici vincolanti».

6 Ai sensi dell'art. 7, n. 1, della direttiva 93/36, come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 13 ottobre 1997, 97/52/CE (GU L 328, pag. 1; in prosieguo: la «direttiva 93/36»):

«1. Entro il termine di quindici giorni dal ricevimento di una domanda scritta, l'amministrazione aggiudicatrice comunica ad ogni candidato od offerente respinto i motivi del rigetto della sua candidatura o offerta e comunica ad ogni offerente che abbia fatto un'offerta selezionabile le caratteristiche e i vantaggi relativi dell'offerta selezionata e il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato l'appalto.

Tuttavia, le amministrazioni aggiudicatrici possono decidere che alcune delle informazioni relative all'aggiudicazione dell'appalto di cui al primo comma non siano comunicate, qualora la loro diffusione ostacoli l'applicazione della legge, o sia contraria al pubblico interesse, pregiudichi i legittimi interessi commerciali di imprese, pubbliche o private, ovvero possa compromettere la concorrenza leale tra i prestatori di servizi».

7 L'art. 9, n. 3, della direttiva 93/36 dispone:

«Le amministrazioni che hanno aggiudicato un appalto ne comunicano il risultato con apposito avviso. In determinati casi, possono tuttavia non essere pubblicate le informazioni relative all'aggiudicazione di appalti la cui divulgazione impedisca l'applicazione della legge, o sia altrimenti contraria all'interesse pubblico, o pregiudichi i legittimi interessi commerciali di imprese pubbliche o private oppure possa recar pregiudizio alla lealtà della concorrenza tra fornitori».

8 L'art. 15, n. 2, della stessa direttiva prevede quanto segue:

«Le amministrazioni aggiudicatrici devono rispettare il carattere riservato di tutte le informazioni date dai fornitori».

9 Le disposizioni degli artt. 7, n. 1, 9, n. 3, e 15, n. 2, della direttiva 93/36 sono state sostanzialmente riprese agli artt. 6, 35, n. 4, quinto comma, e 41, n. 3, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamen-

to delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114).

La normativa nazionale

10 L'art. 87 del regio decreto 23 agosto 1948 che disciplina la procedura dinanzi alla sezione amministrativa del Conseil d'État (*arrêté du Régent déterminant la procédure devant la section d'administration du Conseil d'État*) (Moniteur belge del 23-24 agosto 1948, pag. 6821), prevede quanto segue:

«Le parti, i loro avvocati e il commissario del governo possono esaminare il fascicolo della causa presso la cancelleria».

11 Ai sensi dell'art. 21, terzo e quarto comma, delle leggi coordinate 12 gennaio 1973, relative al Conseil d'État (Moniteur belge del 21 marzo 1973, pag. 3461):

«Qualora il convenuto non trasmetta il fascicolo amministrativo entro il termine stabilito, fatto salvo quanto previsto all'art. 21 bis, i fatti adottati dal ricorrente devono essere considerati come provati a meno che non siano manifestamente inesatti.

Qualora il fascicolo amministrativo non sia in possesso del convenuto, quest'ultimo deve informarne la sezione investita del ricorso. Essa può ordinare il deposito del fascicolo amministrativo, infliggendo in caso di inadempienza una penalità conformemente a quanto previsto all'art. 36».

La causa principale e la questione pregiudiziale

12 Il 14 dicembre 2001, lo Stato belga ha avviato la procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico per la fornitura di maglie per cingoli destinati a carri del tipo «Léopard». Sono state ricevute due offerte, e cioè quella della Varec e quella della Diehl Remscheid GmbH & Co. (in prosieguo: la «Diehl»).

13 Al momento dell'esame di tali offerte, lo Stato belga ha ritenuto che quella presentata dalla Varec non rispondesse ai requisiti di selezione di carattere tecnico e che tale offerta fosse irregolare. Per contro, ha ritenuto che l'offerta della Diehl soddisfacesse tutti i criteri di selezione, che fosse regolare e che i suoi prezzi fossero normali. Di conseguenza, lo Stato belga ha aggiudicato l'appalto alla Diehl con decisione del Ministro della Difesa 28 maggio 2002 (in prosieguo: la «decisione di aggiudicazione dell'appalto»).

14 Il 29 luglio 2002, la Varec ha proposto un ricorso diretto all'annullamento della decisione di aggiudicazione dell'appalto dinanzi al Conseil d'État. L'intervento della Diehl è stato ammesso.

15 Il fascicolo trasmesso al Conseil d'État dallo Stato belga non conteneva l'offerta della Diehl.

16 La Varec ha chiesto che tale offerta fosse allegata al fascicolo. La stessa richiesta è stata formulata dall'Auditeur del Conseil d'État, incaricato di predisporre una relazione (in prosieguo: l'«Auditeur»).

17 Il 17 dicembre 2002, lo Stato belga ha allegato l'offerta della Diehl al fascicolo, precisando che essa non conteneva i piani generali della maglia proposta e neppure gli elementi costitutivi di quest'ultima. Detto Stato ha indicato che, in conformità del capitolato d'oneri e della richiesta della Diehl, aveva rinviato tali elementi a quest'ultima, aggiungendo che, per questo motivo, non era in grado di allegare tali elementi al fascicolo e che, se era indispensabile che vi figurassero, sarebbe stato allora opportuno chiedere alla Diehl di fornirli. Lo Stato belga ha anche ricordato che la Varec e la Diehl controvertono sui diritti di proprietà intellettuale collegati ai piani di cui trattasi.

18 Con lettera in pari data, la Diehl ha informato l'Auditeur che la sua offerta, come allegata al fascicolo dallo Stato belga, contiene dati e informazioni riservati e che, di conse-

guenza, essa si opponeva a che terzi, compresa la Varec, venissero a conoscenza di tali dati e informazioni riservati collegati a segreti commerciali inclusi in tale offerta. Infatti, secondo la Diehl, taluni passaggi degli allegati 4, 12 e 13 della sua offerta contengono dati precisi per quanto riguarda le revisioni esatte dei piani di fabbricazione applicabili e del procedimento industriale.

19 Nella sua relazione in data 23 febbraio 2006, l'Auditeur ha chiesto l'annullamento della decisione di aggiudicazione dell'appalto in quanto, «in mancanza di una collaborazione leale della controparte alla buona amministrazione della giustizia e all'equità del processo, la sola sanzione consiste nell'annullamento dell'atto amministrativo di cui non è stata accertata la legittimità in seguito ad un comportamento che consiste nel sottrarre taluni atti al contraddittorio».

20 Lo Stato belga ha contestato tale conclusione, chiedendo al Conseil d'État di pronunciarsi sulla questione del rispetto della riservatezza dei documenti relativi all'offerta della Diehl contenenti informazioni collegate a segreti commerciali che erano state allegati al fascicolo nel contesto del procedimento dinanzi a tale giudice.

21 Ciò premesso, il Conseil d'État ha deciso di sospendere la decisione e di presentare alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se l'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665 (...), letto in combinato disposto con gli artt. 15, n. 2, della direttiva 93/36 (...) e 6 della direttiva 2004/18 (...), debba essere interpretato nel senso che l'organo responsabile delle procedure di ricorso previste da tale norma deve garantire la riservatezza e il rispetto dei segreti commerciali contenuti nei fascicoli ad esso trasmessi dalle parti in causa, tra le quali rientra anche l'amministrazione aggiudicatrice, pur avendo esso allo stesso tempo il diritto di venire a conoscenza di siffatte informazioni e di prenderle in considerazione».

Sulla ricevibilità

22 La Varec afferma che per la soluzione della controversia pendente dinanzi al Conseil d'État non è necessario che la Corte si pronunci sulla questione pregiudiziale.

23 A tale riguardo si deve ricordare che, nell'ambito di un procedimento in forza dell'art. 234 CE, basato sulla netta separazione di funzioni tra i giudici nazionali e la Corte, ogni valutazione dei fatti di causa rientra nella competenza del giudice nazionale. Parimenti, spetta esclusivamente al giudice nazionale, cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale, valutare, alla luce delle particolari circostanze della causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di pronunciare la propria sentenza sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte. Di conseguenza, se le questioni sollevate vertono sull'interpretazione del diritto comunitario, la Corte, in via di principio, è tenuta a statuire (v., in particolare, sentenza 25 febbraio 2003, causa C-326/00, IKA, Racc. pag. I-1703, punto 27; 12 aprile 2005, causa C-145/03, Keller, Racc. pag. I-2529, punto 33, e 22 giugno 2006, causa C-419/04, Conseil général de la Vienne, Racc. pag. I-5645, punto 19).

24 Tuttavia la Corte ha anche affermato che, in ipotesi eccezionali, le spetta esaminare le condizioni alle quali è adita dal giudice nazionale al fine di verificare la propria competenza (v., in questo senso, sentenza 16 dicembre 1981, causa 244/80, Foglia, Racc. pag. 3045, punto 21). La Corte può rifiutare di pronunciarsi su una questione pregiudiziale sollevata da un giudice nazionale solo qualora risulti manifestamente che l'interpretazione del diritto comunitario richiesta non ha alcuna relazione con l'effettività o con l'oggetto della causa principale oppure qualora il problema sia di natura ipotetica, oppure nel caso in cui la Corte non disponga degli elementi di fatto o di diritto necessari per fornire una

soluzione utile alle questioni che le vengono sottoposte (v., in particolare, sentenze 13 marzo 2001, causa C-379/98, PreussenElektra, Racc. pag. I-2099, punto 39; 22 gennaio 2002, causa C-390/99, Canal Satélite Digital, Racc. pag. I-607, punto 19, e Conseil général de la Vienne, cit., punto 20).

25 Occorre rilevare che ciò non avviene nel caso di specie. A tale proposito, si può osservare che, se il Conseil d'État farà sue le conclusioni dell'Auditeur, sarà indotto ad annullare la decisione di aggiudicazione dell'appalto impugnata dinanzi ad esso, senza esaminare la controversia nel merito. Invece, se le disposizioni del diritto comunitario di cui il giudice del rinvio chiede l'interpretazione giustificano il trattamento confidenziale degli elementi del fascicolo di cui trattasi nella causa principale, quest'ultimo potrà esaminare il merito della controversia. Detti motivi permettono di ritenere che l'interpretazione delle disposizioni in parola sia necessaria per la soluzione della controversia principale.

Sul merito

26 Nella questione sottoposta alla Corte dal giudice del rinvio, quest'ultimo menziona sia la direttiva 93/36 sia la direttiva 2004/18. Poiché essa ha sostituito la direttiva 93/36, occorre stabilire rispetto a quale di queste due direttive debba essere esaminata la questione.

27 Si deve ricordare che, secondo la costante giurisprudenza, le norme di procedura si applicano, come si ritiene in generale, a tutte le controversie pendenti all'atto della loro entrata in vigore, a differenza delle norme sostanziali, che, secondo la comune interpretazione, non riguardano, in linea di principio, rapporti giuridici definiti anteriormente alla loro entrata in vigore (v. sentenza 23 febbraio 2006, causa C-201/04, Molenbergnatie, Racc. pag. I-2049, punto 31 e giurisprudenza ivi citata).

28 La causa principale riguarda il diritto alla tutela delle informazioni riservate. Come l'avvocato generale ha rilevato al paragrafo 31 delle sue conclusioni, tale diritto è essenzialmente un diritto sostanziale, anche se la sua attuazione può avere effetti processuali.

29 Tale diritto si è concretizzato quando la Diehl ha presentato la sua offerta nell'ambito della procedura di aggiudicazione dell'appalto di cui si tratta alla causa principale. Poiché tale data non è stata precisata nella decisione di rinvio, occorre supporre ch'essa si collochi tra il 14 dicembre 2001, data del bando di gara, e il 14 gennaio 2002, data dell'apertura delle offerte.

30 A quell'epoca la direttiva 2004/18 non era ancora stata adottata. Ne consegue che occorre considerare, ai fini della controversia di cui alla causa principale, le disposizioni della direttiva 93/36.

31 La direttiva 89/665 non contiene alcuna disposizione che disciplini esplicitamente la questione della tutela delle informazioni riservate. A tale proposito è necessario fare riferimento alle disposizioni generali di tale direttiva e, in particolare, all'art. 1, n. 1, di quest'ultima.

32 Quest'ultima disposizione prevede che gli Stati membri, per quanto riguarda le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici disciplinati dalla direttiva 93/36, prendano i provvedimenti necessari per garantire che le decisioni adottate dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace in quanto tali decisioni hanno violato il diritto comunitario in materia di appalti pubblici o le norme nazionali che recepiscono tale diritto.

33 Poiché la direttiva 89/665 ha lo scopo di garantire il rispetto del diritto comunitario in materia di appalti pubblici, occorre interpretare il suo art. 1, n. 1, alla luce sia delle disposizioni della direttiva 93/36 sia delle altre disposizioni del diritto comunitario in materia di appalti pubblici.

34 L'obiettivo principale delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici comprende l'apertura ad una concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri (v., in tal senso, sentenza 11 gennaio 2005, causa C-26/03, Stadt Halle e RPL Lochau, Racc. pag. I-1, punto 44).

35 Per conseguire tale obiettivo, è necessario che le amministrazioni aggiudicatrici non divulgino informazioni relative a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici il cui contenuto potrebbe essere utilizzato per falsare la concorrenza, sia in una procedura di aggiudicazione in corso, sia in procedure di aggiudicazioni successive.

36 Inoltre, le procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, per loro natura e per il sistema di regolamentazione comunitario in materia, sono fondate su un rapporto di fiducia tra le amministrazioni aggiudicatrici e gli operatori economici che partecipano ad esse. Questi ultimi devono poter comunicare a tali amministrazioni aggiudicatrici qualsiasi informazione utile nell'ambito della procedura di aggiudicazione, senza temere che esse rivelino a terzi elementi di informazione la cui divulgazione potrebbe recare pregiudizio a tali operatori.

37 Per queste ragioni, l'art. 15, n. 2, della direttiva 93/36 prevede che le amministrazioni aggiudicatrici hanno l'obbligo di rispettare il carattere confidenziale di qualsiasi informazione fornita dai fornitori.

38 Nell'ambito specifico della comunicazione ad un candidato o ad un offerente escluso dei motivi per cui la sua offerta è stata respinta e in quello della pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione di un appalto, gli artt. 7, n. 1, e 9, n. 3, di tale direttiva riconoscono alle amministrazioni aggiudicatrici la facoltà di non comunicare talune informazioni allorché la loro diffusione danneggerebbe gli interessi commerciali legittimi di imprese pubbliche o private o potrebbe nuocere ad una concorrenza leale tra fornitori.

39 È vero che tali disposizioni riguardano il comportamento delle amministrazioni aggiudicatrici. Tuttavia, occorre riconoscere che il loro effetto utile sarebbe gravemente compromesso se, in occasione di un ricorso proposto contro una decisione adottata da un'amministrazione aggiudicatrice relativa ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, il complesso delle informazioni concernenti tale procedura di aggiudicazione dovesse indiscriminatamente essere messo a disposizione dell'autore di tale ricorso, o addirittura di altre persone come gli intervenienti.

40 In tale ipotesi, la mera proposizione di un ricorso darebbe accesso a informazioni che potrebbero essere utilizzate per falsare la concorrenza o per nuocere agli interessi legittimi di operatori economici che hanno preso parte alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi. Tale possibilità potrebbe persino incitare taluni operatori economici a proporre ricorsi al solo scopo di accedere ai segreti commerciali dei loro concorrenti.

41 In un ricorso di questo tipo, il convenuto è l'amministrazione aggiudicatrice, mentre l'operatore economico i cui interessi rischiano di essere lesi non è necessariamente parte nella controversia né è citato in giudizio per difenderli. Per tale motivo, è tanto più importante prevedere meccanismi che salvaguardino in modo adeguato gli interessi di tali operatori economici.

42 Gli obblighi previsti dalla direttiva 93/36 per quanto riguarda il rispetto della riservatezza delle informazioni da parte delle amministrazioni aggiudicatrici sono assunti, nel contesto di un ricorso, dall'organo investito del procedimento di ricorso. La prescrizione di un ricorso efficace prevista all'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665, letto in combinato disposto con gli artt. 7, n. 1, 9, n. 3, e 15, n. 2, della direttiva 93/36, impone quindi a tale organo di adottare tutti i provvedimenti necessari per garantire l'effetto utile di tali disposizioni e, in tal modo, di assicurare il mantenimento di una concorrenza leale e la tutela degli interessi legittimi degli operatori economici di cui trattasi.

43 Ne consegue che, nell'ambito di un procedimento di ricorso riguardante l'aggiudicazione di un appalto pubblico, l'organo responsabile di tale procedimento deve poter disporre che le informazioni contenute nel fascicolo relativo a tale aggiudicazione non siano

trasmesse alle parti e ai loro avvocati, se ciò è necessario ad assicurare la tutela della concorrenza leale o degli interessi legittimi degli operatori economici perseguita dal diritto comunitario.

44 Sorge la questione se tale interpretazione sia conforme alla nozione di processo equo ai sensi dell'art. 6 della Convenzione europea sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 (in prosieguo: la «CEDU»).

45 Infatti, come risulta dalla decisione di rinvio, la Varec ha sostenuto dinanzi al Conseil d'État che il diritto ad un equo processo comporta che sia garantito il carattere contraddittorio di qualsiasi procedimento giurisdizionale, che il principio del contraddittorio costituisce un principio generale del diritto, che esso trova un fondamento nell'art. 6 della CEDU e che tale principio implica il diritto delle parti in un processo di prendere conoscenza di tutte le prove o osservazioni presentate al giudice per influire sulla sua decisione e di discuterle.

46 A tale riguardo occorre sottolineare che l'art. 6, n. 1, della CEDU prevede segnatamente che «[o]gni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale (...)». Secondo costante giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, il carattere contraddittorio di un procedimento costituisce uno degli elementi che consentono di valutare la sua equità, ma può essere bilanciato con altri diritti e interessi.

47 Il principio del contraddittorio implica, in generale, il diritto delle parti in un processo di prendere conoscenza delle prove e delle osservazioni presentate dinanzi al giudice e di discuterle. Tuttavia, in taluni casi, può essere necessario non comunicare talune informazioni alle parti per salvaguardare i diritti fondamentali di un terzo o tutelare un interesse pubblico importante (v. sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo 16 febbraio 2000, *Rowe e Davis/Regno Unito*, Raccolta delle sentenze e delle decisioni 2000-II, § 61, e 24 aprile 2007, *V. c. Finlandia*, non ancora pubblicata nella Raccolta delle sentenze e delle decisioni, § 75).

48 Tra i diritti fondamentali suscettibili di essere in tal modo protetti figura il diritto al rispetto della vita privata, sancito dall'art. 8 della CEDU e che nasce dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri ed è riaffermato all'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 (GU C 364, pag. 1) (v., in particolare, sentenze 8 aprile 1992, causa C-62/90, *Commissione/Germania*, Racc. pag. I-2575, punto 23, e 5 ottobre causa C-404/92 P, X/*Commissione*, Racc. pag. I-4737, punto 17). A tale proposito, dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo risulta che non può ritenersi che la nozione di vita privata debba essere interpretata in modo da escludere le attività professionali o commerciali delle persone fisiche o giuridiche (v. sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo 16 dicembre 1992, *Niemietz c. Germania*, serie A, n. 251-B, § 29; 16 aprile 2002, *Société Colas Est e a. c. Francia*, Raccolta delle sentenze e delle decisioni 2002-II, § 41, nonché 28 gennaio 2003, *Peck/Regno Unito*, Raccolta delle sentenze e delle decisioni 2003-I, § 57), attività che possono comprendere la partecipazione ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico.

49 D'altronde, la Corte di giustizia ha riconosciuto la tutela dei segreti commerciali come un principio generale (v. sentenze 24 giugno 1986, causa 53/85, *AKZO Chemie e AKZO Chemie UK/Commissione*, Racc. pag. 1965, punto 28, nonché 19 maggio 1994, causa C-36/92 P, *SEP/Commissione*, Racc. pag. I-1911, punto 37).

50 Infine, il mantenimento di una concorrenza leale nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici costituisce un interesse pubblico importante la cui salvaguardia è ammessa in base alla giurisprudenza citata al punto 47 della presente sentenza.

51 Ne consegue che, nell'ambito di un ricorso proposto contro una decisione adottata da un'amministrazione aggiudicatrice relativa ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, il principio del contraddittorio non implica che le parti abbiano un diritto di accesso illimitato e assoluto al complesso delle informazioni relative alla procedura di aggiudicazione dei mercati di cui trattasi che sono state presentate all'organo responsabile del ricorso. Al contrario, tale diritto di accesso dev'essere ponderato con il diritto di altri operatori economici alla tutela delle informazioni riservate e dei loro segreti commerciali.

52 Il principio della tutela delle informazioni riservate e dei segreti commerciali deve essere attuato in modo da conciliarlo con le esigenze di effettività della tutela giurisdizionale e con il rispetto del diritto di difesa delle parti della controversia (v., per analogia, sentenza 13 luglio 2006, causa C-438/04, *Mobistar*, Racc. pag. I-6675, punto 40) e, in caso di un ricorso giurisdizionale o di un ricorso presso un organo che è una giurisdizione ai sensi dell'art. 234 CE, in modo da garantire che il procedimento, nel suo insieme, rispetti il diritto ad un equo processo.

53 A tal riguardo, occorre rilevare che l'organismo competente a conoscere dei ricorsi deve necessariamente poter disporre di tutte le informazioni necessarie per essere in grado di decidere con piena cognizione di causa, ivi comprese le informazioni riservate e i segreti commerciali (v., per analogia, sentenza *Mobistar*, cit., punto 40).

54 Alla luce del danno estremamente grave che potrebbe risultare dalla comunicazione non corretta di talune informazioni ad un concorrente, tale organo, prima di comunicare tali informazioni ad una parte nella controversia, deve dare all'operatore economico di cui trattasi la possibilità di opporre il loro carattere riservato o di segreto commerciale (v., per analogia, sentenza *AKZO Chemie e AKZO Chemie UK/Commissione*, cit., punto 29).

55 Pertanto, occorre risolvere la questione proposta dichiarando che l'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665, letto in combinato disposto con l'art. 15, n. 2, della direttiva 93/36, deve essere interpretato nel senso che l'organo responsabile dei ricorsi previsti al detto art. 1, n. 1, deve garantire la riservatezza e il diritto al rispetto dei segreti commerciali con riferimento alle informazioni contenute nei fascicoli che le vengono comunicate dalle parti in causa, in particolare dall'amministrazione aggiudicatrice, pur potendo essa stessa esaminare tali informazioni e tenerne conto. È compito di tale organo decidere in che misura e secondo quali modalità occorra garantire la riservatezza e il segreto di tali informazioni, per le esigenze di tutela giudica effettiva e dei diritti di difesa delle parti nella controversia e, in caso di ricorso giurisdizionale o di un ricorso presso un organo che è una giurisdizione ai sensi dell'art. 234 CE, in modo che il procedimento rispetti, nel suo complesso, il diritto ad un equo processo.

Sulle spese

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

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

L'art. 1, n. 1, della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, nel testo risultante dalla direttiva del Consiglio del 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, letto in combinato disposto con l'art. 15, n. 2, della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, come modificata dalla direttiva del

Parlamento europeo e del Consiglio 13 ottobre 1997, 97/52/CE, deve essere interpretato nel senso che l'organo responsabile dei ricorsi previsti al detto art. 1, n. 1, deve garantire la riservatezza e il diritto al rispetto dei segreti commerciali rispetto alle informazioni contenute nei fascicoli che le vengono comunicate dalle parti in causa, in particolare dall'amministrazione aggiudicatrice, pur potendo essa stessa esaminare tali informazioni e tenerne conto. È compito di tale organo decidere in che misura e secondo quali modalità occorra garantire la riservatezza e il segreto di tali informazioni, per le esigenze di tutela giudica effettiva e dei diritti di difesa delle parti nella controversia e, in caso di ricorso giurisdizionale o di un ricorso presso un organo che è una giurisdizione ai sensi dell'art. 234 CE, in modo che il procedimento rispetti, nel suo complesso, il diritto ad un equo processo».

Causa C-445/06 - Materia trattata: libera circolazione delle merci – Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Bundesgerichtshof (Germania) il 6 novembre 2006 - Danske Slagterier/Repubblica federale di Germania. (Avvocato dello Stato W. Ferrante - AL 8375/07).

LE QUESTIONI PREGIUDIZIALI

1) *Se le disposizioni dell'art. 5, n. 1, lett. o) e dell'art. 6, n.1 lett. b), punto iii), della direttiva del Consiglio 26 giugno 1964, 64/433/CEE, relativa a problemi sanitari in materia di scambi intracomunitari di carni fresche, come modificata dalla direttiva del Consiglio 29 luglio 1991, 91/497/CEE (G.U. L 268, pag. 69) in combinato disposto con l'art. 5, n. 1, e con gli artt. 7 e 8 della direttiva del Consiglio 11 dicembre 1989, 89/662/CEE, relativa ai controlli veterinari applicabili negli scambi intracomunitari, nella prospettiva della realizzazione del mercato interno (GU L 395, pag. 13) conferiscano ai produttori e ai commercianti di carni suine una pozione giuridica che, in caso di errori di attuazione o di applicazione, possa far sorgere una pretesa, fondata sul diritto comunitario, di un risarcimento da parte dello Stato.*

2) *Se i produttori e commercianti di carni suine possano, a prescindere dalla risposta alla prima questione, lamentare la violazione dell'art. 30 del Trattato Ce (attuale art. 28 CE) per motivare una pretesa, fondata sul diritto comunitario, di un risarcimento da parte dello Stato in caso di attuazione e applicazione della suddetta direttiva contrarie al diritto comunitario.*

3) *Se il diritto comunitario imponga che la prescrizione della pretesa, fondata sul diritto comunitario, di un risarcimento da parte dello Stato venga interrotta in seguito a un procedimento per inadempimento ai sensi dell'art. 226 CE o se comunque venga sospesa fino alla conclusione di tale procedimento, quando manchi un rimedio giuridico interno efficace per costringere lo Stato membro ad attuare una direttiva.*

4) *Se il termine di prescrizione per una pretesa, fondata sul diritto comunitario, di un risarcimento da parte dello Stato che si basa sull'insufficiente attuazione di una direttiva e su un conseguente divieto (di fatto) di importazione, cominci a decorrere, a prescindere dal diritto nazionale applicabile, solo a partire dalla completa attuazione della direttiva oppure se il termine di prescrizione possa cominciare a decorrere conformemente al diritto nazionale già al momento in cui si sono prodotti i primi effetti lesivi e ne sono prevedibili altri. Qualora la completa attuazione di una direttiva dovesse aver effetti sull'inizio del termine di prescrizione, se ciò valga in generale o soltanto nei limiti in cui la direttiva conferisca un diritto ai singoli.*

5) *Se, considerato che gli Stati membri non devono stabilire condizioni per il risarcimento dei danni più sfavorevoli rispetto ad altre azioni che coinvolgono solo il diritto interno, e che l'ottenimento di un risarcimento non*

deve esser reso di fatto impossibile o oltremodo difficile, sussistano perplessità nei confronti di una normativa nazionale, ai sensi della quale l'obbligo di risarcimento non sorge quando la persona lesa ha dolosamente o colposamente omesso di far valere il danno utilizzando le vie giudiziarie. Se sussistano perplessità nei confronti di questo "primato della tutela di diritto primario" anche qualora esso sia sottoposto alla condizione di poterselo ragionevolmente aspettare dalla persona interessata. Se sia irragionevole aspettarselo già ai sensi del diritto comunitario qualora il giudice adito non possa presumibilmente rispondere alle questioni controverse di diritto comunitario senza un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia delle Comunità europee o qualora sia già pendente un procedimento per inadempimento ai sensi dell'art. 226 CE.

L'INTERVENTO ORALE DEL GOVERNO ITALIANO

«Signor Presidente, signori Giudici, signor Avvocato Generale.

La ricorrente, un'associazione di imprese danesi di macellazione e di allevatori di suini, a seguito della sentenza della Corte di giustizia del 12 novembre 1998, causa C-102/96, Commissione/Germania, che ha accertato la non corretta trasposizione delle due direttive 89/662/CEE, direttiva sui controlli veterinari e 64/433/CEE, direttiva sulle carni fresche, ha chiesto, nel 1999, alla Repubblica federale di Germania il risarcimento del danno per violazione del diritto comunitario, avendo quest'ultima imposto un divieto di fatto all'importazione dalla Danimarca di carni di suini maschi non castrati, dal 1993 al 1999, anno in cui la normativa tedesca è stata modificata in senso conforme alle due citate direttive.

** ** *

In ordine al primo quesito, si ritiene che dalle predette direttive non derivino diritti soggettivi per i produttori e i commercianti di carni suine che consentano loro di azionare il risarcimento del danno nei confronti dello Stato membro che abbia violato le medesime direttive.

Com'è noto, la Corte di giustizia sin dalla sentenza Francovich del 19 novembre 1991 e successivamente con le sentenze Brasserie du Pecheur e Factortame del 5 marzo 1996 e Palmisani del 10 luglio 1997 ha affermato che il principio della responsabilità dello Stato per danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario è subordinato alla ricorrenza di tre condizioni: che la norma violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli, che si tratti di una violazione sufficientemente caratterizzata, grave e manifesta e che esista un nesso di causalità diretto tra la violazione dell'obbligo incombenente allo Stato e il danno subito dai soggetti lesi.

Orbene, nella fattispecie, a differenza di quanto accaduto per le sentenze Francovich e Palmisani, aventi entrambe ad oggetto la tardiva trasposizione della direttiva 80/987/CEE relativa alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro, che prevedeva espressamente il diritto del lavoratore di percepire le somme a lui spettanti in virtù del rapporto di lavoro con l'impresa divenuta insolvente, non può ritenersi che le direttive

64/433/CEE e 89/662/CEE conferiscano diritti ai singoli cittadini della Comunità, limitandosi ad imporre dei vincoli agli Stati membri per armonizzare le norme dirette a risolvere i problemi sanitari che si pongono in materia di produzione e di immissione sul mercato di carni fresche destinate al consumo umano, introducendo un sistema fondato sulla fiducia reciproca tra gli Stati per quel che concerne i controlli veterinari effettuati sui rispettivi territori.

In sostanza tali controlli, che prima venivano praticati alle frontiere interne degli Stati membri, sono spostati nel paese di origine delle carni fresche, riservando agli Stati destinatari della merce solo una verifica eventuale e a campione, sul presupposto dell'equivalenza delle garanzie sanitarie poste in tutti gli Stati membri, tali da assicurare, allo stesso tempo, la tutela della salute e la parità di trattamento dei prodotti.

Nel secondo, terzo e quarto considerando della direttiva 64/433/CEE, viene infatti enunciato l'intento di eliminare le disparità esistenti negli Stati membri in materia di prescrizioni sanitarie nel settore delle carni, al fine di favorire gli scambi intracomunitari.

Da quanto sopra, si evince chiaramente che entrambe le direttive in questione non sono volte a costituire diritti per i singoli bensì a promuovere un funzionamento armonioso dei controlli sanitari sui prodotti animali nella prospettiva della realizzazione del mercato interno.

Come correttamente rilevato dal Governo tedesco, l'obiettivo delle citate direttive è la tutela della salute umana e di conseguenza lo scopo perseguito è quello di proteggere la collettività nel suo insieme e non già un gruppo particolare di persone che possano vantare come singoli diritti soggettivi.

Palese appare infatti la differenza rispetto al caso oggetto della sentenza della Corte di giustizia Dillenkofer del 8 ottobre 1996, causa C-178/94, C-179/94, e da C-188/94 a C-190/94 che riguardava la direttiva 90/314/CEE, in base alla quale sono attribuiti al consumatore diritti soggettivi in caso di fallimento dell'impresa organizzatrice del viaggio, della vacanza o del circuito "tutto compreso".

Non può invece concordarsi con quanto affermato dalla Commissione al punto 27 delle osservazioni, secondo la quale il diritto soggettivo conferito ai singoli consisterebbe nel diritto al rispetto delle disposizioni comunitarie in questione, opponibile innanzi al giudice nazionale.

È evidente infatti che una tale interpretazione, che faccia coincidere il diritto soggettivo con il diritto generico ed astratto al rispetto del diritto comunitario primario o derivato, consentirebbe sempre di individuare qualcuno che, anche indirettamente, tragga dei benefici o dei pregiudizi dalla corretta o inesatta attuazione delle norme comunitarie, svuotando totalmente di contenuto una delle tre condizioni delineate dalla giurisprudenza della Corte perché possa essere esercitata un'azione risarcitoria nei confronti dello Stato per violazione del diritto comunitario.

La condizione del conferimento di diritti ai singoli deve infatti sostanzialmente nell'attribuzione di un diritto particolare e differenziato, collegato alla posizione giuridica del privato, e non nel diritto generale vantato da chiunque al rispetto del diritto comunitario.

Né può assimilarsi il caso in esame con quelli oggetto delle sentenze Francovich e Dillenkofer che, secondo la Commissione, riguarderebbero anch'essi la realizzazione del mercato interno.

Se è vero che l'obiettivo delle direttive 80/987/CEE e 90/314/CEE, oggetto delle due citate sentenze, può anche essere quello di promuovere la realizzazione del mercato comune, è innegabile che le stesse conferiscono altresì ai lavoratori alle dipendenze di datori di lavoro insolventi e ai consumatori che hanno concluso un contratto con agenzie di viaggio poi fallite uno specifico diritto soggettivo qualificabile come "bene della vita" e consistente in una somma di danaro parzialmente corrispondente alla retribuzione non percepita, nel primo caso, e nel rimborso dei fondi depositati e nel pagamento del rimpatrio, nel secondo caso.

Non può dubitarsi che il diritto soggettivo del privato in tali ipotesi non possa essere equiparato al generico diritto all'osservanza del diritto comunitario volto a favorire gli scambi intracomunitari ed a tutelare la salute umana e animale.

Rispetto a tali obiettivi, la ricorrente non si pone in una posizione differenziata rispetto alla generalità dei cittadini comunitari, non potendo vantare un diritto che tragga origine proprio dalle direttive in questione, anche se indirettamente può usufruire del perseguimento di tali finalità.

** ** *

Con riferimento al secondo quesito, il Governo italiano ritiene che i produttori e commercianti di carni non possano lamentare la violazione dell'art. 28 del Trattato che vieta le restrizioni quantitative all'importazione nonché qualsiasi misura di effetto equivalente, al fine di ottenere il risarcimento del danno da parte dello Stato che abbia attuato in maniera non fedele le richiamate direttive comunitarie.

Invero, la citata sentenza 12 novembre 1998, causa C-102/96, Commissione /Germania, emessa nella presente vicenda, ha precisato che, se è vero che l'art. 36 del Trattato (attuale art. 30) consente di mantenere delle restrizioni alla libera circolazione delle merci giustificate da motivi di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali, le quali costituiscono esigenze fondamentali riconosciute dal diritto comunitario – invocate dalla Germania a sostegno della propria scelta normativa – l'applicazione di tale disposizione deve essere esclusa laddove direttive comunitarie prevedano l'armonizzazione delle misure necessarie alla realizzazione dello specifico obiettivo perseguito dall'art. 30.

Ciò detto, va ricordato che la sentenza Brasserie du Pêcheur e Factortame aveva ad oggetto, per la prima delle due cause riunite, proprio una restrizione all'esportazione di birra in Germania, da parte della società francese la Brasserie du Pêcheur, in quanto non conforme ai requisiti di genuinità prescritti dalla normativa nazionale tedesca.

In proposito, mentre la citata sentenza della Corte del 12 novembre 1998, emessa nella presente vertenza, che ha accertato la violazione delle direttive comunitarie 64/433/CEE e 89/662/CEE da parte della Repubblica federale di Germania non si è pronunciata in ordine alla configurazione del comportamen-

to del predetto Stato membro quale violazione dell'art. 30 (ora 28) del Trattato, come evidenziato dal giudice del rinvio, nella sentenza del 12 marzo 1987, causa C-178/84, Commissione/Germania, la Corte ha accertato che la restrizione all'esportazione di birra verso la Germania, da parte della società la Brasserie du Pêcheur, integrasse proprio una violazione dell'art. 30 (ora 28) del Trattato, in assenza di una normativa comunitaria di armonizzazione.

È evidente allora come, nella successiva sentenza del 5 marzo 1996, Brasserie du Pêcheur e Factortame, la Corte abbia accertato il diritto al risarcimento del danno per violazione dell'art. 30 (ora 28) del Trattato, ritenendo che al divieto posto agli Stati da tale norma primaria, corrispondesse un diritto per i singoli da tutelare.

Nel caso di specie, invece, esisteva una ben precisa normativa di armonizzazione, le direttive 64/433/CEE e 89/662/CEE – dalle quali, come si è detto, non derivano però diritti per i singoli – e pertanto solo in relazione a tale normativa va valutata la domanda risarcitoria.

In proposito, va ricordato che la Corte ha chiaramente affermato che, qualora direttive comunitarie prevedano l'armonizzazione delle misure necessarie per garantire la tutela degli interessi tutelati dagli artt. 30-36 del Trattato, ogni misura nazionale relativa a tale materia deve essere valutata con riguardo alle disposizioni della direttiva pertinente e non alla luce del diritto primario (sentenza 11 luglio 1996, C- 436/93, Bristol-Myers Squibb, punto 25; sentenza 12 ottobre 1993, C-37/92, Vanacker e Llesage, punto 9).

Peraltro, ritenere che la violazione del diritto derivato implichi anche automaticamente la violazione della corrispondente libertà fondamentale prevista dal Trattato, nella specie la libera circolazione delle merci, comporterebbe l'inosservanza della giurisprudenza della Corte che subordina il risarcimento del danno per responsabilità degli Stati all'attribuzione di diritti soggettivi ai singoli.

Ancorare il risarcimento del danno alla mera violazione di una norma di diritto primario, in presenza di un'armonizzazione da parte del diritto derivato non preordinata a conferire diritti ai singoli, significherebbe bypassare una delle condizioni richieste dalla giurisprudenza della Corte per riconoscere la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario.

** ** *

Circa il terzo quesito, il Governo italiano ritiene che la prescrizione della pretesa, fondata sul diritto comunitario, di un risarcimento da parte dello Stato non sia interrotta, né sospesa per effetto di un procedimento per inadempimento e sino alla conclusione dello stesso, tranne il caso di un'azione tempestivamente iniziata, la cui decisione venga sospesa dal giudice adito in attesa dell'esito del procedimento di infrazione.

Preliminarmente, va osservato che non essendo disciplinato dal diritto comunitario il risarcimento dei danni cagionati dagli Stati membri per violazione del diritto comunitario, non vi è nemmeno alcuna previsione positiva che preveda un termine di prescrizione per esercitare tale diritto.

In via di principio, un termine di prescrizione, onde adempiere alla sua funzione di garantire la certezza del diritto, dovrebbe essere fissato previamente dal legislatore comunitario.

In mancanza, la giurisprudenza del Tribunale di primo grado ha ritenuto non estensibile analogicamente il termine di prescrizione previsto da altre norme comunitarie, come ad esempio l'art. 43 (ora 46) dello Statuto della Corte di giustizia che stabilisce il termine di prescrizione di cinque anni per l'azione di responsabilità extracontrattuale nei confronti della Comunità (sentenza 15.9.1998, cause riunite T-126/96 e T-127/96, BFM e EFIM/Commissione).

L'art. 288 del Trattato fa rinvio, in tema di responsabilità extracontrattuale della Comunità per danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni, ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico comunitario e, se necessario, dei principi generali comuni agli ordinamenti giuridici degli Stati membri.

Correttamente, quindi, il giudice del rinvio ha ritenuto di applicare la normativa tedesca in materia di prescrizione ed in particolare quella in materia di responsabilità amministrativa – che prevede un termine triennale – che più può accostarsi, in assenza di un'espressa disciplina, alla responsabilità dello Stato membro per violazione del diritto comunitario.

Ciò premesso non può ritenersi che la decorrenza della prescrizione possa essere interrotta dalla instaurazione del procedimento di inadempimento che può essere effettuata esclusivamente dalla Commissione, dovendo comunque l'atto interruttivo provenire dalla parte che ha interesse a far valere il diritto risarcitorio mentre nel procedimento di infrazione il soggetto privato non è parte del giudizio.

La pendenza del ricorso per inadempimento non può quindi svolgere quella funzione di messa in mora che è propria dell'atto interruttivo della prescrizione e che può provenire solo dal titolare del diritto risarcitorio, come rilevato correttamente dalla Commissione al punto 55 delle osservazioni scritte.

Al più, il termine di prescrizione potrà rimanere sospeso, ove l'azione risarcitoria sia stata tempestivamente intentata dal danneggiato, sino all'esito del procedimento di infrazione, ove il giudice adito ritenga di attendere tale decisione per valutare l'esistenza e la portata della violazione del diritto comunitario. Si condivide inoltre quanto osservato dal Governo greco nelle sue osservazioni scritte, ove si sottolinea che l'impulso dato dal danneggiato nel proporre l'azione risarcitoria innanzi al giudice nazionale nel termine di prescrizione contribuisce efficacemente ad indurre lo Stato membro a porre rimedio più rapidamente possibile all'inadempimento e ad evitare di provocare danni ulteriori ad un numero maggiore di persone, mettendolo in condizione di valutare le conseguenze finanziarie immediate e future della sua infrazione.

** ** *

In proposito, la Corte ha chiesto alle parti di rispondere al seguente quesito: se il fatto che il termine di prescrizione applicabile ad un procedimento di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario non era stabilito con certezza possa costituire una violazione del principio di effettività.

Certamente sarebbe auspicabile che il legislatore comunitario, sulla scia della copiosa giurisprudenza della Corte che ha coniato il principio della responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario, delineandone a mano a mano criteri e confini, disciplini organicamente la materia, risolvendo i dubbi interpretativi su questioni, quali quella della prescrizione, che non sono state sinora espressamente affrontate.

Ciononostante, si può ritenere che, dalla stessa giurisprudenza della Corte, siano ricavabili principi molto chiari che consentono di colmare le eventuali lacune interpretative.

In particolare, nella sentenza Kobler del 30 settembre 2003, nel solco di quanto già affermato dalla sentenza Francovich del 19 novembre 1991 e Peterbroeck del 14 dicembre 1995, causa C-312/93, è stato ribadito che, in mancanza di una disciplina comunitaria, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare il giudice competente e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario.

Il solo limite fissato dalla Corte è che dette modalità formali e sostanziali non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano rimedi analoghi di natura interna (c.d. principio di equivalenza) e non possono essere tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento (c.d. principio di effettività).

Al riguardo, si ritiene che, in assenza di un termine di prescrizione uniforme per tutti gli Stati membri per l'esercizio dell'azione risarcitoria, il principio di effettività non sia compromesso, sopperendo la normativa interna prevista da ciascuno Stato per analoghe azioni di responsabilità, senza che il singolo possa invocare insussistenti affidamenti in ordine all'incertezza del termine di prescrizione, fissato chiaramente da ogni legislazione nazionale, alla quale la giurisprudenza ormai consolidata della Corte rinvia per la disciplina delle modalità per esercitare la pretesa risarcitoria.

La Corte di giustizia, nella sentenza Palmisani del 10 luglio 1997, causa C-261/95 ha chiaramente affermato la compatibilità con il principio di effettività del diritto comunitario della fissazione di termini di ricorso a pena di decadenza, come quello del decreto legislativo n. 89/1992, che ha recepito nell'ordinamento italiano la direttiva n. 80/987/CEE relativa alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro, in quanto fondamentale applicazione del principio della certezza del diritto.

Il predetto decreto legislativo, infatti, oltre a trasporre la citata direttiva, aveva altresì delineato, sulla scorta della sentenza Francovich intervenuta sull'argomento, le modalità ed i termini di esercizio dell'azione di risarcimento danni nei confronti dello Stato italiano per effetto del tardivo recepimento della direttiva.

In proposito, la Corte ha affermato che il termine di un anno a decorrere dall'entrata in vigore del provvedimento di attuazione della direttiva nell'ordinamento giuridico interno, il quale non solo mette i destinatari in condizione di conoscere appieno i loro diritti ma precisa altresì le condizioni di indennizzo del danno subito a seguito della tardiva attuazione, non può rite-

nersi rendere particolarmente difficile, né, a fortiori, praticamente impossibile la proposizione dell'azione risarcitoria.

Nel caso di specie, sarà pertanto applicabile il termine di prescrizione triennale previsto dalla normativa tedesca in materia di responsabilità amministrativa.

** ** *

Circa il quarto quesito, il Governo italiano ritiene che la prescrizione della pretesa, fondata sul diritto comunitario, di un risarcimento da parte dello Stato che si basa sull'insufficiente attuazione di una direttiva cominci a decorrere dal momento in cui si sono prodotti i primi effetti lesivi e ne sono prevedibili altri.

Non si ritiene infatti che la prescrizione possa iniziare a decorrere solo a partire dal momento della corretta trasposizione della direttiva nel diritto comunitario. Tale principio, affermato nel caso della sentenza Emmott (del 25 luglio 1991, causa C-208/90) è stato più volte disatteso, successivamente dalla stessa Corte (sentenze 27 ottobre 1993, causa C-338/91, Steenhorst-Neerings; 6 dicembre 1994, causa C-410/92, Johnson; 17 luglio 1997, cause riunite C-114/95 e C-115/95 Texaco e Olieleskabet Danimarca) in quanto nel caso Emmott, la ricorrente non aveva modo di conoscere l'estensione e il contenuto dei suoi diritti se non dal momento in cui la direttiva è stata traspunta nel diritto interno.

In proposito, il giudice del rinvio ritiene che, data l'incertezza, sino alla sentenza Brasserie du Pêcheur e Factortame del 5.3.1996, circa la risarcibilità del danno per violazione del diritto comunitario qualora la violazione sia riconducibile all'organo legislativo dello Stato membro, la decorrenza della prescrizione, nel caso di specie, non potrebbe decorrere che a seguito di un ragionevole *spatium deliberandi* di tre mesi successivi a detta sentenza.

Seguendo tale tesi, il diritto della ricorrente, azionato a fine 1999, sarebbe comunque prescritto. Tuttavia, si ritiene che, in linea generale, tale tesi non possa essere condivisa, dovendosi ritenere ormai acquisito, sin dalla sentenza Francovich del 1991, il principio della risarcibilità del danno per violazione del diritto comunitario, a prescindere dalla natura del potere, esecutivo, legislativo o giudiziario al quale tale violazione sia riconducibile, attesa l'unicità dello Stato (tale principio è stato successivamente confermato dalle sentenze Köbler del 2003 e Traghetti del Mediterraneo del 2006 con riferimento al potere giudiziario).

Si ritiene quindi che la prescrizione inizi a decorre dal momento in cui la violazione del diritto comunitario da parte dello Stato membro ha iniziato a produrre gli effetti lesivi nella sfera del danneggiato.

Del resto, anche l'art. 46 dello Statuto della Corte di Giustizia prevede che l'azione in materia di responsabilità extracontrattuale della Comunità si prescrive in cinque anni "a decorrere dal momento in cui avviene il fatto che dà loro origine".

Quindi la decorrenza della prescrizione, in presenza di un regolamento illegittimo, fattispecie che può essere considerata una violazione "permanente", come lamenta l'associazione ricorrente nella presente causa in relazione

all'inesatta attuazione delle direttive in questione, non è individuata nel momento in cui il regolamento illegittimo viene modificato o annullato bensì nel momento in cui la sua esecuzione comporta effetti pregiudizievoli. La ricorrente, nel sostenere che il comportamento della Germania costituisce un illecito permanente, conclude che la prescrizione, nel diritto tedesco, non potrebbe decorrere che dal momento in cui l'atto o il comportamento permanente illegittimo viene eliminato. In realtà l'omessa o erronea trasposizione di una direttiva, così come l'emanazione di un regolamento illegittimo, costituiscono illeciti istantanei con effetti permanenti e pertanto la prescrizione non può decorrere che dal momento in cui, a seguito dell'adozione del comportamento commissivo od anche omissivo, si producano effetti pregiudizievoli.

In ogni caso, deve osservarsi che, secondo la giurisprudenza comunitaria, non è precluso ad uno Stato membro di opporre alle pretese dei singoli fondate sul diritto comunitario, termini nazionali di decadenza o di prescrizione, il cui decorso prescinda dalla considerazione del fatto che, alla data in cui la pretesa poteva essere fatta valere, la direttiva che fondava tale pretesa non era stata ancora correttamente attuata nell'ordinamento nazionale.

Detto principio è stato enunciato dalla Corte di giustizia nella causa C-231/1996 nell'ambito di un procedimento avente ad oggetto la richiesta di rimborso di una tassa di concessione governativa per l'iscrizione delle società nel registro delle imprese.

La Corte ha infatti affermato che il diritto comunitario non vieta ad uno Stato membro di opporre, alle azioni di ripetizione di tributi riscossi in violazione di una direttiva, un termine nazionale di decadenza che decorra dalla data del pagamento dei tributi di cui si tratta, anche se, a tale data, la direttiva non era stata ancora correttamente attuata nell'ordinamento nazionale.

In proposito, appare condivisibile l'opinione della Commissione, espressa al punto 69, secondo la quale la giurisprudenza della Corte formatasi in tema di decadenza dal diritto al rimborso di un'imposta indebitamente pagata, anche prima e a prescindere dalla corretta attuazione del diritto primario o derivato nell'ordinamento nazionale, può essere estesa analogicamente all'ipotesi dell'azione di responsabilità nei confronti dello Stato per violazione del diritto comunitario.

** ** *

Con riferimento al quinto quesito, si ritiene che la normativa tedesca che esclude il diritto al risarcimento qualora il danneggiato abbia dolosamente o colposamente omesso di far falere tempestivamente il proprio diritto utilizzando le vie giudiziarie, sia pienamente compatibile con i principi comunitari.

In proposito deve ritenersi integrata quanto meno la fattispecie della colpa, nel senso del mancato uso dell'ordinaria diligenza nella tutela dei propri interessi, nell'aver omesso di adire le vie legali in pendenza di un procedimento per inadempimento ex art. 226 CE avente ad oggetto la non conforme attuazione della normativa comunitaria derivata, sulla quale si fonda la pretesa risarcitoria.

Il principio del concorso del fatto colposo del creditore che può comportare una riduzione dell'entità del risarcimento o addirittura l'esclusione del

risarcimento stesso costituisce una regola comune agli ordinamenti degli Stati membri.

L'art. 1227, comma 1 del codice civile italiano, ad esempio, dispone che 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.

Il secondo comma della predetta norma prevede inoltre che il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza.

La Corte di giustizia, nella sentenza *Metallgesellschaft* dell'8 marzo 2001, cause riunite C-397/98 e C-410/98, ha peraltro già affermato la legittimità di una disposizione nazionale che imponga alla persona danneggiata di limitare il danno risarcibile.

È quindi del tutto ragionevole prevedere un obbligo del danneggiato di limitare l'estensione del pregiudizio, che può concretizzarsi anche nel proporre tempestivamente l'azione a tutela della propria pretesa, anche laddove possa ragionevolmente aspettarsi che il giudice nazionale non possa decidere sulla stessa se non previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Lussemburgo, 21 maggio 2008

Avv. Wally Ferrante»

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 prodotti energetici e dell'elettricità, debba esser interpretato nel senso che un'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.

L'INTERVENTO ORALE DEL GOVERNO ITALIANO

«Signor Presidente, signori Giudici, solo alcune osservazioni in aggiunta all'intervento scritto:

La decisione sulla questione pregiudiziale oggetto del presente giudizio poggia sulla natura (*self executing* o meno) dell'art. 14, comma 1, lett. a) della Direttiva 2003/96/CE del Consiglio ed è solo su questo articolo che occorre effettuare tale verifica, atteso che la Direttiva può avere, come ha, diretta ed immediata applicazione per alcune sue disposizioni e può non averla, come noi riteniamo che non abbia, per la norma che ci interessa.

Per effettuare questa verifica occorre partire da una analisi del testo dell'art. 14 che incomincia con il richiamo della precedente Direttiva 92/12/CEE “*relativa al regime generale, alla detenzione, alla circolazione ed ai controlli dei prodotti soggetti ad accisa*” e precisa di intervenire “*in aggiunta alle disposizioni generali di cui alla direttiva 92/12/CEE relative alle esenzioni di cui godono i prodotti tassabili quando sono destinati a determinati usi*”; questo preambolo dell'art. 14, unito a quanto disposto dal successivo art. 30 che abroga le direttive 92/81 e 92/82 ma non la direttiva 92/12, ci fornisce un importante criterio di interpretazione della norma in esame che intende *aggiungere* ulteriori ipotesi di esenzione a quelle previste dal Titolo V-art. 23 della Direttiva 92/12 la quale resta, quindi, pienamente operante in tutte le sue parti, come del resto chiaramente affermato nei punti 27 e 33 dei *considerando* della Direttiva 2003/96, ove si legge che “*La presente direttiva fa salva l'applicazione delle pertinenti disposizioni della direttiva 92/12/CEE*” e che “*Il campo d'applicazione della direttiva 92/12/CEE dovrebbe essere esteso, se del caso, ai prodotti e alle imposte contemplati dalla presente direttiva*”.

A nostro avviso, il mantenimento della piena validità della direttiva 92/12 conforta la tesi del Governo Tedesco e di quello Italiano sulla natura non immediatamente precettiva dell'art. 14, perché – in attesa dell'emanazione da parte degli Stati membri della normativa attuativa del nuovo regime di esenzioni – resterebbe valido ed operante quello della direttiva 92/12 che, ricordiamo, all'art. 5 detta il principio generale secondo il quale: “*I prodotti di cui all'art. 3, paragrafo 1 [fra cui gli oli minerali che ci interessano in quanto utilizzati per produrre energia elettrica] sono sottoposti ad accisa*” (principio ribadito dall'art. 1 della direttiva 2003/96).

Il regime della direttiva 92/12 sulle esenzioni è, come già detto, regolato dall'art. 23 che detta disposizioni precise e senza dubbio immediatamente operanti, destinate ad essere integrate da quelle dell'art. 14 direttiva 2003/96: è agevole concludere che, se ritenessimo, come riteniamo, non immediatamente operanti queste ultime, la materia sarebbe compiutamente regolata dalle prime, senza alcun vuoto normativo e in applicazione del principio generale appena richiamato (tassazione dei prodotti, rispetto al quale l'esenzione si pone come eccezione).

Per questa ragione, il Legislatore comunitario non ha posto nell'art. 14 alcun termine di decorrenza per le nuove disposizioni – a differenza di quanto si legge in numerosi altri articoli della direttiva 2003/96 (articoli 7, 8, 9, 10) – ed ha lasciato agli Stati membri la competenza a definire le condizioni delle nuove esenzioni (“*alle condizioni da essi stabilite*”), a differenza di quanto previsto dall'art. 23 della direttiva 92/12 che non concedeva agli Stati membri alcun margine di competenza per disporre le modalità attuative delle esenzioni.

Ancora, nell'art. 14, paragrafo 1, lettera a) si attribuisce agli Stati membri la facoltà di rendere inoperante la esenzione per “*i prodotti energetici e l'elettricità utilizzati per produrre elettricità ... per motivi di politica ambientale*” ma non si indica cosa deve intendersi per questi motivi (a differenza di quanto si legge per altre nozioni menzionate nello stesso art. 14, come per la “*aviazione privata da diporto*” di cui al paragrafo 1, lett. b, e in altre parti della diret-

tiva, come per le “*biomasse*” che sono esattamente definite nell’art. 16, paragrafo 1, comma 3) lasciando agli Stati membri la piena libertà di individuare quei *motivi di politica ambientale* che giustificano la tassazione.

Peraltro, non di nuova tassazione si tratta ma di mantenimento della tassazione esistente secondo la legislazione nazionale vigente e che era stata adottata in attuazione della direttiva 92/12 (per gli oli minerali che qui ci interessano), nel senso che – ferma restando la tassazione esistente ai sensi della direttiva 92/12 che non è stata abrogata – agli Stati membri è stato consentito per i prodotti menzionati nell’art. 14 di mantenere ferma la tassazione vigente per ragioni connesse alla difesa dell’ambiente ovvero di disporre l’esenzione “*alle condizioni da essi stabilite*”.

Se così è, il problema da risolvere non è quello della immediata operatività dell’art 14 primo paragrafo, bensì quello del termine entro il quale gli Stati membri devono esercitare questa facoltà di scelta fra esenzione o tassazione, nel primo caso stabilendo le *condizioni* e nel secondo caso individuando i *motivi di politica ambientale*; termine che non esiste nell’art. 14, come già detto, e che, a nostro avviso, non può essere neppure quello generale dell’art. 28 (31 dicembre 2003) perché troppo ravvicinato alla data della direttiva e della sua pubblicazione (31 ottobre 2003) per consentire agli Stati membri di adottare le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per riformare il regime di tassazione esistente, comunicare alla Commissione le determinazioni assunte e coordinare con questa e le altre Nazioni le nuove disposizioni ai fini della *armonizzazione* della disciplina comunitaria.

Si porrebbe il problema, quindi, di valutare se i singoli Stati siano da giudicare negligenti nell’attuazione della direttiva sulla base del tempo trascorso fra la sua entrata in vigore e l’adozione delle nuove disposizioni nazionali e tenendo conto delle sollecitazioni eventuali della Commissione (che entro il 31 dicembre 2009 deve presentare al Consiglio la relazione prescritta dall’art. 16, paragrafo 8) ma questo non è argomento del nostro giudizio e, comunque, non si può certo ritenere negligente lo Stato tedesco che ha adeguato la sua normativa nell’arco di un triennio, come hanno fatto anche gli altri Stati, secondo le scadenze temporali nelle quali erano state adottate le disposizioni attuative della precedente direttiva 92/82 del 19 ottobre 1992 (in G.U.C.E. 31 ottobre 1992), cioè un triennio (in Italia con il D.Lgs. 26 ottobre 1995 n. 504) nonostante il termine generale del 31 dicembre 1992 indicato dall’art. 12, senza che un giudizio negativo sia stato mai espresso sulla tempestività di quella attuazione.

Sia per la direttiva 92/12 che per quella 2003/96, il termine generale indicato deve intendersi riferito alle sole disposizioni direttamente operative e che non lasciano agli Stati membri possibilità di scelta ma solo di attuazione e dettano una disciplina compiuta e senza alternative, non invece alla regolamentazione delle esenzioni che è lasciata alla competenza degli Stati, secondo le condizioni dettate dalla direttiva 2003/96 e nell’ambito della disciplina vigente in forza della direttiva 92/12.

Tale conclusione è confermata dalla diversa tecnica legislativa usata nella direttiva 2003/96 per le disposizioni direttamente operative (art. 7, 8, 9 e 10 sui livelli minimi di tassazione) rispetto a quella usata per le disposizio-

ni sulle esenzioni, cioè gli art. da 14 a 17, gli art. 19 e 21; si veda, a conferma di quanto detto a proposito dell'art. 14, come si esprime l'art. 16 (“*I...gli Stati membri possono applicare, sotto il controllo fiscale, esenzioni o riduzioni... 7. ...comunicano alla Commissione ...l'elenco delle esenzioni o riduzioni di imposizione applicate...*”) e come si esprime l'art. 21, paragrafo 5, comma 3 (sul quale la Corte ha invitato a soffermarsi) che ribadisce la facoltà concessa agli Stati di scegliere fra la tassazione dell'energia elettrica e quella dei prodotti energetici utilizzati per la sua produzione, indicando solo alcune condizioni generali ma non la regola immediatamente operante.

Tecnica legislativa diversa, anche, fra l'art. 8, paragrafo 1, lett. b) della direttiva 92/81 e l'art. 14, paragrafo 1, lett. q) della direttiva 2003/96, secondo quanto dedotto dal Governo Tedesco nelle sue osservazioni scritte (punto 3.2) che non stiamo qui a ripetere; nonché fra il paragrafo 5 dello stesso art. 8 e l'art. 14 nella parte in esame: il raffronto fra le due norme pone in evidenza come la prima direttiva considerava immediatamente operanti le esenzioni dando alla Commissione la facoltà di presentare al Consiglio proposte restrittive per le ragioni indicate nel detto paragrafo 5 (fra le quali la “*protezione dell'ambiente*”) mentre la seconda direttiva prevede un meccanismo opposto, cioè la facoltà agli Stati di scegliere fra le esenzioni e la tassazione, previa regolamentazione da adottare e comunicare alla Commissione.

Tutto ciò conferma che il quadro completo e armonizzato della tassazione dei prodotti considerati dalla direttiva potrà essere completato con gli interventi degli Stati e con l'aiuto della Commissione, nell'arco del triennio indicato dall'art. 16, paragrafo 8, già richiamato, e solo dopo il 31 dicembre 2009 potrà considerarsi inadempiente alla direttiva uno Stato che non si sia attivato nei settori ove era stato previsto un suo intervento e potranno trovare piena applicazione tutte le disposizioni della direttiva 2003/96, compreso il suo art. 14.

Riteniamo, in conclusione, che il sistema delle esenzioni dettato dalla direttiva 2003/96 in aggiunta a quello già vigente per la direttiva 92/12 non sia immediatamente operativo e presupponga un intervento normativo degli Stati, come chiaramente indicato nel *considerando* n. 9 della stessa direttiva (“*Agli Stati membri dovrebbe essere lasciata la flessibilità necessaria per definire ed attuare politiche adeguate al loro contesto nazionale*”); quindi, nella specie bene ha fatto l'ufficio finanziario tedesco a rifiutare il rimborso di imposta richiesto nel giudizio *a quo*, secondo le conclusioni delle nostre osservazioni scritte che confermiamo.

Lussemburgo, 10 aprile 2008

Avv. Giuseppe Albenzio»

Causa C-275/07 - Materia trattata: risorse proprie delle Comunità – Ricorso presentato l'8 giugno 2007 – Commissione delle Comunità europee/Repubblica italiana. (Avvocato dello Stato G. Albenzio – AL 26394/07).

LE CONCLUSIONI DELLA COMMISSIONE

Che la Corte voglia accertare che:
– avendo rifiutato di corrispondere alla Commissione interessi moratori per

totali 847,06 EUR per ritardata contabilizzazione dei diritti doganali e avendo rifiutato di adeguare le disposizioni nazionali alla normativa comunitaria in relazione alla contabilizzazione delle operazioni doganali coperte da garanzia globale e non contestate, risultanti da un'operazione di transito comunitario e,

– avendo rifiutato di corrispondere alla Commissione interessi moratori per totali EUR 3 322 relativi al mancato rispetto dei termini impartiti dalla regolamentazione comunitaria per l'iscrizione in contabilità "A" dei diritti doganali, nell'ambito di operazioni di transito ai sensi della convenzione TIR,

la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi del regolamento (CEE, Euratom) n. 1552 del Consiglio, del 29 maggio 1989, recante applicazione della decisione 88/376/CEE, Euratom relativa al sistema delle risorse proprie delle Comunità e in particolare al suo articolo 6, paragrafo 2, lettera a), sostituito, a decorrere dal 31 maggio 2000, dal regolamento (CE, Euratom) n. 1150 del Consiglio, del 22 maggio 2000, recante applicazione della decisione 94/782/CE, Euratom, relativa al sistema delle risorse proprie delle Comunità ed in particolare al suo articolo 6 paragrafo 3, lettera a).

Condannare la Repubblica italiana al pagamento delle spese del giudizio.

L'INTERVENTO ORALE DEL GOVERNO ITALIANO

«Signor Presidente, signori Giudici, signor Avvocato Generale.

I fatti a base della procedura di infrazione aperta dalla Commissione contro l'Italia non sono in discussione e sono: – da un lato, la iscrizione dei diritti connessi ad operazioni di transito comunitario, ai sensi dell'art. 92 CDC o disciplinate dal *carnet* TIR, nella contabilità separata di cui alla lettera B) dell'art. 6, par. 2, Reg. 1552/89 e 1150/2000 anziché di quella di cui alla lettera A), con conseguente mancata messa a disposizione di quelle somme fra le risorse proprie della Comunità entro i termini imposti dall'art. 10 di detti regolamenti; – dall'altro lato, la piena regolarità di quelle operazioni, concluse dagli operatori nel rispetto delle formalità e dei termini previsti e nella conseguente assenza di responsabilità per il pagamento dei dazi relativi.

Parimenti non oggetto di contestazione sono le seguenti due circostanze: – che la non iscrizione dei diritti dei quali si discute nella contabilità A) nei termini di cui all'art. 10 (sempre secondo quanto preteso dalla Commissione) è stata causata dal ritardato inoltro alla Dogana italiana di partenza delle informazioni sul regolare appuramento dei transiti da parte della Dogana tedesca di destinazione delle merci; – che gli interessi pretesi dalla Commissione ai sensi dell'art. 11 Reg. 1552/89 e 1150/2000 sono commisurati a somme risultate non dovute.

La Corte deve, quindi, decidere, in primo luogo, se la procedura seguita dalla Dogana italiana per l'iscrizione dei diritti nella contabilità delle risorse proprie è corretta o meno; in secondo luogo, nel caso quella procedura fosse ritenuta non corretta, se siano dovuti gli interessi di cui all'art. 11 citato per

diritti non spettanti alla Comunità; in terzo luogo, nel caso di risposta positiva anche a questa seconda questione, se quegli interessi siano rimborsabili allo Stato Italiano dall'altro Stato membro (nella specie, quello Tedesco) che abbia causato, con la sua omessa comunicazione, il ritardo nella messa a disposizione delle risorse proprie.

La decisione sulla prima questione deve tener conto della differenza fra la contabilità A) e la contabilità B) che è dettata dall'art. 6 dei Reg. 1552/89 e 1150/2000 e che, per quel che ci interessa, concerne *“i diritti [che] non sono stati ancora riscossi e [per i quali] non è stata fornita alcuna garanzia ... [e] i diritti accertati e coperti da garanzie... [che sono] oggetto di contestazione e [che] possono subire variazioni in seguito alle controversie sorte”*, come si legge nella lettera b) del paragrafo 2, art. 6: in una situazione di generale difficoltà di funzionamento delle operazioni di transito, quale descritta nei punti da 11 a 13 del nostro controricorso, ove il ritardo nella comunicazione da parte della dogana di destinazione del puntuale appuramento delle operazioni non implicava la loro irregolarità e non faceva nascere obbligazioni di pagamento a carico degli operatori diligenti, la Dogana italiana, a nostro avviso, era legittimata a trattare quei diritti alla stregua di quelli contemplati dalla lettera B) sopra richiamata, atteso che non poteva considerarli *“accertati”* ed iscriverli nella contabilità A).

Attiriamo l'attenzione della Corte sul fatto che la Dogana italiana non poteva aprire la procedura di accertamento regolata dall'art. 379 Reg. 2454/93 che presuppone, secondo *l'incipit* del paragrafo 1, che *“una spedizione non sia stata presentata all'ufficio di destinazione”*, laddove la spedizione era stata effettivamente presentata all'ufficio di destinazione ma la comunicazione da parte della dogana era stata effettuata in ritardo; ancora, la Dogana italiana non poteva procedere all'accertamento in applicazione di quanto disposto dall'art. 92 CDC, secondo cui *“Il regime di transito... ha fine quando le merci e il documento corrispondente sono presentati in dogana all'ufficio doganale di destinazione”* – come era effettivamente avvenuto – , dagli art. 10 e 11 della convenzione TIR, secondo i quali *“Se le autorità doganali di un paese hanno scaricato un carnet TIR senza riserve, esse non possono più esigere dall'associazione garante il pagamento delle somme di cui all'articolo 8, paragrafi 1 e 2, tranne nel caso in cui l'attestazione di scarico fosse stata ottenuta abusivamente o fraudolentemente”* (art. 10, par. 2) e devono aprire la procedura di richiesta di pagamento alla associazione garante solo *“Se un carnet TIR non è stato scaricato o è stato scaricato con riserve”* (art. 11, paragrafo 1), e dall'art. 455 Reg. 2454/93 il quale prescrive che la procedura di richiesta di chiarimenti sulla regolarità dell'operazione si apre *“Quando si accerti un'infrazione o un'irregolarità commessa nel corso o in occasione di un trasporto”* (paragrafo 1), laddove – si ripete – nella specie i carnet TIR ed i certificati T1 erano stati regolarmente scaricati e le merci erano state tempestivamente presentate all'ufficio di destinazione.

La Dogana italiana, a nostro avviso, bene ha fatto a non iscrivere i diritti nella contabilità A) perché non li poteva considerare *“accertati”* quali

“risorse proprie della Comunità” in mancanza delle “condizioni previste dalla normativa doganale” per la individuazione del soggetto passivo (non risultava, infatti, né una irregolarità né una omissione da parte dell’operatore) e per la quantificazione del credito (non si conoscevano le modalità della presentazione e l’incidenza di eventuali irregolarità od omissioni sui dazi dovuti), secondo quanto dettato dall’art. 2 Reg. 1559 e 1150 ed in mancanza delle condizioni richieste per l’apertura della procedura di accertamento come abbiamo appena detto, oltre che nel rispetto della regola generale sulla nascita della obbligazione doganale che, ai sensi dell’art. 204 CDC “*sorge in seguito: a) all’inadempienza di uno degli obblighi...b) all’inosservanza di una delle condizioni...*”, mentre inadempienze e inosservanze nella specie, come non è contestato, non si sono verificate.

La decisione sul primo punto in discussione, quindi, deve essere nel senso della assenza di inadempienze a carico della dogana italiana per la ritardata messa a disposizione delle risorse proprie della Comunità, come contestato dalla Commissione, perché le risorse cui quest’ultima si riferisce non sussistono, con conseguente non spettanza degli interessi pretesi.

Al giudizio di correttezza del comportamento della Dogana italiana la Corte potrà pervenire anche attraverso l’applicazione di quanto disposto: I- dall’art. 17, paragrafo 2, dei Reg. 1552/89 e 1150/2000, che dispensa gli Stati membri dall’obbligo di mettere a disposizione della Commissione i diritti accertati “*quando... risulta definitivamente impossibile procedere alla riscossione per motivi che non potrebbero essere loro imputabili*”: nella specie si è verificata proprio questa situazione perché è risultato definitivamente impossibile procedere alla riscossione per motivi non imputabili alla dogana italiana, in quanto le operazioni di transito erano state *ab origine* definite correttamente e tempestivamente, quindi nessun credito per dazio era mai sorto a favore della Comunità e nessuna negligenza era ascrivibile agli uffici doganali italiani; II- dall’art. 220, paragrafo 1, CDC che, per la contabilizzazione *a posteriori* nel caso “*l’importo dei dazi... non sia stato contabilizzato ai sensi degli art. 218 e 219*”, dispone che “*la contabilizzazione dei dazi da riscuotere... deve avvenire entro due giorni dalla data in cui l’autorità doganale si è resa conto della situazione in atto ed è in grado di calcolare l’importo legalmente dovuto e di determinare il debitore*”: ebbene, nel caso di specie, la contabilizzazione ai sensi dell’art. 218 non è stata effettuata ma la Dogana italiana non poteva procedere alla contabilizzazione *a posteriori* avendo accertato che nessun importo era legalmente dovuto dagli operatori.

Infine, rileviamo che nessuna negligenza può essere riscontrata nel comportamento della Dogana italiana e che nessuna prova di una negligenza rilevante ai fini della violazione dell’obbligo imposto dall’art. 10 Reg. 1552-1150 è stata addotta dalla Commissione che si è limitata a riferire che alla scadenza del termine previsto per la iscrizione in contabilità delle risorse ciò non era stato fatto, senza considerare le ragioni espresse dall’ufficio doganale e senza contestare alcun comportamento negligente a fronte della mancata comunicazione del regolare appuramento dei transiti da parte dell’ufficio tedesco di destinazione.

In una situazione simile, nella quale la Commissione aveva imputato al Governo olandese la tardiva iscrizione delle risorse nella contabilità A) ma non aveva dato alcuna prova della negligenza di tale comportamento, la Corte di Giustizia ha respinto la richiesta di interessi della Commissione; ci riferiamo alla sentenza 5/10/2006, causa 312/04, ove si legge (punto 68): “*gli Stati membri sono tenuti a garantire una messa a disposizione rapida ed efficace delle risorse proprie della Comunità. Tuttavia, la Commissione non ha dimostrato che il governo dei Paesi Bassi non abbia posto in essere tutta la diligenza necessaria ai fini di un rapido accertamento dei diritti sulle risorse proprie nel caso di irregolarità presunte relative a trasporti effettuati mediante carnet TIR accettati anteriormente al 1° gennaio 1992 ed oggetto del presente procedimento. Infatti, la Commissione si è limitata ad affermare, in termini generici, che l’invio di una domanda di pagamento mediamente due anni e mezzo dopo l’accettazione del carnet TIR sarebbe inconciliabile con l’attenzione che occorrerebbe rivolgere alla tutela degli interessi finanziari della Comunità*”; chiediamo che la Corte applichi il medesimo principio anche nella decisione della presente causa, ove – non solo – la Commissione non ha provato alcuna negligenza della Dogana italiana ma – soprattutto – risulta incontestato che nessuna ulteriore risorsa della Comunità era derivata dalle operazioni di cui è causa.

Qualora, invece, la Corte ritenesse il comportamento della dogana italiana non conforme all’obbligo di iscrizione dei diritti di cui è causa nella contabilità A) nelle forme e nei tempi imposti dai Reg. 1559 e 1150, dovrebbe comunque valutare se quella violazione possa essere sanzionata ai sensi dell’art. 11, in assenza di risorse proprie spettanti alla Comunità in conseguenza della assoluta regolarità delle operazioni di transito in esame (circostanza non contestata).

Per decidere nel senso voluto dalla Commissione la Corte dovrebbe attribuire alla disposizione dell’art. 11 una valenza sanzionatoria supplementare rispetto alla ipotesi ivi espressamente considerata, sia perché questa fa decorrere gli interessi moratori da “*ogni ritardo nelle iscrizioni sul conto*” – laddove nella specie nessuna iscrizione andava effettuata secondo quanto sopra detto – sia perché non esiste alcuna somma di riferimento sulla quale calcolare gli interessi per la inesistenza di un diritto conseguente ad operazioni regolarmente completate e non esiste, parimenti, alcun termine cui riportare il calcolo temporale perché la accertata regolarità delle operazioni non fa sorgere un credito da considerare *risorsa propria*.

In altre parole, ad avviso del Governo italiano, ben può essere – in astratto – sanzionato un comportamento degli uffici che non abbia rispettato le prescrizioni formali relative alla iscrizione delle risorse proprie della Comunità nella prescritta contabilità ma tale sanzione deve essere espressamente prevista dal Legislatore comunitario e non può essere desunta per analogia dalla norma sugli interessi di cui all’art. 11.

Tale convinzione si fonda sulla diversa natura e funzione dell’interesse rispetto alla sanzione: è principio generale che gli interessi partecipano alla stessa natura del credito, di cui costituiscono un accessorio naturale necessario, in quanto hanno lo scopo di risarcire il danno derivante dal mancato

introito della somma da parte del creditore e di costituire un indennizzo per il mancato pagamento nei termini, laddove la sanzione amministrativa riveste carattere affittivo e tende a rafforzare l'adempimento richiesto per la tutela di esigenze generali senza un collegamento diretto con l'entità delle somme in considerazione ma con riferimento a parametri indipendenti connessi alla pericolosità del comportamento o dell'omissione, aggiungendosi agli interessi e non sostituendoli.

Tutta la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha sottolineato il *“nesso indissolubile tra l'obbligo di accertare le risorse proprie comunitarie, quello di iscriverle sul conto della Commissione entro i termini impartiti e, infine, quello di versare interessi di mora”* (fra le tante, sent. 14/4/2005 in causa C-104/02) ma lo ha fatto sempre con riferimento a fattispecie dove il diritto alla riscossione della somma conseguente all'obbligo di pagamento del dazio da parte dell'operatore era sorto, anche se successivamente non riscosso o oggetto di sgravio o riscosso in ritardo, tanto risulta chiaramente da tutte le sentenze nella materia, comprese quelle citate dalla Commissione nel suo ricorso: nella sentenza 14/4/2005 causa C-104/02 contro la Germania, si dà atto al punto 81 che *“nei casi oggetto del presente ricorso, le spedizioni sottoposte al regime del transito comunitario esterno non sono state presentate all'ufficio di destinazione nel termine prescritto dall'ufficio di partenza”*; nella sentenza 15/11/2005 causa C-392/02 contro la Danimarca, come si legge al punto 56 *“non sono contestati né l'esistenza di un'obbligazione né l'importo della somma controversa”*; nella sentenza 12/6/2003 causa C-363/00 contro l'Italia, come si legge al punto 38 *“nella fattispecie è associato fra le parti che la somma ... doveva essere accreditata sul conto aperto a tale scopo a nome della Commissione entro e non oltre il 3 giugno 1996”*; nella sentenza 26/1/2005 causa C-377/03 contro il Belgio, come si legge al punto 77 *“è pacifico che le autorità belghe hanno contabilizzato l'obbligazione doganale solo un anno dopo i controlli effettuati dalla Commissione”* e che (punto 47) *“le autorità di tale Stato membro fossero a conoscenza delle irregolarità ben prima dei detti controlli”*; nella recente sentenza 18/10/2007 causa C-19/05, contro la Danimarca si legge (punto 33) *“Nella fattispecie è pacifico che le autorità danesi hanno ommesso di percepire i dazi all'importazione dovuti ... a causa di un errore loro imputabile”*.

D'altro canto, la Corte di Giustizia quando tratta delle sanzioni le collega necessariamente ad una precisa previsione normativa, escludendo che si possa pervenire ad imporle in forza di disposizioni non specifiche; si legge nella sentenza 26/10/2006, causa C-248/04, punti 79-80, che *“il principio della certezza del diritto costituisce un principio fondamentale del diritto comunitario, il quale esige, segnatamente, che la normativa sia chiara e precisa...”* e che *“una sanzione, anche di carattere non penale, può essere inflitta solo qualora abbia un fondamento giuridico chiaro ed inequivocabile”*, ancora, la sentenza 14/12/2000, causa C-110/99, distingue chiaramente fra obbligo principale di pagamento o restituzione del capitale ed eventuale sanzione aggiuntiva, ribadendo (punto 56) che per quest'ultima *“sarebbe necessario un fondamento giuridico chiaro e non ambiguo”*.

Si deve concludere, a nostro avviso, che nella specie la violazione dell'obbligo di mettere a disposizione della Commissione le risorse proprie entro i termini stabiliti dai Regolamenti 1552 e 1150, qualora non risulti mai sorto un credito della Comunità per dazi conseguenti ad operazioni di transito regolarmente appurate, non può essere sanzionato con l'applicazione estensiva della norma sul carico degli interessi ai sensi dell'art. 11 di detti regolamenti né con alcun'altra norma, atteso che nessuna disposizione prevede una sanzione specifica per quella violazione formale cui non è connesso alcun ritardo né omissione nella riscossione di risorse proprie.

Peraltro, come già detto, nella fattispecie in esame manca una somma cui rapportare gli interessi, perché nessun dazio è dovuto, e manca anche un riferimento temporale per il calcolo del ritardo, perché l'iscrizione nella contabilità A) non è stata mai effettuata ed è risultato che non doveva essere effettuata per la mancanza di credito iscrivibile.

In estremo subordine, qualora la Corte ritenesse di poter superare le eccezioni appena esposte, il Governo Italiano insiste perché gli oneri per interessi richiesti dalla Commissione siano addebitati alla Dogana tedesca (ove le merci in transito sono state regolarmente presentate) che ha ritardato l'inoltro alla Dogana italiana (dogana di partenza delle merci) delle informazioni sul regolare e tempestivo appuramento dei transiti di cui causa; è, infatti, pacifico ed incontestato che la Dogana italiana non ha potuto iscrivere le risorse nella contabilità A) (secondo le contestazioni della Commissione) perché non ha ricevuto tempestivamente dalla Dogana tedesca le informazioni e i documenti attestanti la regolare presentazione delle merci o dei certificati T1 e dei carnet TIR; non si può imputare esclusivamente alla Dogana italiana una omissione (solo formale, ripetesi) che è stata originata con efficacia determinante dalla dogana dello Stato che aveva l'obbligo di inoltrare quelle informazioni e quei documenti immediatamente dopo la chiusura del regime di transito esterno con la regolare presentazione delle merci e dei documenti, ai sensi dell'art. 92 CDC.

L'obbligo dell'autorità doganale di destinazione delle merci di provvedere immediatamente alla chiusura della procedura ed alla comunicazione all'ufficio di partenza non può essere posto in discussione e si fonda sia sul principio generale di leale collaborazione fra gli Stati membri (ai sensi dell'art. 10 del Trattato) sia sulla specifica disciplina della materia in esame, come si evince – fra l'altro – dagli articoli 10 e 28 della Convenzione TIR: Art. 10 – “1. Il carnet TIR può essere scaricato con o senza riserve ...”; Art. 28 – “1. Il carnet TIR dev'essere subito scaricato all'arrivo del carico all'ufficio doganale di destinazione, sempreché le merci siano assoggettate ad un altro regime doganale o sdoganate per l'immissione al consumo”; non avendo effettuato le dovute comunicazioni, il Governo tedesco dovrà essere chiamato a rispondere delle richieste della Commissione, sollevando il Governo italiano da ogni obbligo nascente dalla procedura di infrazione di cui è causa.

Lussemburgo, 17 aprile 2008

Avv. Giuseppe Albenzio»

Causa C-317/07 – Materia trattata: ambiente e consumatori – Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Korkein hallinto oikeus (Finlandia) il 10 luglio 2007 – Lahti Energia Oy. (Avvocato dello Stato G. Fiengo – AL 39119/2007).

LE QUESTIONI PREGIUDIZIALI

1) *Se l'art. 3, n. 1, della direttiva 2000/76/CE, debba essere interpretato nel senso che la direttiva non è applicabile all'incenerimento di rifiuti gassosi.*

2) *Se un impianto di gassificazione, in cui si ottiene gas a partire da rifiuti, attraverso un processo di pirolisi, debba essere considerato come un impianto di incenerimento ai sensi dell'art. 3, n. 4, della direttiva 2000/76/CE, anche qualora in tale impianto non vi sia alcuna linea di incenerimento.*

3) *Se l'incenerimento nella caldaia di una centrale elettrica di gas formatosi in un impianto di gassificazione e depurato dopo il processo di gassificazione debba essere considerato come un procedimento incluso nell'art. 3 della direttiva 2000/76/CE. Se, a tale riguardo, abbia rilevanza il fatto che il gas prodotto e depurato sostituisca il carburante fossile e che le emissioni della centrale elettrica per unità di energia prodotta, impiegando il gas ottenuto da rifiuti e depurato, siano inferiori rispetto a quelle derivanti dall'impiego di altri carburanti. Se, ai fini dell'interpretazione della portata della direttiva 2000/76/CE, sia rilevante che l'impianto di gassificazione e la centrale elettrica, da un punto di vista tecnico-funzionale e in considerazione della distanza a cui si trovano, costituiscono un unico impianto o il fatto che il gas prodotto, formatosi nell'impianto di gassificazione e depurato, venga spedito e possa essere utilizzato come carburante o per altri scopi in altro luogo, ad esempio per la produzione di energia.*

4) *A quali condizioni il gas formatosi in un impianto di gassificazione e depurato possa essere considerato un prodotto, in modo tale da non essere più incluso nelle disposizioni relative ai rifiuti.*

IL FATTO

Il 4 dicembre 2002 la Lahti Energia Oy ha presentato un'istanza all'Ufficio per le autorizzazioni ambientali della Regione della Finlandia dell'Est per il rilascio di un'autorizzazione relativa al proseguimento dello sfruttamento della centrale elettrica di Kymijärvi e per esaminare le condizioni di autorizzazione ai sensi della legge sulla protezione dell'ambiente n. 86/2000.

L'impianto a cui si riferisce l'autorizzazione ambientale si articola in due strutture, la centrale elettrica di Kymijärvi e un impianto di gassificazione. Sono previste modifiche all'impianto di gassificazione esistente in modo tale che il gas ivi prodotto sia depurato. Il rapporto tra le due strutture prevede che il gas depurato nell'impianto di gassificazione sia immesso nella caldaia della centrale elettrica dove, incenerito, vada a sostituire parzialmente il carbone.

L'Autorità competente ha concesso l'autorizzazione, considerando, tuttavia, applicabili le disposizioni sull'incenerimento dei rifiuti alle varie fasi della gassificazione e riconoscendo nell'impianto di gassificazione un impianto di coincenerimento ai sensi della direttiva 2000/76/CE e del regolamento del Consiglio di Stato sull'incenerimento dei rifiuti.

La Lahti Energia Oy si è rivolta all'autorità giurisdizionale, il Vaasan Hallinto-oikeus, il quale ha rigettato il ricorso, motivando nel senso che gli obiettivi perseguiti dalla direttiva 2000/76/CE potrebbero venir compromessi da una lettura restrittiva della stessa, quale si avrebbe se l'impianto della ricorrente non venisse concepito come impianto di coincenerimento. Tra l'altro lo Hallinto-oikeus ha ritenuto irrilevante valutare se il gas, prodotto intermedio, sia o meno un rifiuto e le modalità di trattamento del rifiuto prima dell'incenerimento.

A seguito di tale decisione è stato proposto ricorso dinanzi al Korkein hallinto oikeus, il quale, alla luce delle argomentazioni contrastanti proposte dalle parti in causa, ha sollevato le quattro questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia.

LA POSIZIONE DEL GOVERNO ITALIANO

«Prima questione pregiudiziale

Con la prima questione viene richiesto all'Ecc.ma Corte di Giustizia di chiarire se l'art. 3, n. 1 della direttiva 2000/76/CE vada interpretato nel senso di escludere la sua applicazione all'incenerimento dei rifiuti gassosi.

In effetti la disposizione in oggetto stabilisce che per rifiuto, ai fini della menzionata direttiva, si debba intendere “qualsiasi rifiuto solido o liquido quale definito all'articolo 1, lettera a) della direttiva 75/442/CEE” con evidente esclusione dei rifiuti gassosi. La lettera della disposizione ci consente di affermare che, sebbene prima del processo di gassificazione si disponga di rifiuti solidi, l'avvenuto processo di gassificazione escluda la possibilità di applicare la normativa comunitaria sull'incenerimento dei rifiuti.

A ciò si aggiunga che il governo italiano non ritiene affatto che il gas, prodotto con l'impiego di rifiuti, possa essere concepito a sua volta come un rifiuto e che, quindi, sia propriamente corretto parlare di “rifiuto gassoso”.

Innanzitutto per esso non varrebbe la nozione di rifiuto prevista dall'art. 1 lett. a) della direttiva 75/442/CE e in maniera particolare non si ravviserebbe il requisito del “disfarsi”. Si tratterebbe, per la verità, di un vero e proprio prodotto destinato allo sfruttamento economico, che analogamente ai sottoprodotti, prodotti, materie prime derivanti da processi di fabbricazione e di estrazione andrebbe sottratto dal novero dei rifiuti.

In particolare a tal fine verrebbe garantita la certa riutilizzabilità, requisito ritenuto imprescindibile da questa Corte (in proposito si rinvia a pronunce ormai storiche: sentenza 18 aprile 2002 causa C-9/00 Palin Granit Oy, punti 35 ss.; sentenza del 11 settembre 2003 causa C-114/01, Avesta Polarit Chrome Oy, punti 36-39 e 43; ordinanza 15 gennaio 2004 causa C-235/02 Saetti e Freudiani, punti 36-45), dal momento che l'impianto di gassificazio-

ne e il processo di depurazione, al quale sarebbe sottoposto il gas, richiede investimenti consistenti che inevitabilmente portano ad un utilizzo razionale della risorsa ottenuta.

In ultimo va tenuta nella dovuta considerazione la constatazione che l'impiego di rifiuti non comporta che tutto ciò che ne derivi debba qualificarsi come rifiuto. Se, infatti, il processo di trasformazione che porta alla formazione di un prodotto finito si conclude, non è più corretto continuare a parlare di rifiuto (sentenza 11 novembre 2004, causa C-457/02, Niselli, punto 52).

Pertanto il governo italiano suggerisce una risposta positiva al primo quesito.

Seconda questione pregiudiziale

Con il secondo quesito il giudice finlandese interroga questa Ecc.ma Corte sulla possibilità di definire l'impianto di gassificazione, nel quale grazie ad un processo di pirolisi viene prodotto gas, come un impianto di incenerimento ai sensi dell'art. 3, n. 4 della direttiva 2000/76/CE laddove non ci sia nessuna linea di incenerimento.

Al riguardo sembra sostanziale evidenziare che all'interno del gassificatore non avviene nessun incenerimento, ma la trasformazione di rifiuti allo stato solido in gas si compie attraverso un processo detto di pirolisi, che provoca una scissione molecolare mediante riscaldamento in presenza di ridotte quantità di ossigeno.

Si ritiene pertanto che tale elemento, *id est* l'assenza di un effettiva attività di incenerimento, sia sufficiente per escludere la qualificazione di tale impianto nei termini di cui all'art. 3, n. 4, della direttiva 2000/76/CE.

Terza questione pregiudiziale

La questione in esame ha ad oggetto la qualificazione ai sensi dell'art. 3 della direttiva 2000/76/CE dell'incenerimento del gas, prodotto e depurato nel gassificatore, all'interno della centrale elettrica.

In sostanza si chiede se, prescindendo dalla concezione in termini di "impianto di incenerimento" o meno dell'impianto di gassificazione, possa definirsi tale la centrale elettrica dove avverrebbe la combustione effettiva del gas ottenuto con l'impiego di rifiuti.

Per la soluzione a tale interrogativo si rinvia a quanto il governo italiano ha sostenuto ai punti 12-15 delle presenti osservazioni. L'esclusione della qualifica in termini di rifiuto del gas prodotto e depurato con l'uso di rifiuti, appare sufficiente a fugare ogni dubbio sulla possibilità che la centrale elettrica nella cui caldaia avviene l'incenerimento del gas stesso possa definirsi come "impianto di incenerimento" o come "impianto di coincenerimento". Se, infatti, a bruciare non sono più rifiuti, ma una materia, il gas, non sussistono più gli estremi per considerare applicabile la normativa sugli inceneritori.

Per contestare una simile soluzione non sembra possibile fare appello al legame tecnico-funzionale e alla vicinanza, tali da poter parlare di un unico impianto, tra il gassificatore e la centrale elettrica; infatti, appare rilevante obiettare che il gas, prodotto dal primo, non necessariamente deve essere impiegato nella centrale di Kymijärvi, ben potendo essere destinato ad altre centrali o ad altri usi. Il rapporto tecnico-funzionale esistente è stato volon-

tariamente creato e non è necessario, ben potendo il gas, di per sé autonomamente impiegabile, soddisfare altri bisogni energetici.

A ciò si aggiunga che non sono affatto trascurabili i benefici che si ottengono, dal punto di vista della riduzione delle emissioni nocive, dall'impiego del gas in luogo del carbone. Poiché l'impiego di una fonte energetica che consente la riduzione delle emissioni nocive, garantisce di per sé il raggiungimento degli obiettivi di tutela che la stessa direttiva 2000/76/CE persegue, non si comprende il perché essa debba trovare, con i suoi requisiti tecnici e le sue restrizioni, necessariamente applicazione; anzi proprio la disciplina rigorosa in essa prevista potrebbe produrre un effetto contrario, disincentivando qualunque tipo di investimento che migliori la qualità dell'aria senza trascurare le diverse esigenze produttive. Una soluzione di segno contrario potrebbe, dunque, ripercuotersi negativamente sui tentativi di individuare soluzioni alternative all'incenerimento che siano più eco-compatibili.

Il governo italiano chiede, dunque, all'Ecc.ma Corte di Giustizia di dare una risposta negativa al terzo quesito.

Quarta questione pregiudiziale

Infine si chiede al giudice comunitario di chiarire a quali condizioni il gas ottenuto e depurato in un impianto di gassificazione possa considerarsi un prodotto e non un rifiuto.

A tale quesito si è già fornita indirettamente una soluzione ai punti 12-15, precisando le ragioni che consentono di affermare che il gas sia un prodotto. Vale ricordare che gioca a questo proposito un ruolo significativo il fatto che il gas è impiegabile, in quanto in sé fonte energetica, in vario modo e, pertanto, oggetto di sfruttamento economico. Quest'ultimo elemento esclude che vi possa essere una volontà di "disfarsi" dello stesso da parte del produttore e garantisce, tra l'altro, la certa riutilizzabilità.

Una conferma dell'esclusione della nozione di rifiuto deriverebbe dal fatto che il gas sarebbe oggetto di un costoso processo di depurazione, finalizzato non allo smaltimento dei rifiuti, ma ad ottenere un prodotto nuovo che presenta le stesse caratteristiche del gas di città, e, quindi, non equiparabile in alcun modo ai rifiuti. Tale processo avviene sotto la responsabilità e a rischio del produttore, in un processo produttivo che presenta forti elementi di *unicità*.

L'avvenuta depurazione trasforma il gas grezzo in gas depurato, facendogli acquisire le fattezze di una vera e propria materia prima; tale natura, del tutto nuova, è il risultato di un ulteriore processo di trasformazione, diverso dalla gassificazione, che ha avuto ad oggetto il gas grezzo e che consente di escludere qualsiasi legame pregresso con i rifiuti e conseguentemente l'applicazione della relativa disciplina.

In conclusione si ritiene che il gas depurato sia un prodotto e non un rifiuto, in quanto l'avvenuta depurazione ha consentito il venir in essere di un materiale gassoso nuovo destinato allo sfruttamento economico.

** ** *

Il Governo italiano chiede all'Ecc.ma Corte di Giustizia di rispondere ai quesiti formulati dal Korkein hallinto oikeus nel senso che:

L'art. 3, n. 1, della direttiva 2000/76/CE non è applicabile all'incenerimento di rifiuti gassosi.

L'impianto di gassificazione, in cui si ottiene gas a partire da rifiuti, attraverso un processo di pirolisi, non possa considerarsi un impianto di incenerimento ai sensi dell'art. 3, n. 4, della direttiva 2000/76/CE.

L'incenerimento nella caldaia di una centrale elettrica di gas, formato in un impianto di gassificazione e depurato dopo il processo di gassificazione, non rappresenta un procedimento incluso nell'art. 3 della direttiva 2000/76/CE, non avendo rilevanza che l'impianto di gassificazione e la centrale elettrica, da un punto di vista tecnico-funzionale e in considerazione della distanza in cui si trovano costituiscano un unico impianto, ma assumendo importanza il fatto che il gas venga spedito e possa essere utilizzato come carburante o per altri scopi in altro luogo e che il suo impiego consenta una riduzione delle emissioni della stessa centrale elettrica.

L'inserimento in un unico processo produttivo finalizzato alla raffinazione del gas trasforma il bene in un prodotto nuovo e il valore economico assunto dal gas, rappresentano le condizioni per considerare il gas formato in un impianto di gassificazione come prodotto con esclusione delle disposizioni relative ai rifiuti.

Roma, 21 novembre 2007

Avv. Giuseppe Fiengo»

Causa C-375/07 - Materia trattata: unione doganale - Domanda di pronuncia 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 [...], rientrino 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 [CDC], come modificato dal regolamento (CE) della Commissione 29 luglio 1998, n. 1677, 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.

L'INTERVENTO ORALE DEL GOVERNO ITALIANO

«Signor Presidente, signori Giudici, signor Avvocato Generale, solo alcune osservazioni in aggiunta all'intervento scritto per le questioni di carattere generale collegate ai quesiti terzo e quarto:

Il problema da risolvere riguarda i rapporti fra la potestà decisionale della Commissione e quelli delle Autorità Giudiziarie Nazionali e fra le loro decisioni eventualmente contrastanti, in casi diversi da quelli considerati nella sentenza 22 giugno 2006, causa C-419/04, di codesta Corte di Giustizia.

Nella detta sentenza, infatti, era stato regolato il rapporto fra le Autorità doganali nazionali e la Commissione con indicazioni chiare e che non intendiamo certo mettere in discussione; nel caso di specie, però, si tratta di considerare quale influenza in quei rapporti può avere l'iniziativa della parte privata che, in caso di azione di recupero *a posteriori* da parte della Dogana nazionale che non ritiene sussistenti le condizioni di cui all'art. 220, par. 2, lett. b), Codice Doganale Comunitario (azione legittima e doverosa secondo la citata decisione C-419/04), procede sia con l'azione di contestazione dinanzi all'Autorità Giudiziaria nazionale sia con l'istanza di sgravio alla Commissione, contemporaneamente o in momenti diversi.

Come abbiamo riferito nel nostro intervento scritto, la fattispecie è regolata dagli art. 871 e 905 Reg. 2454/93 e la loro interpretazione data dalla Commissione e dal Comitato del Codice Doganale con i documenti 11/8/2003 e 8/12/2003 (allegati alle nostre osservazioni scritte) risolveva ogni problema, nel senso che una procedura di rimborso o di sgravio ai sensi dell'art. 239 CDC non poteva essere iniziata se la obbligazione doganale era contestata e non definita, in particolare se era pendente un ricorso ai sensi dell'art. 243 CDC.

Il problema di cui si discute nel presente processo è sorto dopo che la Commissione ha mutato orientamento con il documento 10/6/2004 (allegato

alle nostre osservazioni scritte) dichiarando che anche in pendenza di una contestazione del credito ai sensi dell'art. 243 CDC lo Stato membro ha la facoltà di rimettere alla Commissione la domanda di sgravio o rimborso e, quindi, la Commissione può assumere la sua decisione anche in pendenza del giudizio dinanzi alla Autorità Giudiziaria nazionale la quale viene automaticamente privata della sua potestà decisionale.

Questa situazione si può verificare anche se la parte privata presenta direttamente alla Commissione una domanda ai sensi dell'art. 239 CDC, così che basta una iniziativa unilaterale dell'operatore per impedire all'Autorità Giudiziaria nazionale di procedere nel processo e di decidere sulla legittimità del provvedimento di recupero della Dogana.

In tal senso si è espressa la Commissione nelle conclusioni formulate per il caso oggi in discussione, dichiarando che il Giudice nazionale deve sospendere la procedura in attesa della decisione della Commissione.

Il Governo Italiano ritiene che queste conclusioni debbano essere attentamente vagliate dalla Corte alla luce del principio generale sancito dall'art. 234 Trattato e dalla giurisprudenza costante di Codesta Corte di Giustizia e del Tribunale di primo grado (si vedano, fra le tante, le sentenze T-205/99 e 195/97 e la sentenza C- 119/05 richiamate nelle nostre osservazioni scritte) secondo cui – da un lato – l'applicazione delle disposizioni di diritto sostanziale doganale comunitario rientra nella competenza esclusiva delle autorità doganali nazionali e, quindi, dei Giudici nazionali investiti a norma dell'art. 243 CDC, mentre – dall'altro lato – nelle materie di competenza esclusiva della Commissione il controllo spetta unicamente alla Giustizia Comunitaria: la Corte è oggi chiamata ad individuare il confine fra queste due sfere di competenza, con particolare attenzione al caso in cui l'iniziativa di investire la Commissione sia presa autonomamente dalla parte privata che ha, in contemporanea o in un secondo tempo, proposto anche un giudizio di contestazione della obbligazione doganale dinanzi al Giudice nazionale.

Il Governo Italiano chiede alla Corte di pronunziarsi su questa problematica salvaguardando la competenza delle Autorità Giudiziarie nazionali che devono poter esercitare le loro potestà nel caso di impugnazione del provvedimento di recupero adottato dalla Dogana e devono poter decidere se adire in via pregiudiziale la Corte di Giustizia nel caso di dubbio sulla operatività dell'esimente della buona fede ai sensi dell'art. 220, par. 2, lett. b), CDC, in esplicazione della potestà sovrana di giudicare che è riconosciuta dal Trattato.

In questa ottica, la corretta interpretazione degli art. 871 e 905 Reg. 2454/93 deve essere ritenuta come indicata nei documenti dell'anno 2003 della Commissione e del Comitato del codice doganale, mentre deve essere chiarito che la obbligazione doganale non può ritenersi "stabilita" se pende una contestazione dinanzi alla Autorità Giudiziaria nazionale ed in tal caso la Commissione può prendere in considerazione una domanda di sgravio o rimborso ai sensi dell'art. 239 solo se ad essa sottoposta dall'Ufficio doganale nazionale e non se proposta direttamente dalla parte privata.

È chiaro, infatti, che, nel primo caso, è la stessa Autorità che ha adottato il provvedimento di recupero contestato che, in presenza di dubbi sulla sua legittimità (giusto quanto ritenuto dalla Corte nella citata sentenza 22/6/2006, punto 40), ne rimette l'esame alla Commissione e, in conseguenza, chiede la sospensione del giudizio nazionale al fine di eventualmente ritirare il provvedimento e far cessare la materia del contendere.

Nel secondo caso, invece, in assenza di dubbi da parte dell'Autorità doganale nazionale che si difende nel giudizio di opposizione, sarebbe la parte privata ad esercitare un potere di impedire al Giudice nazionale di decidere sulla contestazione e ne sposterebbe la competenza in favore della Commissione in assenza di qualsiasi norma comunitaria che quel potere le attribuisca.

Anche se la possibilità da parte della Commissione di prendere in esame una domanda ai sensi degli art. 220 e 239 CDC in pendenza di una contestazione sul credito sembra limitata, nella posizione assunta dalla Commissione con il documento 16/12/2004, alla iniziativa dello Stato membro che "*peut soumettre cette demande à la Commission*", risulta nella pratica che la Commissione accetta anche le domande presentate direttamente dai privati ed istruisce le pratiche, senza sospenderle in attesa della decisione della Autorità Giudiziaria nazionale già adita dalla parte e pretendendo, anzi, che sia quest'ultima a sospendere il suo giudizio.

Inoltre, la Commissione pretende, nel caso adotti una decisione ai sensi dell'art. 239 CDC in pendenza di un giudizio in sede nazionale, che l'amministrazione doganale ne dia esecuzione indipendentemente dalle regole processuali sulla esecutività delle sentenze non definitive.

Si tratta sempre di casi nei quali l'Ufficio doganale non ha "dubbi" sulla legittimità del recupero *a posteriori* ai sensi dell'art. 220, par. 2, lett. b), CDC e non rimette, come è nelle sue facoltà, il caso alla Commissione ma quest'ultima interviene perché sollecitata direttamente dalla parte privata ed impedisce alla dogana di portare a termine l'azione di recupero difendendo le sue ragioni dinanzi ai giudizi nazionali: per ottenere dalla Corte un chiarimento sotto questo profilo il Governo Italiano è intervenuto nel presente giudizio ed ha formulato le conclusioni riportate nelle osservazioni scritte, così da avere con chiarezza un quadro completo degli obblighi e delle potestà delle Autorità Giudiziarie e Doganali nazionali in relazione alle domande presentate dall'operatore ai sensi degli art. 220, par. 2, lett. b), e 239 CDC.

In conclusione, chiediamo che la Corte, nel rispondere ai quesiti posti dal giudice remittente secondo le nostre osservazioni scritte sulle quali insistiamo, chiarisca che:

a) in pendenza del giudizio di contestazione in sede nazionale il credito non può ritenersi "stabilito" – ai sensi degli art. 871, comma 6, e 905, comma 6 Reg. 2454/93 – e, pertanto, la Commissione non può prendere in esame le domande di sgravio presentate direttamente dall'operatore;

b) è nella facoltà dell'Autorità Doganale nazionale inoltrare alla Commissione la domanda presentata dalla parte in pendenza di giudizio, chiedendo contestualmente la sospensione del detto processo;

c) in tal caso, l'Autorità Doganale: c. 1 in presenza di una decisione definitiva della Commissione favorevole alle sue tesi, deve depositarla nel processo nazionale e chiedere che il giudice si conformi (salvo che lo stesso giudice non rimetta la questione alla Corte ai sensi dell'art. 234 CE); c. 2 nel caso il giudice non si conformi, deve impugnare la sentenza e chiedere la rimessione alla Corte di Giustizia CE; c. 3 in presenza di una decisione definitiva favorevole all'operatore, deve abbandonare il giudizio e soddisfare le pretese di quest'ultimo;

d) la Commissione non può pretendere l'immediata integrale esecuzione della sua decisione in pendenza del giudizio nazionale, dovendosi in questa sede applicare le norme che regolano la provvisoria esecuzione delle sentenze dei gradi di merito (per l'Italia, art. 68-69 D.Lgs. 546/92).

Lussemburgo, 22 maggio 2008

Avv. Giuseppe Albenzio»

Causa C-509/07 - Materia trattata: ravvicinamento delle legislazioni – Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale di Bergamo (Italia) il 21 novembre 2007 – Luigi Scarpelli/NEOS BANCA SpA. (Avvocato dello Stato W. Ferrante – AL 4988/08).

LA QUESTIONE PREGIUDIZIALE

Se l'art. 11, comma 2 della direttiva 87/102/CEE debba essere interpretato nel senso che l'accordo tra fornitore e finanziatore in base al quale il credito è messo esclusivamente da quel creditore a disposizione dei clienti di quel fornitore, sia presupposto necessario del diritto del consumatore di procedere contro il creditore – in caso di inadempimento del fornitore – anche quando tale diritto sia: a) solo quello di risoluzione del contratto di finanziamento; oppure b) quello di risoluzione e di conseguente restituzione delle somme pagate al finanziatore.

IL FATTO

Il giudice remittente è stato investito di una controversia nella quale un cittadino italiano, convenuto in giudizio da una banca che gli aveva erogato un finanziamento per l'acquisto di un'autovettura perché aveva smesso di pagare le rate del mutuo, deduceva che l'autovettura non gli era mai stata consegnata dal venditore, in seguito fallito, e invocava pertanto la risoluzione del contratto di compravendita, collegato funzionalmente con quello di finanziamento, del quale chiedeva pure la risoluzione, unitamente alla restituzione delle rate nel frattempo pagate.

LA POSIZIONE DEL GOVERNO ITALIANO

«L'art. 11, paragrafo 2 della direttiva 87/102/CEE del Consiglio del 22 dicembre 1986, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative,

regolamentari e amministrative degli Stati Membri in materia di credito al consumo – come modificata dalla direttiva 98/7/CE del 16 febbraio 1998 – riconosce, a favore del consumatore che abbia ottenuto un finanziamento per l'acquisto di beni di consumo, il diritto, in caso di inadempimento del fornitore, di procedere contro il soggetto che ha erogato il finanziamento (creditore) quando ricorrono le seguenti condizioni:

a) per l'acquisto di beni o la fornitura di servizi il consumatore ha concluso un contratto di credito con una persona diversa dal fornitore;

b) tra il creditore e il fornitore dei beni o dei servizi esiste un precedente accordo in base al quale il credito è messo esclusivamente da quel creditore a disposizione dei clienti di quel fornitore per l'acquisto di merci o di servizi di tale fornitore;

c) il consumatore ha ottenuto il credito in conformità al precedente accordo intercorso tra finanziatore e fornitore;

d) i beni o servizi considerati dal contratto di credito non sono forniti o sono forniti soltanto in parte, o non sono conformi al relativo contratto di fornitura;

e) il consumatore ha agito senza successo nei confronti del fornitore.

Poiché la norma riconosce al consumatore il diritto di agire nei confronti del creditore, cioè del soggetto che ha erogato il finanziamento, solo allorché sussista un rapporto di esclusiva tra quest'ultimo ed il fornitore, il Tribunale di Bergamo ha sollevato la questione pregiudiziale al fine di conoscere se l'articolo 11, par. 2, cit. debba essere interpretato nel senso che tale requisito sia richiesto anche quando il consumatore – in caso di inadempimento totale del fornitore all'obbligo di fornire il bene o il servizio – agisce per la risoluzione del contratto di finanziamento ovvero per la risoluzione del contratto e la contestuale restituzione delle somme già versate al finanziatore.

Il citato art. 11, par. 2 è stato trasposto nell'ordinamento italiano con l'art. 42 del Codice del consumo (decreto legislativo del 6 settembre 2005, n. 206), in base al quale *“nei casi di inadempimento del fornitore di beni e servizi, il consumatore che abbia effettuato inutilmente la costituzione in mora ha diritto di agire contro il finanziatore nei limiti del credito concesso, a condizione che vi sia un accordo che attribuisce al finanziatore l'esclusiva per la concessione di credito ai clienti del fornitore. La responsabilità si estende anche al terzo, al quale il finanziatore abbia ceduto i diritti derivanti dal contratto di concessione del credito”*.

Il giudice *a quo* dubita, con argomentazioni condivisibili, dell'interpretazione restrittiva dell'articolo 11, par. 2, cit. che precluderebbe qualsiasi tipo di azione nei confronti del creditore ove non sussista il richiamato rapporto di esclusiva.

La formulazione letterale della norma sembrerebbe non consentire una sua applicazione differenziata a seconda della natura dell'azione proposta dal consumatore nei confronti del fornitore e dell'oggetto della relativa domanda.

Un'interpretazione della norma fondata esclusivamente sulla sua formulazione letterale sembra tuttavia in contrasto con le finalità perseguite dal

legislatore comunitario, oltre che con i principi comunitari in materia di tutela del consumatore.

Il considerando n. 21 della direttiva, stabilisce infatti che, quando i beni e servizi sono stati acquistati a credito, il consumatore deve godere nei confronti del creditore (finanziatore) di diritti che si aggiungono ai suoi normali diritti contrattuali nei riguardi di questi e del fornitore di beni o servizi, in tutti i casi in cui tra creditore e il fornitore di beni o servizi esiste un precedente accordo in base al quale il credito è messo da quel creditore a disposizione esclusivamente dei clienti di quel fornitore per consentire al consumatore di acquistare merci o servizi da tale fornitore.

Lo scopo della norma sembra quindi essere quello di rafforzare la tutela del consumatore nei confronti del finanziatore in tutti i casi in cui questi abbia stipulato un accordo di esclusiva con il fornitore dei beni o servizi (riconoscendo, ad es., al consumatore il diritto di agire nei confronti del finanziatore anche per il risarcimento del danno derivante dall'inadempimento del fornitore) ferme restando le ordinarie azioni contrattuali esperibili nei confronti del finanziatore.

In base a tale interpretazione, il consumatore convenuto in giudizio dal finanziatore per il pagamento delle rate di mutuo potrebbe eccepire l'inadempimento del fornitore (mancata consegna del bene o prestazione del servizio), domandando la risoluzione del contratto di finanziamento (causalmente collegato al contratto di compravendita) e la restituzione delle rate già pagate al finanziatore.

Tale interpretazione appare coerente anche con la giurisprudenza italiana formatasi in materia di mutuo di scopo, secondo la quale le clausole di inopponibilità delle eccezioni relative al contratto di compravendita nei confronti del finanziatore vanno interpretate nel senso di escludere un'eventuale azione legale contro quest'ultimo, da parte del compratore, solo con riferimento a vizi o difetti del bene oggetto della compravendita, mentre non operano nel caso di inadempimento assoluto dell'obbligazione di consegnare il bene in questione (Corte di Cassazione, sez. III, 23 aprile 2001, n. 5966; id., sez. II, 20 gennaio 1994, n. 474).

In base alle predette sentenze, venuto meno il contratto per cui il mutuo è concesso – in seguito alla intervenuta risoluzione consensuale della compravendita del bene – il mutuante è legittimato a richiedere la restituzione della somma mutuata non al mutuatario (acquirente), ma direttamente ed esclusivamente al venditore, che rispetto al mutuo appare terzo ma che del mutuo in sostanza beneficia.

Infatti, nell'ambito della funzione complessiva dei negozi collegati, essendo lo scopo del mutuo legato alla compravendita, in quanto la somma concessa in mutuo viene destinata al pagamento del prezzo, venuta meno la compravendita, il mutuo non ha più ragione d'essere.

Alla luce delle considerazioni che precedono, il dubbio interpretativo sollevato dal Tribunale di Bergamo sembra fondato, tanto più che, dal tenore letterale dell'art. 11, par. 2, lett. e), in base al quale presupposto dell'azione nei confronti del creditore è che *“il consumatore ha proceduto contro il fornitore ma non ha ottenuto la soddisfazione cui aveva diritto”* emerge che

la previa escussione del fornitore può riguardare solo un'azione di condanna al pagamento di una somma di danaro e non anche una azione di risoluzione del contratto per inadempimento del contratto collegato, che rientra comunque tra gli ordinari diritti contrattuali, a prescindere dall'esistenza di un rapporto di esclusiva tra fornitore e finanziatore.

** ** *

Il Governo italiano propone quindi alla Corte di risolvere il quesito nel senso che l'art. 11, comma 2 della direttiva 102/87/CEE debba interpretarsi nel senso che l'accordo tra fornitore e finanziatore in base al quale il credito è messo esclusivamente da quel creditore a disposizione dei clienti di quel fornitore, non sia presupposto necessario del diritto del consumatore di procedere contro il creditore – in caso di inadempimento del fornitore – anche quando tale diritto sia quello di risoluzione del contratto di finanziamento e di conseguente restituzione delle somme pagate al finanziatore.

Roma, 26 marzo 2008

Avv. Wally Ferrante»

Causa C-523/07 - Materia trattata: spazio di libertà, sicurezza e giustizia – Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Korkein hallinto-oikeus (Filandia) il 23 novembre 2007- A. (Avvocato dello Stato W. Ferrante – AL 10884/08).

LE QUESTIONI PREGIUDIZIALI

1)

a) Se il regolamento (CE) del Consiglio del 27 novembre 2003, n. 2201, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000 (regolamento Bruxelles II a) sia applicabile all'esecuzione di tutte le parti di una decisione, come quella della fattispecie, riguardante la presa a carico e la collocazione immediata di minori al di fuori della propria famiglia presso una famiglia affidataria e adottata come un'unica decisione di diritto pubblico nell'ambito della tutela dei minori;

b) ovvero, considerato il disposto dell'articolo 1, n. 2, lett. d), solo alla parte della decisione relativa alla collocazione al di fuori della propria famiglia presso una famiglia affidataria.

2)

Come debba essere interpretata, in diritto comunitario, la nozione di "residenza abituale" di cui all'art. 8, n. 1, del regolamento nonché l'art. 13, n. 1, ad essa collegata, in particolare rispetto ad una situazione in cui il minore ha la residenza stabile in uno Stato membro ma soggiorna in un altro Stato membro in cui non ha fissa dimora.

3)

a) Nel caso in cui si ritenga che la residenza abituale del minore non si trovi in quest'altro Stato membro, a quali condizioni un provvedimento conservativo urgente (un provvedimento di presa a carico) possa essere cionon-

dimeno adottato, sul fondamento dell'art. 20, n. 1, del regolamento, in tale Stato membro.

b) Se il provvedimento conservativo di cui all'art. 20, n. 1, del regolamento sia esclusivamente un provvedimento che può essere attuato in conformità del diritto nazionale e se le norme del diritto nazionale relative ad esso siano vincolanti in sede di applicazione dell'articolo di cui trattasi.

c) In seguito all'attuazione del provvedimento conservativo, se la causa debba essere deferita d'ufficio al giudice dello Stato membro competente.

4)

Qualora il giudice dello Stato membro non abbia alcuna competenza, se esso debba dichiarare l'irricevibilità della causa e deferirla ad un giudice di un altro Stato membro.

IL FATTO

La Corte remittente è chiamata a decidere sull'impugnazione di un provvedimento di *“presa in carico e collocamento in una famiglia sostitutiva”* emesso da un'autorità amministrativa finlandese nei confronti di tre minori, divenuti nelle more del giudizio cittadini Svedesi, regolarmente residenti in Svezia, e sottoposti al provvedimento impugnato mentre si trovavano in vacanza in Finlandia, dove *“abitavano in roulotte in diversi campeggi finlandesi ... e non frequentavano la scuola”*.

LA POSIZIONE DEL GOVERNO ITALIANO

«Il primo quesito posto dalla Corte remittente sembra possa essere risolto alla luce di quanto affermato dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 27 novembre 2007, causa C-435/06, nella quale la Corte ha già deciso sul se *“il regolamento riguardi sia la presa a carico sia la collocazione dei minori, ovvero solamente la decisione di collocazione”* .

In detta pronuncia, la Corte ha stabilito che, considerata la natura del provvedimento, che dispone in merito alla responsabilità genitoriale, anche se *“la presa in carico di un minore non è espressamente elencata tra le materie che, ai sensi dell'articolo 1, n. 2, del regolamento sono relative alla responsabilità genitoriale”*, tuttavia l'elenco riveste un *“carattere indicativo”*, come si desume anche dalla lettura del quinto considerando, dal quale emerge che, per garantire parità di condizioni a tutti i minori, il regolamento disciplina *“tutte le decisioni in materia di responsabilità genitoriale, incluse le misure di protezione del minore”*.

Pertanto, secondo quanto si legge nella citata sentenza *“la presa in carico e la collocazione sono atti strettamente collegati nel senso che, per un verso, una presa in carico può essere disposta come provvedimento a sé stante solo come misura cautelare e, per altro verso, la collocazione di un minore contro la volontà dei genitori è possibile solo in seguito alla presa in carico del minore”*, quindi il regolamento si applica a tutta la misura e non solo alla decisione di collocazione in una famiglia affidataria o in un istituto.

Con il secondo quesito, il Giudice remittente ha chiesto alla Corte di Giustizia come deve essere interpretata la nozione di “residenza abituale” di cui all’articolo 8, n. 1 del regolamento in particolare rispetto ad una situazione in cui il minore ha la residenza stabile in uno Stato membro, ma soggiorna in un altro in cui non ha fissa dimora.

La risposta a tale quesito può trarsi dal dodicesimo considerando del regolamento, laddove si legge che il criterio della vicinanza è quello che maggiormente consente di tutelare gli interessi del minore; in applicazione di tale regola la competenza giurisdizionale appartiene innanzitutto “*ai giudici dello Stato membro in cui il minore risiede abitualmente, salvo ove si verifichi un cambiamento della residenza*”.

Pertanto, per residenza deve intendersi il luogo di dimora abituale, l’unico che permette di individuare quali siano i luoghi fisici ed affettivi più vicini al minore.

Appartiene poi alla valutazione del giudice del merito la determinazione in concreto di tale luogo, ma pare potersi escludere che possa considerarsi residenza abituale un luogo nel quale, come nel caso di specie, i minori erano stati trasferiti per le vacanze.

Atteso che i minori sono solo temporaneamente senza fissa dimora, non sembra inoltre applicabile l’articolo 13 del regolamento, in base al quale, qualora non sia possibile stabilire la residenza abituale del minore, “*sono competenti i giudici dello Stato membro in cui si trova il minore*”, in quanto è pacifico che i minori sono residenti in Svezia e si trovano in Finlandia solo per le vacanze.

In merito al terzo quesito, con il quale si chiede a quali condizioni possa essere adottato un provvedimento conservativo urgente, se tale provvedimento possa essere attuato in conformità del diritto nazionale e se le norme del diritto nazionale relative ad esso siano vincolanti in sede di applicazione dell’articolo 20 del regolamento, pare che il dato testuale del richiamato articolo permetta di risolvere la questione affermando che il provvedimento urgente debba essere adottato quando ciò sia richiesto dalla necessità di salvaguardare il superiore interesse del minore.

Comunque, il provvedimento stesso sarà adottato ed eseguito in applicazione del diritto nazionale dello Stato membro nel quale si trova l’autorità che ha emesso il provvedimento urgente.

L’articolo 20 del regolamento appare infatti orientato a garantire l’immediato intervento, anche in deroga alle regole sulla competenza, da parte delle autorità più “vicine” al minore, in modo da assicurarne la piena tutela.

Più complesso appare il punto nel quale i giudici remittenti chiedono se “*in seguito all’attuazione del provvedimento conservativo, la causa debba essere deferita d’ufficio al giudice dello Stato membro competente*”.

Al riguardo, parrebbe far propendere per la soluzione negativa, il secondo comma dell’articolo 20, nel quale si legge che “*i provvedimenti adottati in esecuzione del paragrafo 1 cessano di essere applicabili quando l’autorità giurisdizionale dello Stato membro competente in virtù del presente regolamento a conoscere del merito abbia adottato i provvedimenti ritenuti necessari*”.

La norma quindi non sembra prevedere alcun obbligo d'ufficio di "deferimento" della controversia al giudice competente, prevedendo solo la cessazione di efficacia dei provvedimenti urgenti adottati, quando intervengano provvedimenti pronunciati dall'autorità dello Stato membro competente.

Tuttavia, tale interpretazione potrebbe contrastare con la scelta del legislatore comunitario di privilegiare l'autorità più vicina al minore, laddove un minore per il quale sia necessario provvedere urgentemente, e che quindi possa ragionevolmente presumersi non avere soggetti adulti in grado di difenderne l'interesse, sia lontano dai luoghi di abituale residenza e non abbia nessuno in grado di adire l'autorità dello Stato di residenza abituale per adottare provvedimenti che si sostituiscano a quelli urgenti.

Malgrado tale considerazione di ordine sostanziale, il testo normativo non sembra prevedere l'obbligo di trasmissione degli atti all'autorità competente.

Peraltro, anche l'articolo 17, nel quale è previsto, in via generale, che l'autorità giurisdizionale di uno Stato membro, se incompetente, in quanto la competenza è dell'autorità di altro Stato membro "*dichiara d'ufficio la propria incompetenza*", non prevede la trasmissione degli atti al giudice competente.

La mancata previsione di un tale obbligo nell'articolo 20 potrebbe, quindi far ritenere che, nei casi d'urgenza, i provvedimenti rimangano efficaci sino a quando non intervengano successivi provvedimenti emessi dall'autorità competente, senza alcun obbligo di trasmissione degli atti.

Quanto al quarto quesito, con il quale si chiede "*qualora il giudice dello Stato membro non abbia alcuna competenza se esso debba dichiarare l'irricevibilità della causa o deferirla ad un giudice di un altro Stato membro*", la risposta pare trarsi dal richiamato articolo 17, nel quale si prevede che il giudice dichiari la propria incompetenza senza ulteriori obblighi.

Tale soluzione appare rispondere a canoni di ragionevolezza, anche in considerazione del fatto che, in un sistema nel quale sono disciplinati rapporti transnazionali, potrebbe essere difficile l'individuazione dell'autorità competente di un altro Stato membro, dovendosi ritenere che il sistema a tutela del minore è comunque chiuso dal citato articolo 20, che permette all'autorità "incompetente" di adottare i provvedimenti urgenti necessari per la salvaguardia del superiore interesse del minore, provvedimenti destinati a rimanere efficaci sino all'adozione di specifici interventi emessi dall'autorità dello Stato membro competente in virtù del regolamento.

** ** *

Il Governo italiano propone quindi alla Corte di risolvere il primo quesito nel senso che il regolamento n. 2201/2003 sia applicabile all'esecuzione di tutte le parti di una decisione, come quella della fattispecie, riguardante la presa in carico e la collocazione immediata di minori al di fuori della propria famiglia presso una famiglia affidataria e adottata come un'unica decisione di diritto pubblico nell'ambito della tutela dei minori.

Il Governo italiano propone inoltre alla Corte di risolvere il secondo quesito nel senso che la nozione di "residenza abituale" di cui all'art. 8 del regolamento debba essere intesa come dimora stabile in uno Stato membro anche

se il minore soggiorni temporaneamente in un altro Stato membro in cui non ha fissa dimora.

Il Governo italiano propone inoltre alla Corte di risolvere il terzo quesito nel senso che, nel caso in cui il minore si trovi in uno Stato membro diverso da quello della sua residenza abituale, può essere adottato un provvedimento conservativo urgente di presa in carico (sul fondamento dell'art. 20, n. 1 del regolamento) in tale Stato membro, in conformità del diritto nazionale di tale Stato e senza che vi sia un obbligo di deferimento d'ufficio al giudice dello Stato membro competente, rimanendo efficace il provvedimento provvisorio del giudice "incompetente" sino all'adozione di misure sostitutive da parte del giudice competente.

Il Governo italiano propone infine alla Corte di risolvere il quarto quesito nel senso che, qualora il giudice dello Stato membro non abbia alcuna competenza, debba limitarsi a dichiarare l'irricevibilità della causa, dovendosi ritenere sufficientemente tutelato l'interesse del minore dalla possibilità di adottare misure urgenti ai sensi dell'art. 20 del regolamento.

Roma, 24 aprile 2008

Avv. Wally Ferrante

Causa C-538/07 - Materia trattata: diritto delle imprese - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Italia) il 3 dicembre 2007 - Assitur Srl/Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano. (Avvocato dello Stato G. Fiengo – AL 4987/08).

LA QUESTIONE PREGIUDIZIALE

Se l'art. 29 della direttiva 92/50/CE (ora sostituito dall'art. 45, comma 2 della direttiva 2004/18/CE), nel prevedere sette ipotesi di esclusione dalla partecipazione agli appalti di servizi, configuri un "numerus clausus" di ipotesi ostative e, quindi, inibisca all'art. 10 comma 1 bis della legge n. 109/94 (ora sostituito dall'art. 34, ultimo comma, D.Lgs. n. 136/06) di stabilire il divieto di partecipazione simultanea alla gara per le imprese che si trovino tra loro in rapporto di controllo.

IL FATTO

L'Assitur s.r.l. presentava ricorso al TAR Lombardia per l'annullamento della determinazione n. 712 del 2 dicembre 2003 del Segretario Generale del Servizio Economato, Appalti, e Contratti della CCIAA di Milano con la quale è stato aggiudicato alla Società SDA Express Courier S.p.A. l'appalto del servizio di corriere per il triennio 2004-2006.

In particolare, nel ricorso la ricorrente lamentava la violazione e falsa applicazione dell'art. 10 comma 1 bis della legge 109/1994, sostenendo che l'Amministrazione appaltante avrebbe dovuto escludere dalla gara le società che erano risultate in una situazione di controllo ex art. 2359 del codice civile.

Il TAR Lombardia con ordinanza n. 154/07 del 5 dicembre 2006 rimetteva alla Corte di Giustizia la questione pregiudiziale relativa all'interpretazione dell'art. 29 della direttiva 92/50/CE che coordinava le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi.

LA POSIZIONE DEL GOVERNO ITALIANO

«La questione viene posta dal giudice *a quo* come problema d'interpretazione dell'art. 29 della direttiva 92/50/CE: si tratterebbe di stabilire se le cause di esclusione della partecipazione ad un appalto previste dalla normativa comunitaria siano tassative, o in caso contrario, se è previsto in capo agli Stati membri una discrezionalità in materia.

È noto al riguardo che nella sentenza 9 febbraio 2006 nei procedimenti riuniti C-226/04 e C228/04 la Corte di Giustizia ha affermato che *“In tale contesto di coordinamento, l'art. 29 della direttiva prevede sette cause di esclusione dei candidati dalla partecipazione ad un appalto... Questa disposizione lascia l'applicazione di tutti questi casi di esclusione alla valutazione degli Stati membri, come risulta dall'espressione «può venire escluso dalla partecipazione ad un appalto (...)», che figura all'inizio della detta disposizione, e rinvia, sub e) e f), esplicitamente alle disposizioni legislative nazionali”* (punto 21).

La Corte in particolare affermava che *“come fa giustamente osservare la Commissione delle Comunità europee, la disposizione considerata fissa essa stessa i soli limiti della facoltà degli stati membri, nel senso che questi non possono prevedere cause di esclusione diverse da quelle ivi indicate...”* (punto 22).

“Di conseguenza, l'art. 29 della direttiva non prevede in materia una uniformità di applicazione delle cause di esclusione ivi indicate a livello comunitario, in quanto gli Stati membri hanno la facoltà di non applicare affatto queste cause di esclusione, optando per la partecipazione più ampia possibile alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, o di inserirle nella normativa nazionale con un grado di rigore che potrebbe variare a seconda dei casi, in funzione di considerazioni di ordine giuridico, economico o sociale prevalenti a livello nazionale. In tale ambito, gli Stati membri hanno il potere di alleviare o di rendere più flessibili i criteri stabiliti dall'art. 29 della direttiva” (punto 23).

La giurisprudenza quindi riconosce in linea di massima agli Stati membri una facoltà sull'applicazione delle cause di esclusione di cui all'art. 29 della direttiva prevedendo in capo agli Stati la possibilità di inserirle nella normativa nazionale con un grado di rigore che potrebbe variare a seconda dei casi, in funzione di considerazioni di ordine giuridico, economico o sociale prevalenti a livello nazionale.

Si tratta di verificare nel caso di specie:

- a) se, con la norma nazionale indicata, ci si trova effettivamente di fronte ad una vera e propria causa di esclusione;
- b) se la flessibilità dell'elencazione delle cause di esclusione, riportata

all'articolo 29 della direttiva, valga anche nel senso della possibilità per il legislatore nazionale di introdurre limiti alla partecipazione, specificatamente finalizzati a salvaguardare il principio comunitario dell'effettività di una gara (tutela della concorrenza).

Il legislatore nazionale, nella formulazione vigente della norma (articolo 34 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, specificatamente riportato a pag. 13 dell'ordinanza di rinvio), stabilisce che: *“Non possono partecipare alla medesima gara imprese che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'art. 2359 del codice civile. Le stazioni appaltanti escludono altresì dalla gara i concorrenti per i quali accertano che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale sulla base di univoci elementi”*.

Le differenze tra le cause di esclusione previste in via generale dalla direttiva e la disposizione nazionale sono evidenti: le prime afferiscono a posizioni personali (e generali) delle imprese, mentre la disposizione nazionale prende in esame e disciplina “oggettivamente” la qualità delle singole offerte, per escludere dalla gara quelle che solo apparentemente hanno caratteristiche di un concorso in una gara mentre in realtà sono il frutto di una decisione concordata in un unico centro decisionale. Ed è altresì ragionevole che l'esistenza di una situazione di controllo ex art. 2359 c.c. esima la stazione appaltante da ogni ulteriore verifica circa l'esistenza di univoci elementi atti a falsare in concreto l'effettività di una gara.

Non ci si trova quindi di fronte ad una causa d'esclusione (personale) di una impresa dalla partecipazione agli appalti, ma alla necessità della stazione appaltante di assumere misure idonee a ripristinare l'effettiva concorrenzialità di una gara, che risulta falsata da accordi o predeterminazioni della condotta di gara da parte degli stessi concorrenti. Più che una mancanza di legittimazione dell'impresa ad offrire (causa d'esclusione) la materia appare disciplinata come vera e propria invalidazione dell'offerta: le imprese collegate possono tutte essere invitate ad offrire ma possono ragionevolmente proporre una sola offerta valida.

Sotto altro profilo, quand'anche la formulazione della norma nazionale – soprattutto laddove richiama la situazione di collegamento ex art. 2359 c.c. come presunzione di invalidità non superabile da prova contraria – dovesse essere intesa (ed operare) come causa di esclusione, il divieto introdotto configura come un corollario implicito di un “principio derivato” del principio di concorrenza e quindi, dettato in stretta aderenza con il Trattato C.E. (ed in particolare con gli art. 81 e seguenti) a norma del quale ogni offerta nelle gare indette all'interno del mercato unico deve essere valutata in modo che non sia impedito, ristretto o falsato il confronto fra le stesse.

La norma nazionale ha lo scopo di attuare il principio di carattere generale volto alla repressione di ogni potenziale collusione fra i partecipanti ad una pubblica gara, ove legati da stretti vincoli tra di loro. Tale principio è stato confermato dal D.Lgs 163 del 2006 che estende detto divieto anche alle pubbliche gare di fornitura e per la prestazione di servizi e non è in nessun caso in contrasto con l'art. 29 della direttiva 92/50/CE, in quanto detto

principio non estende l'area delle preclusioni poste a carico dei singoli, che tali debbono restare anche in virtù dell'esigenza di certezza del diritto, operando esso esclusivamente sul rapporto che *ex ante* si sia costituito fra imprese singolarmente ed autonomamente legittimate a partecipare alla gara alla sola condizione che resti assente l'impresa con la prima strettamente collegata.

La previsione si inquadra, pertanto nell'ambito dei divieti normativi di ammissione alla gara di *offerte* provenienti da soggetti che, in quanto legati da una stretta comunanza di interessi caratterizzata da una certa stabilità, non sono ritenuti dal legislatore in grado di formulare offerte contraddistinte dalla necessaria indipendenza, serietà ed affidabilità.

La giurisprudenza nazionale riconosce a tale statuizione valore di norma di ordine pubblico: viene tutelato il corretto e trasparente svolgimento delle gare ad evidenza pubblica, nelle quali il libero gioco della concorrenza e del libero confronto, finalizzati alla scelta del "giusto" contraente, risulterebbe irrimediabilmente alterati dalla eventuale presentazione di offerte che, pur provenendo formalmente da due o più imprese giuridicamente diverse, siano sostanzialmente riconducibili ad un medesimo centro di interessi, tale essendo quello che si realizza concretamente nelle ipotesi di controllo o collegamento societario indicato dall'art. 2359 del codice civile.

Il Trattato CE nell'enunciare il principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza prevede, al fine di raggiungere i propri obiettivi tre mezzi: l'instaurazione del mercato comune, l'Unione Economica Monetaria e l'attuazione delle politiche ed azioni comuni.

Per quest'ultimo fine, il Trattato CE prevede un regime diretto a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno (Trattato Ce art. 3 lett. g); la politica comune della concorrenza è poi disciplinata dagli art. 81 (cartelli), 82 (abuso di posizione dominante) e seguenti del Trattato. Il giudice comunitario ha fondato l'obbligo per gli Stati membri di non adottare o mantenere in vigore misure, anche di natura legislativa o regolamentare, che possano rendere praticamente inefficaci le regole di concorrenza applicabili alle imprese dalla lettura congiunta degli articoli 3, lett. g), 10, e 81.

Le stesse disposizioni di coordinamento comunitario delle procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti pubblici perseguono l'obiettivo di "assicurare l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza" (considerando 2 della direttiva 2004/18/CE).

È evidente che la disposizione nazionale di cui si tratta sia una norma a tutela della concorrenza per il mercato, impedendo che partecipino ad una medesima gara concorrenti tra di loro in una delle situazioni di controllo ex art. 2359 c.c.; alla loro contestuale partecipazione, infatti, consegue la presentazione di offerte sostanzialmente riconducibili ad un medesimo centro di interessi. Conseguentemente, la disciplina in questione rappresenta un'esplorazione del principio di concorrenza, oltre che l'attuazione di norme primarie del Trattato CE.

Pertanto il Governo italiano suggerisce alla Corte di rispondere alla domanda pregiudiziale formulata dal Tribunale Amministrativo della

Lombardia, sezione terza, alternativamente nel senso che:

L'articolo 29 della direttiva 92/50/CE nel prevedere le cause di esclusione non disciplina le questioni relative alla validità di più offerte provenienti da un unico centro decisionale e/o da imprese collegate.

L'articolo 29 della direttiva 92/50/CE nel prevedere sette ipotesi di esclusione della partecipazione agli appalti di servizi, non esclude che – in stretta aderenza alle finalità del Trattato – gli Stati membri possano disciplinare come cause d'esclusione altre situazioni oggettive nelle quali una pluralità delle offerte non assicura l'effettiva concorrenzialità delle stesse.

Roma, 29 marzo 2008

Avv. Giuseppe Fiengo»

Cause riunite C-570/07 e C-571/07 - Materia trattata: libertà di stabilimento - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Spagna) il 24 dicembre 2007 e il 27 dicembre 2007. Ricorrenti: José Manuel Blanco Perez e Maria del Pilar Chao Gomez. (Avvocato dello Stato G. Fiengo – AL 16694/08).

LE QUESTIONI PREGIUDIZIALI

Se l'art. 43 CE osti a quanto stabilito dagli artt. 2-4 del decreto del Principato delle Asturie 19 luglio 2001, n. 72, sull'apertura e l'esercizio di farmacie e dispensari, nonché ai punti 4, 6 e 7 dell'allegato a tale decreto. (C-570/07)

Se l'art. 43 CE osti alle disposizioni normative della Comunità autonoma del principato delle Asturie in materia di autorizzazione all'apertura di farmacie. (C-571/07)

IL FATTO

La sig.ra Maria del Pilar Chao Gómez ed il sig. José Manuel Blanco Pérez sono due cittadini di uno Stato membro dell'Unione europea – la Spagna – in possesso del titolo di farmacisti. I due ricorrenti non sono mai stati titolari di un proprio esercizio farmaceutico, ma hanno svolto la loro professione per diversi anni come dipendenti presso una farmacia veterinaria.

I ricorrenti hanno impugnato la decisione adottata il 14 giugno 2002 dalla Consejería de Salud y Servicios Sanitarios del governo del Principato delle Asturie per bandire un concorso per l'apertura di farmacie nel Principato; la decisione del 10 ottobre 2002 del Consejo de Gobierno asturiano, che conferma la decisione del 14 giugno 2002; il decreto del Principato del 19 luglio 2001, sull'apertura e l'esercizio di farmacie e dispensari nel Principato delle Asturie. Tale decreto è stato adottato in virtù dell'art. 103 n. 3 della Ley General de Sanidad (Testo Unico delle leggi sanitarie) e dell'art. 88, n. 1, lett. a), della legge 20 dicembre 1990, n. 25, sui prodotti farmaceutici, divenuto art. 84, n. 2, lett. a), della legge 26 luglio 2006, n. 29, che fissa parimenti i criteri seguiti dalle Amministrazioni sanitarie per la pianificazione del servizio farmaceutico.

Le disposizioni che il Tribunal Superior de Justicias delle Asturie è tenuto ad applicare in concreto sono: gli artt. 2 e 6 del decreto 72/2001, con l'Allegato "Tabella dei criteri di selezione per l'accesso alla titolarità di una farmacia"; artt. 2 e 3 della legge 16/1997 e dell'art. 84, n. 2, lett. a) della legge 29/2006.

La Sezione del contenzioso amministrativo del Tribunal Superior de Justicias delle Asturie con l'ordinanza del 22 ottobre 2007 rimetteva la questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia per ottenere una pronuncia sulla compatibilità delle disposizioni normative della Comunità autonoma del Principato delle Asturie in materia di autorizzazione all'apertura delle farmacie con l'art. 43 CE.

La medesima Sezione del Tribunal Superior de Justicias delle Asturie – in relazione alla stessa vicenda – rimetteva una ulteriore questione pregiudiziale con l'ordinanza del 26 ottobre 2007 relativa alla compatibilità dell'art. 43 CE con quanto stabilito agli artt. 2-4 del decreto del Principato delle Asturie 19 luglio 2001, n. 72, sull'apertura e l'esercizio di farmacie e dispensari.

In ragione della stretta correlazione le due questioni pregiudiziali sono state riunite in un unico giudizio.

Nello specifico, le questioni pregiudiziali sottoposte in questa sede chiedono alla Corte di Giustizia di statuire sull'effettiva compatibilità tra principio comunitario della libertà di stabilimento ex art. 43 CE, da una parte, e disposizioni che prevedono il contingentamento dell'apertura di nuove farmacie in ragione del numero degli abitanti (una farmacia ogni 2800 abitanti con un bacino d'utenza minimo di 2000 abitanti) e l'obbligo di distanze minime tra gli esercizi farmaceutici (250 metri), dall'altra.

A giudizio del remittente la limitazione del numero delle farmacie non è la misura più efficace per garantire l'erogazione adeguata di un servizio essenziale come quello farmaceutico. Anzi, una regolamentazione meno restrittiva nella concessione di autorizzazioni si dimostrerebbe maggiormente idonea a garantire la presenza di esercizi farmaceutici a disposizione di tutti gli utenti. La possibilità di aprire farmacie senza limiti infatti – nelle previsioni del giudice di rinvio – avrebbe come unico effetto il potenziamento dell'offerta del servizio senza comportare alcun pericolo disservizio nelle zone meno popolate (anche se sembra difficile pensare seriamente che un farmacista, incurante delle regole del mercato, decida di aprire comunque una farmacia anche laddove la domanda è molto bassa).

Il giudice remittente afferma apertamente di aver dato seguito alla richiesta di rinvio pregiudiziale in forza del parere motivato della Commissione del 18 luglio 2007, DA/203371.

LA POSIZIONE DEL GOVERNO ITALIANO

«Il quesito così come formulato è irricevibile per mancata espressa indicazione delle norme impugnate. Dalla lettura delle ordinanze di remissione non è assolutamente certo quali siano le norme dell'ordinamento spagnolo la cui congruenza con le norme del Trattato si intende verificare. I riferimenti

normativi sono molto generici e del tutto confusi; non è affatto chiaro se il giudice di rinvio voglia indagare sulla ostaticità dell'art. 43 a tutta la disciplina asturiana in tema di autorizzazione all'apertura di nuove farmacie, o se invece intenda solamente riferirsi al principio della pianta organica. Si legge in una delle ordinanze di rinvio che: “ *i dubbi circa la conformità del decreto al diritto comunitario non toccano la sua complessiva economia, ma solo alcune disposizioni fra quelle indicate dai ricorrenti; sono fatte salve, invece, le altre disposizioni che, pur impugnate, non suscitano problemi a giudizio di questo Tribunale o che sono state impugnate per motivi ulteriori rispetto ad una vera e propria violazione del diritto comunitario*”.

Indicazioni normative così generiche rendono il quesito irricevibile come risulta da giurisprudenza costante di codesta Corte: “*L'esigenza di giungere ad 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.*

A tale riguardo, le informazioni fornite e le questioni poste nelle decisioni di rinvio pregiudiziale devono non solo permettere alla Corte di fornire risposte utili, ma altresì dare ai governi degli Stati membri nonché alle altre parti interessate la possibilità di presentare osservazioni ai sensi dell'art. 20 dello Statuto della Corte.

Incombe alla Corte di vigilare affinché tale possibilità sia salvaguardata, tenuto conto del fatto che, a norma della suddetta disposizione, alle parti interessate vengono notificate solo le decisioni di rinvio.

È pertanto manifestamente irricevibile, in quanto non consente alla Corte di fornire un'interpretazione utile del diritto comunitario, la domanda di un giudice nazionale la cui ordinanza di rinvio non contiene precisi quesiti né consente di risalire con certezza alle questioni sulle quali esso desidera che la Corte si pronunci in via pregiudiziale, né contiene infine sufficienti indicazioni atte a soddisfare le esigenze sopra richiamate”. (Causa C-307/95).

Anche l'indicazione *de relato* dal parere della Commissione del 18 luglio 2007 (DA/203371), presente in entrambe le ordinanze, non è congrua in relazione alla ricevibilità dei quesiti: il contenuto di tali atti è disposizione solo delle parti e dell'organo giudicante, e non di altri. Pertanto, anche in questo caso il governo italiano, trovandosi nell'impossibilità di avere un'effettiva conoscenza delle norme impuginate, non può formulare quelle osservazioni puntuali e circostanziate cui avrebbe diritto (ricadendo le conseguenze della decisione sulla questione pregiudiziale anche nell'ordinamento italiano).

La ricevibilità del ricorso risulta anche compromessa dalla funzione, del tutto impropria, che il giudice di rinvio sembra attribuire alla Corte di Giustizia chiedendo a quest'ultima di pronunciarsi sulla non ostaticità dell'art. 43 CE rispetto alla normativa asturiana. È pacifico, infatti, che spetta ai giudici nazionali il sindacato di compatibilità del diritto interno con quello comunitario. Per contro, infine, la stessa giurisprudenza comunitaria citata dal giudice *a quo* per sorreggere le sue domande pregiudiziali non è assolutamente pertinente.

Nel merito è possibile affermare, non senza difficoltà, che l'ordinanza del giudice *a quo* abbia ad oggetto il cosiddetto "*principio della pianta organica*". Tale principio subordina l'autorizzazione all'apertura di una farmacia, non solo al possesso del titolo di farmacista da parte del richiedente, ma anche ad un criterio demografico e al rispetto di determinate distanze tra un esercizio farmaceutico e l'altro.

La scelta legislativa di contingentare l'apertura delle farmacie in riferimento a precisi indici demografici – condivisa da molti Stati membri tra cui Italia – affonda nell'esigenza di garantire una presenza capillare su tutto il territorio di un servizio pubblico essenziale, quale quello farmaceutico. La farmacia, infatti, è il primo presidio medico sul territorio e pertanto deve essere garantito nei limiti di un bacino ragionevole di utenza, individuato dal decreto asturiano dalla proporzione di una farmacia ogni 2800 abitanti e in caso di popolazione eccedente è possibile la creazione di una nuova farmacia ogni 2000 abitanti.

Anche la determinazione di una distanza minima tra un esercizio e l'altro risponde alle caratteristiche del servizio pubblico. La farmacia, infatti, non è un comune esercizio commerciale, non risponde alle logiche di mercato, ma alle esigenze pubbliche di tutela della salute. La "missione" del farmacista è specificamente quella di partecipare attivamente con la sua professionalità proprio al momento della vendita della medicina.

Gli stessi parametri di popolazione e distanza che presiedono alla "pianta organica" non sono assoluti, ma sono suscettibili di sostanziale "deroga" in ossequio a primarie e motivate esigenze di pubblico servizio. La stessa legge, nell'indicarli, usa il termine "di norma", indicando con tale termine l'essere i parametri adattabili in ogni momento alle esigenze di un servizio pubblico più consono alle esigenze degli utenti. Si osserva che recentemente la Corte costituzionale italiana è intervenuta sulla questione affermando: *«la possibilità di istituire nuove sedi farmaceutiche, ove si constati l'insufficienza delle farmacie istituite in applicazione dell'ordinario criterio demografico, tramite un apprezzamento concreto delle esigenze di assistenza farmaceutica della popolazione in relazione allo stato dei luoghi. Se, infatti, il diritto alla salute, costituzionalmente riconosciuto dall'art. 32 della Costituzione, non comporta l'obbligo per il legislatore di rimuovere qualsivoglia condizione obiettiva all'istituzione di farmacie, al contrario ne legittima la programmazione allo scopo «di garantire la più ampia e razionale copertura di tutto il territorio nell'interesse della salute dei cittadini»...»*; (sent. n. 76/08).

In merito alla preferenza che Principato delle Asturie che riconosce a coloro i quali abbiano prestato servizio nelle Asturie e/o abbiano esercitato la professione di farmacista a qualsiasi titolo in un comune con meno di 2800 abitanti negli ultimi 15 anni, il governo italiano non ha osservazione da svolgere se non quella che nell'ordinamento spagnolo spetta alle Comunità autonome definire i procedimenti e le modalità concrete per realizzare il contingentamento dell'apertura di nuove farmacie al fine di tenere nella giusta considerazione le peculiarità di ciascun territorio.

Appaiono invece assolutamente coerenti l'applicazione dei criteri di merito e l'idoneità propri delle selezioni per il pubblico impiego: anche se i farmacisti non sono dipendenti pubblici è compatibile con l'ordinamento comunitario qualsiasi criterio non discriminatorio atto a ricoprire con pubblici concorsi una posizione di vantaggio derivante dall'esercitare un pubblico servizio dell'attività in questione.

È d'altronde proprio la logica del servizio pubblico a giustificare la "pianta organica" e la disciplina delle distanze. Il servizio farmaceutico si inserisce nel più grande insieme del servizio sanitario nazionale, e le singole farmacie costituiscono i suoi terminali sul territorio. Spetta quindi a chi gestisce il servizio deciderne i criteri di insediamento per soddisfare la massa indeterminata di cittadini che si trovino nelle condizioni di chiederlo. Lo Stato può conseguire i propri fini anche indirettamente, avvalendosi dell'opera di persone che, pur rimanendo fuori della sua organizzazione, curano in vario modo la soddisfazione degli interessi pubblici. Tali soggetti rimangono privati ma la loro attività è pubblica perché soddisfa degli interessi pubblici. Infine, trattandosi di servizio pubblico è naturale che chi è preposto alla realizzazione di questi fini abbia la piena facoltà di determinare le modalità con le quali perseguire l'interesse pubblico, prima tra tutte la pianta organica dell'organizzazione cui è preposto.

Il rapporto tra farmacista e malato conosce una disciplina differente tra uno Stato membro e l'altro in ragione dell'esigenze presentate dalla tutela del diritto alla salute in un certo territorio ed anche della considerazione costituzionale di tale diritto all'interno degli ordinamenti nazionali. A ciò si aggiunga che in molti Stati membri – come l'Italia e la Spagna – la protezione della salute è considerata un diritto fondamentale dei cittadini ed un servizio pubblico di responsabilità delle attività nazionali competenti.

La Comunità europea – pienamente consapevole dei maggiori livelli di efficienza in termini di tutela del diritto alla salute degli Stati membri – si è sempre ritenuta incompetente non solo a concedere, ma anche ad armonizzare le condizioni di rilascio delle autorizzazioni alla fornitura di medicinali al dettaglio: "... a tale proposito occorre constatare che la vendita di medicinali ai consumatori finali non costituisce oggetto di armonizzazione comunitaria (sentenza 11 dicembre 2003, causa C-322/01, Deutscher Apothekerverband).

La Comunità non deve solo contribuire a raggiungere un elevato livello di protezione della salute (art. 3 CE), ma ha anche il compito di garantire questo stesso livello di protezione nella definizione e nell'attuazione di tutte le sue politiche ed attività (art. 152, n. 1, CE). Ergo la protezione ed il potenziamento delle attività economiche non può prescindere dalle primarie esigenze di tutela del diritto alla salute.

La Comunità, inoltre, deve rispettare del tutto le competenze attribuite agli Stati membri in materia di organizzazione e fornitura di servizi sanitari (art. 152, n. 5, Trattato) proprio per garantire il livello più elevato della tutela del diritto alla salute. Difatti, "secondo una giurisprudenza costante, tra i beni o gli interessi protetti dall'art. 30 CE, la salute e la vita delle persone occupano il primo posto e spetta agli Stati membri, entro i limiti imposti dal

Trattato, stabilire il livello al quale essi intendono assicurarne la tutela” (si vedano le sentenze: Schumacher, punto 17; Eurim Pharm, punto 26; Ortscheit, punto 16). “Tuttavia, una normativa o una prassi nazionale che può avere un effetto restrittivo... è compatibile con il Trattato solo se sia necessaria per un’efficace tutela della salute e della vita delle persone. Una normativa o una prassi nazionale non fruiscono della deroga dell’art. 30 CE qualora la salute e la vita delle persone possano venire protette in modo altrettanto efficace con provvedimenti meno restrittivi...”. (Schumacher, punto 17 e 18; Eurim Pharm, punto 27; Delattre, punto 53).

Rinunciare alla pianta organica e lasciare l’apertura delle farmacie nella piena disponibilità dei privati non è indolore per gli utenti in termini di assistenza farmaceutica adeguata, di utilizzo razionale dei farmaci ed in ultima analisi di diritto alla salute.

In Spagna, infatti, il sistema sinora adottato ha consentito di garantire l’accessibilità di tutta la popolazione ad un servizio di pubblico interesse, indipendentemente dalla residenza in una zona rurale o urbana, in piena applicazione del principio di equità che ispira il sistema sanitario nazionale.

Il sistema asturiano di contingentamento dell’apertura di nuove farmacie non risulta sproporzionato, se si pensa che in altri paesi (la Svezia) è la stessa amministrazione pubblica con la sua necessaria rigida pianta organica a controllare direttamente la vendita al dettaglio dei medicinali. (caso Hanner, C-438/02).

** ** *

Per concludere si chiede che, previa verifica della ricevibilità dei quesiti pregiudiziali proposti, codesta Corte voglia ritenere che l’articolo 43 del Trattato non osta alla possibilità di disciplina dell’attività farmaceutica come servizio pubblico, con conseguenze predisposizione di piante organiche in relazione ai bacini potenziali di utenza ed alle distanze.

Roma lì 21 maggio 2008

Avv. Giuseppe Fiengo»

Causa C-14/08 - Materia trattata: spazio di libertà, sicurezza e giustizia – Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dallo Juzgado de Primera Instancia e Instruccion n. 5 de San Javier (Spagna) il 14 gennaio 2008 – Roda Golf & Beach Resort, S.L. (Avvocato dello Stato W. Ferrante – AL 16698/08).

LE QUESTIONI PREGIUDIZIALI

1) *Se rientri nell’ambito di applicazione del regolamento del Consiglio n. 1348/2000 la comunicazione esclusivamente di atti extragiudiziali fra persone private utilizzando i mezzi materiali e personali dei tribunali e delle corti dell’Unione Europea e la relativa normativa europea senza che sia stato avviato alcun procedimento giudiziario.*

2) *Se il regolamento n. 1348/2000 si applichi esclusivamente nell’ambito della cooperazione giudiziaria fra Stati membri e di un procedimento giu-*

dizionario in corso [artt. 61, lett. c), 67, n. 1 e 65 del Trattato CE e sesto “considerando” del regolamento n. 1348/2000].

IL FATTO

La controversia è sorta in seguito al rifiuto, manifestato da un cancelliere spagnolo, in relazione alla richiesta di comunicazione di atti extragiudiziali da effettuarsi nel Regno Unito, ai sensi del regolamento n. 1348/2000, presentata da una società commerciale spagnola.

La società ha presentato, alla competente autorità spagnola, una richiesta per la notificazione di sedici lettere di risoluzione unilaterale di contratti di compravendita di immobili, da recapitare a sedici destinatari tra il Regno Unito e l'Irlanda, ritenendo di potersi avvalere del sistema di cooperazione giudiziaria previsto dal regolamento comunitario in materia di notificazioni e comunicazioni di atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile e commerciale.

L'autorità spagnola, competente all'effettuazione della notifica, ha rifiutato tale adempimento in quanto gli atti dei quali si chiedeva la notificazione non presentavano alcun collegamento con un procedimento giudiziario.

Il giudice *a quo*, con i due quesiti che, nella sostanza, pongono il medesimo problema, si chiede se la comunicazione di atti extragiudiziali fra persone private, “*utilizzando i mezzi propri dei tribunali e delle Corti dell'Unione Europea*”, possa valere anche nel caso in cui non sia stato avviato nessun procedimento giudiziario e ha rimesso, pertanto, la questione al vaglio della Corte di Giustizia delle Comunità europee.

LA POSIZIONE DEL GOVERNO ITALIANO

«Il Governo italiano ritiene che al quesito debba darsi risposta positiva. Il secondo considerando del predetto regolamento, relativo alle notificazioni e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile e commerciale, recita: “*Il buon funzionamento del mercato interno, presuppone che fra gli Stati membri sia migliorata ed accelerata la trasmissione, ai fini di notificazione e di comunicazione, degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile e commerciale*”.

Da tale assunto si desume che *ratio* del regolamento è la realizzazione dei provvedimenti necessari per il buon funzionamento della cooperazione giudiziaria.

Il legislatore comunitario, infatti, ha voluto apprestare un sistema atto a favorire l'efficacia e la rapidità dei procedimenti giudiziari in materia civile e commerciale, prevedendo che la trasmissione degli atti, giudiziari ed extragiudiziali, all'estero, avvenga in modo diretto e con mezzi rapidi tra gli organi designati dagli Stati membri (vedasi, in proposito, il sesto considerando del regolamento).

Le disposizioni del regolamento trovano il loro fondamento giuridico negli art. 61, lett. c, 65 e 67 n. 1, del Trattato CE che prevedono la creazio-

ne di “*misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile*” (art. 61 lett. c), tra le quali quelle atte al “*miglioramento e alla semplificazione del sistema per la notificazione transnazionale degli atti giudiziari ed extragiudiziari*” (art. 65 lett. a), “*allo scopo di istituire progressivamente uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia (...)*” (art. 61).

Il giudice remittente si chiede come debba essere interpretata la nozione di atti extragiudiziali.

La lettera della norma porterebbe a sostenere un’interpretazione estensiva della nozione, comprendendo nella stessa tutti gli atti, anche di provenienza e formazione privata, senza che debba necessariamente essere presente un collegamento con un procedimento giudiziario in corso.

Infatti, l’articolo 16 del regolamento 1348/2000 (vedasi ora il regolamento n. 1393/2007 che ha abrogato il regolamento 1348/2000, senza apportare sul punto modifiche sostanziali), prevede che: “*gli atti extragiudiziali possono essere trasmessi ai fini della notificazione o della comunicazione in un altro Stato membro, a norma delle disposizioni del presente regolamento*”.

Quindi la norma si riferisce agli atti extragiudiziali in generale, senza specificare quali siano gli atti rientranti nella categoria e soprattutto senza precisare se tali atti possano prescindere dalla pendenza di un procedimento giudiziario.

Tuttavia, si pone un problema ermeneutico per la nozione di atti extragiudiziali, analizzando i contenuti della decisione 2001/781/CE (come modificata dalla decisione 2002/350/CE), nella quale la Commissione ha elaborato “*un repertorio, nelle lingue ufficiali dell’Unione europea, degli atti che possono essere notificati o comunicati ai sensi dello stesso regolamento*” (vedasi art. 17, lett. b, del regolamento).

Con la decisione 2001/781/CE, è stato elaborato sia un manuale, nel quale sono indicati per ogni Stato membro gli organi abilitati ad effettuare la notificazione o comunicazione, sia un repertorio (contenuto nell’allegato II della decisione reperibile sul sito della Commissione europea – Atlante giudiziario europeo in materia civile – Notificazioni e comunicazioni – Documenti) nel quale sono indicate, sempre per ogni singolo paese, le tipologie di atti che possono essere notificati o comunicati, in applicazione del regolamento.

Anche se nella premessa della decisione, viene chiarito che “*le informazioni comunicate dagli Stati membri hanno solo valore indicativo*”, tuttavia dall’esame del repertorio emergono rilevanti differenze nelle informazioni fornite dai singoli Stati.

Per quanto di interesse nella questione in esame, deve rilevarsi come l’elencazione degli atti extragiudiziali, che secondo i singoli Stati possono essere oggetto di notificazione o comunicazione ai sensi del regolamento, sia più o meno ampia.

Alcuni Paesi dell’Unione, infatti, (vedasi in particolare Lituania, Portogallo) hanno indicato nella categoria degli atti extragiudiziali, quelli diretti a tutelare, fare valere o contrastare un diritto in materia civile o commerciale, specificando in alcuni casi (Austria) che ciò può avvenire “*al di fuori dei procedimenti giudiziari*”.

Altri Stati, invece, hanno preferito aderire ad una nozione più restrittiva, riferendosi o ad atti necessariamente collegati ad un processo (Ungheria, Cipro) o ad atti formati da autorità “*ed ufficiali esercenti funzioni connesse all’amministrazione della giustizia*” (Francia) o che “*hanno la competenza ad effettuare notificazioni o comunicazioni*” (Spagna).

Altri Stati ancora (Italia, Paesi Bassi, Regno Unito, Lussemburgo), si sono limitati a riportare testualmente le parole della direttiva, senza specificare il contenuto della generica nozione di “*atti extragiudiziali*”.

In Italia, la dottrina dominante, è favorevole ad una interpretazione estensiva del termine, ritenendo che si tratti di “*fattispecie processuali*”, tra le quali ricomprendere, ad esempio, “*anche la cessione del credito*” (ex art. 1264 codice civile) e che pertanto, “*l’organo mittente può fungere da tramite anche per la notifica di atti non collegati ad un processo*” (cfr. Campeis - De Pauli in *Giustizia civile* 2001, parte II, pag. 239 ss.).

Quindi, dovrebbero ritenersi atti extragiudiziali, come suggerisce lo stesso tenore letterale del termine, tutti “*quegli atti la cui natura o importanza ne giustifica la trasmissione e la comunicazione ai destinatari secondo una procedura ufficiale*” (cfr. Sandro Merz in *Manuale pratico delle notifiche in Italia e all’Estero*, CEDAM pag. 226 e 227).

Peraltro, l’Ufficio Unico presso la Corte di Appello di Roma (autorità centrale per le richieste di notifiche che provengono dall’estero in conformità al Regolamento del Consiglio Europeo 1348/2000, nonché competente per le notifiche dirette all’estero dalla Corte d’Appello e dal Tribunale di Roma), nella prassi accetta richieste di notifica di atti extragiudiziari anche nel caso in cui non presentino alcun collegamento con procedimenti giudiziari.

Il giudice spagnolo, nella ordinanza di remissione, non ha fatto alcun cenno alla decisione della Commissione 2001/781/CE, analizzando la quale, come su detto, emergono rilevanti differenze tra gli Stati membri quanto alla individuazione della nozione di atti extragiudiziali.

Tale dato, appare imporre l’intervento chiarificatore della Corte di Giustizia, altrimenti proprio la differente interpretazione della nozione potrebbe compromettere l’intento del legislatore comunitario di favorire il funzionamento del mercato interno, in quanto gli operatori in uno Stato membro potrebbero veder rifiutata la richiesta di notifica di un atto, mentre la stessa richiesta potrebbe essere accolta in un diverso Stato.

Ad avviso del Governo italiano, appare più conforme alla ratio del regolamento sostenere un’interpretazione estensiva della nozione di atti extragiudiziali, perché in tal modo si semplifica il sistema delle notificazioni e comunicazioni di atti fra gli Stati membri, in materia civile e commerciale, migliorando la cooperazione in materia giudiziaria quando presenti implicazioni transfrontaliere.

Infatti, solo la certezza della notifica di un atto extragiudiziario raggiunta utilizzando le procedure descritte dal regolamento potrebbe nel futuro scongiurare l’insorgere di una lite tra le parti o garantire nell’eventuale controversia rapidità di definizione data la certezza della comunicazione avvenuta prima dell’instaurazione del giudizio.

Si ritiene quindi che l'interpretazione estensiva della nozione di "atti extragiudiziari" sia la più condivisibile e conforme alla ratio del regolamento CE n. 1348/2000.

** ** *

Il Governo italiano propone quindi alla Corte di risolvere i due quesiti affermando che rientra nell'ambito di applicazione del regolamento del Consiglio n. 1348/2000 la comunicazione di atti extragiudiziari fra persone private, utilizzando i mezzi materiali e personali dei tribunali e delle corti dell'Unione Europea e la relativa normativa europea, a prescindere dal fatto che sia stato avviato un procedimento giudiziario.

Roma, 23 maggio 2008

Avv. Wally Ferrante»

I PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO

A.G.S. – Parere del 7 giugno 2008 n. 75402.

Istituto Superiore per la Prevenzione e la Sicurezza del Lavoro (ISPESL) – Registrazione e utilizzo da parte di una società privata di un marchio suscettibile di ingenerare confusione (ISPEL) – Possibilità di instaurazione di azioni a tutela del marchio e di concorrenza sleale ex art. 2598 c.c. (consultivo 9940/08, avvocato G. d'Elia).

«Codesto Istituto ha richiesto parere in merito alle possibilità di tutela del nome, a fronte dell'adozione da parte di una ditta privata di un marchio atto a generare confusione e a danneggiare l'immagine e l'attività dell'ISPESL.

Questa Avvocatura osserva quanto segue.

In via preliminare, sembra alla Scrivente che la situazione potrebbe consigliare la promozione di una campagna informativa diretta agli utenti, che tenda a metterli sull'avviso dell'esistenza di soggetti, del tutto estranei rispetto all'Istituto, che offrono servizi simili cercando di ingenerare confusione sulla propria natura mediante l'adozione di ditte confondibili con la denominazione dell'Istituto medesimo.

In secondo luogo si ritiene che codesto Istituto potrebbe effettuare una comunicazione al Ministero per lo Sviluppo Economico dei fatti relativi all'ISPEL, affinché assuma gli opportuni provvedimenti riguardo all'abilitazione di quest'ultima, con particolare riguardo alla ditta adottata; nel contempo appare opportuno che codesto Istituto provveda, con apposito atto di diffida da inviare all'ISPEL, ad invitare il medesimo a cessare l'utilizzazione del proprio marchio, in quanto confondibile con la denominazione di codesto Istituto, considerata l'affinità con i servizi forniti dall'ISPESL, riservata ogni domanda giudiziale.

Opportunamente codesto Istituto ha provveduto ad informare le autorità competenti ed in particolar modo l'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato. Tale comunicazione attiva davanti all'Autorità il procedimento di tutela previsto dall'art. 8 del D.Lgs. 145/2007 in materia di pubblicità ingannevole e comparativa. In particolar modo i commi secondo e terzo dell'articolo citato attribuiscono a tale Autorità poteri inibitori della pratica commerciale ritenuta scorretta sia a livello provvisorio che definitivo. Posto che l'i-

potesi di uso ingannevole del marchio appare riconducibile alla categoria della pubblicità ingannevole, in quanto idoneo a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore nella scelta del soggetto cui rivolgersi, è da ritenere che adeguata tutela del nome dell'Istituto possa già derivare dall'espletamento dei poteri attribuiti dal decreto su citato.

Tuttavia, trattandosi di tutela avente carattere esclusivamente inibitorio, ed essendosi realizzati, nell'ipotesi di specie, gli estremi di una condotta capace di generare una responsabilità extracontrattuale, sussistono i presupposti per la proposizione anche di un'azione giurisdizionale.

Appare proponibile innanzi tutto un'azione inibitoria a tutela del diritto esclusivo alla denominazione di codesto Istituto. Infatti la società ISPEL, registrando tale marchio, appare aver violato il diritto di esclusiva del nome ISPEL in quanto ha adottato, per contrassegnare e fornire servizi dello stesso genere, un marchio simile e quindi astrattamente (ed anche concretamente) idoneo ad ingenerare confusione nei consumatori (*rectius* utenti) circa la provenienza del servizio.

Contro l'esperimento di tale azione non può essere opposto il fatto che il marchio sia stato registrato presso l'Ufficio Italiano Marchi e Brevetti e che la società ISPEL sia stata abilitata dal Ministero delle Attività Produttive all'effettuazione delle verifiche periodiche e straordinarie sulla conformità alla normativa vigente (vedi d.P.R. 462/2001) degli impianti di protezione contro le scariche atmosferiche ed i dispositivi di messa a terra degli impianti elettrici. Infatti l'ufficio Marchi e Brevetti si limita, al momento della registrazione, ad un controllo generico senza entrare nel merito delle caratteristiche del marchio, lasciando la tutela dei diritti di esclusiva derivanti da precedenti registrazioni all'iniziativa di parte. Allo stesso tempo al Ministero delle Attività Produttive non compete alcuna valutazione in merito alla liceità o meno del nome del richiedente (come correttamente osservato da codesta Amministrazione). Pertanto l'esperimento di tale azione appare assistito da un valido fondamento.

A *fortiori* la nota del 25 ottobre 2007 della Associazione Italiana Podologi costituisce prova incontestabile (e, nell'ipotesi di specie, addirittura non indispensabile) della confondibilità dei servizi provocata dalla registrazione del marchio ISPEL. Il mero riscontro della confondibilità, secondo unanime orientamento giurisprudenziale, costituisce del resto requisito sufficiente ai fini dell'esperimento dell'azione volta ad inibire l'abuso del diritto al nome per sé solo potenzialmente pregiudizievole per il relativo titolare.

Inoltre il comportamento tenuto dalla società ISPEL potrebbe giustificare anche l'esperimento di un'azione per concorrenza sleale *ex art.* 2598 c.c.. Ai fini della sussistenza di un giudizio di confondibilità "in concreto" la Cassazione ha, infatti, ritenuto sufficiente che la condotta anticoncorrenziale di uno degli imprenditori venga espletata in un ambito territoriale anche solo potenzialmente comune e che questa consista in una attività diretta ad appropriarsi illegittimamente dello spazio di mercato ovvero della clientela del concorrente, e quindi si tratti di una condotta astrattamente idonea ad arrecare allo stesso concorrente pregiudizio, pur in assenza di un danno attuale (Cass. II, 30 luglio 1996 n. 6887; Cass. SS.UU. 23 novembre 1995 n.

12103; Cass. I, 15 febbraio 1999 n. 1259; Cass. I, 14 febbraio 2000 n. 1617). Caratteristiche che sono indubbiamente riscontrabili nella condotta della società ISPEL.

Ai fini della esperibilità di tale azione è importante, però, sottolineare come si tratti di un'azione personale nascente da fatto illecito e pertanto, come tutte le azioni derivanti da fatto illecito, si prescrive, ai sensi dell'art. 2947 c.c., nel termine di cinque anni. La giurisprudenza ha chiarito che l'azione di concorrenza sleale per denigrazione commerciale deve considerarsi prescritta in relazione a comunicazioni aventi carattere effettivamente denigratorio se non è stata fornita da parte attrice alcuna prova che sono state compiute entro il quinquennio antecedente all'instaurazione della causa (Trib. Alba, 9 luglio 2005). Inoltre la Cassazione nella sentenza n. 8559 del 1994 ha ritenuto che *“l'azione di risarcimento del danno per concorrenza sleale consistente in reiterata contraffazione di brevetto si collega ad una pluralità di fatti illeciti, atteso che, indipendentemente dal carattere permanente concorrenziale in sé considerato e del relativo illecito, pregiudizi patrimoniali dal medesimo dipendente si traducono in autonomi eventi, collegati a ciascun episodio di contraffazione. Detta azione, pertanto, in applicazione a quanto disposto dall'art. 2947 c.c. comma I, è riferibile soltanto ai danni verificatisi nei cinque anni anteriori alla domanda o ad altro atto idoneo ad interrompere la prescrizione”*.

Pertanto, ai fini dell'accertamento della decorrenza del *dies a quo* della prescrizione dell'azione per concorrenza sleale (in previsione della possibile eccezione di controparte), vorrà codesto Istituto fornire la documentazione disponibile da cui sia possibile desumere l'inizio dell'attività anticoncorrenziale della società ISPEL, nonché eventuali atti idonei ad interrompere la prescrizione. Ciò ai fini della individuazione del periodo in relazione al quale debbono essere valutate le condotte anticoncorrenziali poste in essere dalla società ISPEL. Infatti occorre tener presente che il comportamento scorretto della società è configurabile soltanto a partire dal momento in cui essa ha conseguito le abilitazioni per l'effettuazione delle verifiche periodiche e straordinarie sia di dispositivi di protezione contro le scariche elettriche (decreto ministeriale del 19 dicembre 2002) sia per gli impianti di messa a terra di impianti alimentati con tensione oltre i 1000V (decreto ministeriale del 5 novembre 2003). Soltanto a partire da questo momento tra la società ISPEL e l'ente ISPESL, svolgendo essi servizi in parte uguali, si è verificata una situazione di concorrenzialità.

Occorre osservare, però, come la tutela prevista dall'art. 2598 c.c. spetti, in linea di principio, all'ente pubblico che svolge attività di impresa, per il solo fatto che tale attività è imprenditoriale e potenzialmente concorrenziale (Cass. 9665 del 23 settembre 1993). Ricorrerebbe, nell'ipotesi di specie, il requisito indispensabile della sussistenza di effettiva “concorrenzialità” tra l'Ente pubblico e la società ISPEL, nonché la conseguente idoneità della condotta della medesima società ad arrecare pregiudizio all'Ente. Tuttavia potrebbe sorgere perplessità circa la possibilità di esperire tale azione, data la natura di ente pubblico non economico dell'ISPESL. Infatti, nonostante codesto Ente svolga

comunque attività e servizi a titolo oneroso ed a pagamento da parte delle imprese che ne usufruiscono, difficile è la configurazione dell'attività dell'Ente in termini di impresa ai sensi dell'articolo 2082 c.c.. La mancanza di tale qualifica incide poi sulla sussistenza di un rapporto di concorrenza tra l'Ente e la società, dal momento che tra i fini istituzionali dell'Istituto non vi è l'obiettivo di una gestione in termini di economicità e conquista del mercato.

Al fine di poter invocare la tutela prevista dall'art. 2598 c.c. sarebbe dunque necessario che codesto Istituto fornisse – per la necessaria produzione in giudizio – precisi elementi atti a chiarire gli aspetti economico-contabili della propria attività, in particolare per quanto riguarda la liquidazione degli importi chiesti ai soggetti che usufruiscono dei servizi dell'Istituto, la loro entità, la relativa fatturazione ed esazione, ecc..

Tuttavia in nessun caso l'eventuale impossibilità di esperire tale azione impedirebbe di ricorrere, in via sussidiaria, all'art. 2043 c.c. Si ritiene, infatti, comunemente che l'articolo 2598 c.c. rappresenti una *lex specialis* rispetto all'istituto dell'illecito extracontrattuale. Tale inquadramento consente, quindi, di ricorrere all'articolo 2043 c.c. per ritenere illecito un comportamento oggettivamente, ma non soggettivamente, riconducibile all'articolo 2598 c.c., e cioè per comportamenti (come potrebbe essere l'ipotesi in questione) che possono essere qualificati alla luce delle ipotesi da detta norma contemplate, ma per soggetti che si pongono al di fuori del rapporto concorrenziale. Quindi in ogni caso sussistono, in linea di principio, i presupposti per agire in via giurisdizionale, dal momento che, ammesso che non si possa usufruire della tutela specifica e pregnante degli artt. 2599/2601, in ogni caso si ha pieno diritto alla tutela esperibile avverso una lesione del principio generale del *neminem laedere* nell'ambito dell'articolo 2043 c.c., quale quella sicuramente derivante dal comportamento scorretto della società ISPÈL.

Infatti emerge chiaramente anche dalla già citata nota del 25 ottobre 2007 dell'Associazione Italiana Podologi che detta società ha agito con la precisa volontà di approfittare della somiglianza dei due acronimi, allo scopo di trarre vantaggio e prestigio per il proprio servizio e, in virtù delle abilitazioni ottenute nel 2002 e 2003, sottrarre una parte della clientela all'ente pubblico, così provocando un pregiudizio al medesimo.

In ogni caso, al fine della determinazione del *quantum* della pretesa risarcitoria da avanzare (di cui il giudice dovrà tenere conto ai fini della valutazione equitativa dei danni ai sensi degli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c.), tenendo conto anche di quanto disposto dalla Cassazione nella sentenza 7869 del 1997 (“*il lucro cessante per effetto della concorrenza sleale per imitazione servile della forma del prodotto dell'impresa concorrente può essere determinato attraverso l'analisi dei bilanci, ovvero dai conti economici del danneggiato, purché si identifichi lo spazio di mercato dentro il quale la confondibilità è stata realizzata*”), è necessaria l'acquisizione di qualunque elemento da cui possa essere, almeno approssimativamente, valutato e concretizzato il pregiudizio subito dall'ISPÈL.

In particolar modo sarebbe necessaria un'analisi basata sui bilanci dei due organismi nel periodo delle condotte anticoncorrenziali, in maniera da apprezzare eventuali variazioni in termini di entrate ed uscite, nonché qua-

lunque atto da cui possa emergere o che l'Istituto ISPESL abbia subito un pregiudizio economicamente valutabile a causa della condotta della società ISPEL in termini di perdita di clientela (danno emergente) o che la società in questione abbia tratto vantaggio dallo spendere consapevolmente sul mercato un marchio che poteva giovare del prestigio riflesso del Ministero della Salute (lucro cessante). (...)».

A.G.S. – Parere del 19 giugno 2008 n. 80615.

Art. 14, co. 3, D.Lgs. n. 252 del 5 dicembre 2005 (consultivo 14850/08, avvocato A. Grumetto).

«(...) codesta Commissione ha richiesto l'avviso della Scrivente in ordine alla corretta interpretazione dell'articolo 14, comma 3 del decreto legislativo n. 252 del 5 dicembre 2005 relativo al riscatto della posizione dell'iscritto ad una forma pensionistica complementare in caso di premorienza dello stesso prima dell'accesso alle prestazioni pensionistiche.

L'art. 14, comma 3 del D.Lgs. cit. dispone che:

“In caso di morte dell'aderente ad una forma pensionistica complementare prima della maturazione del diritto alla prestazione pensionistica l'intera posizione individuale maturata è riscattata dagli eredi ovvero dai diversi beneficiari dallo stesso designati, siano essi persone fisiche o giuridiche. In mancanza di tali soggetti, la posizione, limitatamente alle forme pensionistiche complementari di cui all'articolo 13, viene devoluta a finalità sociali secondo le modalità stabilite con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali. Nelle forme pensionistiche complementari di cui agli articoli 3, comma 1, lettere da a) a g), e 12, la suddetta posizione resta acquisita al fondo pensione.”

Codesta Commissione formula in particolare quattro quesiti:

1) *“se l'utilizzo della congiunzione “ovvero” sia da intendere con valore disgiuntivo, così da prevedere una gerarchia tra i soggetti ivi considerati e se possa prefigurarsi una preferenza degli eredi rispetto ai terzi eventualmente designati”;*

2) *“se l'utilizzo del termine “eredi” imponga o meno di fare riferimento, per relationem, alle norme del codice civile e di prendere in considerazione tutti i soggetti che, sulla base delle norme in tema successione, legittima e testamentaria, assumono tale status”;*

3) *se il diritto al riscatto si acquisti a titolo di successione ovvero iure proprio;*

4) *se, in presenza di più aventi diritto, le somme vadano ripartite o meno in parti uguali.*

Codesta Commissione, infine, espone di aver elaborato un documento (allegato alla richiesta di parere) nel quale vengono formulate una serie di considerazioni sui vari punti sopra indicati e prospettate le possibili linee interpretative.

Letti gli atti, la Scrivente osserva quanto segue.

PRIMO QUESITO - Se l'utilizzo della congiunzione "ovvero" sia da intendere con valore disgiuntivo, così da prevedere una gerarchia tra i soggetti ivi considerati e se possa prefigurarsi una preferenza degli eredi rispetto ai terzi eventualmente designati.

Al riguardo sembra alla Scrivente preferibile attribuire al termine "ovvero" il significato di congiunzione disgiuntiva includente.

In altri termini non sembra esistere un criterio di preferenza in favore degli eredi rispetto ad eventuali terzi eventualmente designati dall'aderente.

Militano in favore di questa interpretazione le seguenti ragioni.

1) In primo luogo l'interpretazione proposta è conforme al criterio ermeneutico "*ubi voluit dixit*"; subito dopo l'inciso oggetto della presente consultazione, infatti, la disposizione prosegue stabilendo che "*in mancanza di tali soggetti, la posizione, limitatamente alle forme pensionistiche complementari di cui all'articolo 13, viene devoluta a finalità sociali secondo le modalità stabilite con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali*" (ovvero nelle forme pensionistiche complementari di cui agli articoli 3, comma 1, lettere da a) a g), e 12, resta acquisita al fondo pensione); ragion per cui, quando il Legislatore, nella stessa disposizione in esame, ha voluto istituire una relazione di preferenza fra i vari aventi diritto, ha espressamente adoperato l'espressione "*in mancanza*".

2) Come correttamente osservato anche da codesta Commissione nello studio allegato alla richiesta di consultazione, la interpretazione proposta rende la disciplina in argomento conforme al criterio che opera già per la reversibilità delle rendite pensionistiche e per i contratti assicurativi a favore dei terzi. Né sembra che il criterio proposto (che potrebbe definirsi di "valorizzazione della volontà dell'aderente") operi una rottura decisa rispetto al sistema precedente, dato che anche nel quadro della disciplina del decreto n. 124 del 1993 (come successivamente modificato), per le cd. "adesioni collettive" l'art. 10, comma 3 *ter* attribuiva una preferenza agli stretti congiunti del lavoratore (coniuge, figli e genitori) rispetto alla volontà di quest'ultimo, ma non agli altri eventuali eredi, in mancanza appunto degli stretti congiunti.

Del resto, come giustamente osservato anche da codesta Commissione, il regime attuale si discosta dal precedente almeno sotto due aspetti:

2.1) in primo luogo, per le adesioni su base collettiva, vengono in considerazione gli "eredi" (in mancanza di diversa volontà dell'aderente) e non più in primo luogo gli stretti congiunti dello stesso;

2.2) in secondo luogo, per le adesioni individuali, si dà rilievo anche alla volontà dell'aderente e non solo alla qualità di "erede".

3) Infine, il criterio interpretativo suggerito da codesta Commissione, vale a dire quello di leggere le disposizioni della disciplina in esame alla luce del criterio della "omogeneizzazione" dettato dalla legge delega, non esclude la facoltà del Legislatore delegato, ad avviso di questa Avvocatura, di modificare la disciplina del riscatto in caso di premorienza dell'aderente rispetto a quanto previsto in precedenza; e ciò in quanto, considerate le differenze esistenti fra i due regimi preesistenti (adesione collettiva e adesione

individuale) la omogeneizzazione delle forme pensionistiche in materia di tutela doveva necessariamente passare per una modifica del regime precedente con riguardo ad almeno una delle due forme.

Il criterio dell'omogeneizzazione, viceversa, ben spiega l'uniformità di disciplina con le diverse forme di tutela già viste al punto 2) della presente consultazione, sicché il criterio del "primato della volontà dell'aderente" ben può assurgere a criterio ispiratore (e chiave di lettura) dell'intera disciplina di settore.

SECONDO QUESITO - Se l'utilizzo del termine "eredi" imponga o meno di fare riferimento, per relationem, alle norme del codice civile e di prendere in considerazione tutti i soggetti che, sulla base delle norme in tema successione, legittima e testamentaria, assumono tale status.

In ordine al quesito in esame, ritiene la Scrivente che, in mancanza di una diversa volontà dell'aderente che attribuisca la facoltà di riscatto ad un terzo, la individuazione della categoria degli eredi debba essere fatta con riguardo alla disciplina del codice civile in materia, avendo presente i vari tipi di successione (legittima e testamentaria) e le varie categorie di successibili.

Quanto poi alla posizione dei cd. "legittimari", il problema si pone in presenza di un legittimario pretermesso, dato che l'avente diritto alla legittima acquista la qualità di erede solo dopo il fruttuoso esperimento dell'azione di riduzione (Cass. Civ. sez. II, n. 13804 del 15 giugno 2006).

In tal senso va corretto il riferimento nello studio elaborato dal codesta Commissione, al semplice "esperimento" dell'azione di riduzione, dato che la semplice proposizione dell'azione di riduzione non comporta l'acquisto della qualità di erede da parte dell'attore.

È infine da accogliere la interpretazione proposta con riguardo alla successione dello Stato in mancanza di altri successibili: la previsione di una disciplina specifica in materia di previdenza complementare (art. 14, c. 3 *cit.* ultimo periodo) deve ritenersi prevalente sulla disciplina generale prevista dal codice civile con l'art. 586 c.c.

TERZO QUESITO - Se il diritto al riscatto si acquisti a titolo di successione ovvero a titolo iure proprio.

Sul terzo quesito, questa Avvocatura ritiene in primo luogo che sia più corretto parlare di diritto alla posizione maturata dal *de cuis*, acquisito mediante il riscatto, anziché di diritto al riscatto *tout court*.

In altri termini, il quesito pone il problema dell'acquisto del diritto alla posizione previdenziale (se *iure hereditatis* o *iure proprio*) da parte dei soggetti legittimati a chiederne il riscatto e non quello del titolo all'acquisto di un diritto di riscatto diverso da quello avente per oggetto la posizione previdenziale.

Sulla questione così inquadrata, questa Avvocatura condivide quanto ritenuto nel più volte menzionato studio allegato alla richiesta di consultazione.

Ed invero, poiché al momento del decesso il *de cuis* potrebbe non aver ancora acquistato la possibilità di riscattare la posizione, possibilità condizionata dalla legge e dagli statuti e regolamenti della forma di previdenza al

verificarsi di ben determinati presupposti [v. art. 14 *cit.*, c. II, lett. b) e c)], il diritto alla posizione previdenziale da riscattare non può sempre dirsi già parte del patrimonio dell'aderente e come tale oggetto di devoluzione agli aventi causa secondo la disciplina della successione.

Confortano tale risultato ermeneutico le seguenti ulteriori considerazioni:

a) la natura di acquisto *iure proprio* degli aventi causa dal *de cuis* o dei soggetti da questi designati è conforme a quanto ritenuto dalla giurisprudenza (cfr. Corte di cassazione Sez. L, sentenza n. 3515 del 28 maggio 1981) con riguardo alla disciplina prevista dall'art. 2122 c.c., in relazione alla quale la facoltà del lavoratore di designare il soggetto beneficiario non implica che quest'ultimo acquisti *iure successionis*;

b) lo stesso Legislatore, nella formulazione dell'art. 14, c. 3 in esame ha adoperato la espressione “*diversi beneficiari dallo stesso designati*”, laddove, se si trattasse di acquisto *iure successionis*, sarebbe stato corretto parlare di legatari e non genericamente di beneficiari.

Tale interpretazione, del resto, sembra confermata anche dalla posizione assunta dall'Agenzia delle Entrate nella circolare n. 70/E del 18 dicembre 2007, laddove (punto 4.4.) esclude l'applicazione dell'imposta di successione alle prestazioni percepite dagli eredi.

QUARTO QUESITO - Se, in presenza di più aventi diritto, le somme vadano ripartite o meno in parti uguali.

Su tale quesito, non espressamente formulato nella richiesta di consultazione, ma conseguente alla interpretazione della materia, la Scrivente ritiene di dover dare una risposta articolata alla luce del criterio della prevalenza della volontà dell'aderente, già enucleato con riferimento al primo dei quesiti sottoposti a questa Avvocatura.

Una volta che si ritenga che il diritto alla posizione previdenziale da riscattare, in caso di premorienza dell'aderente, venga acquistato *iure proprio* e non *iure successionis*, nulla osta, ad avviso della Scrivente, che il criterio della preminenza della volontà dell'aderente si applichi anche con riferimento alla misura del concorso fra più aventi diritto.

Non può escludersi, in altri termini, che sia lo stesso aderente a determinare la quota della posizione previdenziale che spetta a ciascuno degli aventi e ciò tanto nell'ipotesi in cui concorrano solo eredi, tanto nell'ipotesi in cui concorrano solo terzi, tanto nell'ipotesi in cui concorrano eredi e terzi. La preferenza data alla volontà del disponente, che in precedenza si è vista esercitabile anche nel senso di escludere *in toto* gli eredi in favore di terzi (punto 2), deve allora riconoscersi anche in relazione alla misura del concorso fra vari aventi diritto, risolvendosi, in buona sostanza, la determinazione di quote diverse fra i vari soggetti in una esclusione parziale di alcuni di essi a vantaggio di altri.

In conclusione, solo in mancanza di diverse disposizioni dell'aderente, in presenza di più aventi diritto, la posizione va attribuita per quote uguali, secondo la regola che esclude, salvo diversa disposizione, la solidarietà attiva (arg. *ex art.* 1294 c.c.).

In tal caso, al fine di determinare la quota di concorso di ciascun avente diritto, il riferimento alla categoria degli “*eredi*” contenuta nell'art. 14 *cit.*,

non va intesa nel senso del richiamo alle norme in materia di successione e di quote spettanti ai chiamati, ma di semplice criterio di individuazione, in difetto di una diversa volontà del *de cuius*, degli aventi diritto alla posizione; ciò in analogia con la interpretazione data dalla giurisprudenza, in materia di assicurazione in favore dei terzi (art. 1920 c.c) per il caso che il contraente abbia fatto un generico riferimento agli “*eredi*” nella designazione dei beneficiari della prestazione assicurativa in caso di morte (cfr. Cass. civ. n. 4484 del 1996 e Cass. civ. n. 6531 del 2006).

Resta valida una diversa volontà degli aventi diritto per effetto di un accordo fra gli stessi, trattandosi di diritti disponibili (anche alla luce della preminenza della volontà dell’aderente nella ripartizione). (...)».

A.G.S. – Parere del 26 giugno 2008 n. 83419.

Trattamento dati sensibili attinenti lo stato di salute dell’interessato – Sospensione o revoca della patente militare e/o della patente civile (consultivo 40716/07, avvocato M. Greco).

«(...) codesto Comando Generale della Guardia di Finanza, “*allo scopo di orientare in maniera univoca l’azione amministrativa per la gestione dei rapporti di lavoro*”, chiedeva alla scrivente Avvocatura se l’Amministrazione militare potesse procedere alla trasmissione delle informazioni relative ai requisiti fisici o psichici, che avevano costituito motivo di sospensione temporanea o di ritiro definitivo della patente militare, agli Uffici competenti del Dipartimento per i Trasporti Terrestri. Si sottolineava, infatti, che la carenza dei suddetti requisiti avrebbe potuto costituire presupposto per l’adozione di analogo provvedimento anche per la patente civile.

Inoltre, trattandosi di c.d. *dati sensibili*, in quanto idonei a rivelare lo stato di salute dell’interessato, codesto Comando avanzava il dubbio di poter incorrere in taluna delle sanzioni previste dal D.Lgs.196/2003 (“Codice in materia di protezione dei dati personali”).

Sul punto, si deve anzitutto rilevare che, con *deliberazione n. 23 del 14 giugno 2007*, il Garante per la protezione dei dati personali, nell’esercizio dei poteri normativi e regolamentari generalmente riconosciuti alle Autorità amministrative indipendenti (v., da ultimo, Cons. St., parere 25 febbraio 2005, n. 11603/2004), ha approvato “*linee guida in materia di trattamento di dati personali di lavoratori per finalità di gestione del rapporto di lavoro in ambito pubblico*”. In particolare, il paragrafo 8 di detto documento è dedicato al trattamento dei “*dati idonei a rivelare lo stato di salute*”, mentre il paragrafo 8.5 è più specificamente dedicato all’“*abilitazione al porto d’armi e alla guida*”. Ebbene, mentre per le autorizzazioni di polizia per la detenzione ed il porto di armi il Garante autorizza “*di regola*” le Amministrazioni a trattare i dati relativi allo stato di salute dell’interessato, ad opposte conclusioni giunge, invece, per quanto riguarda i requisiti fisici e psichici previsti dalla legge per il conseguimento della patente di guida. Più esattamente, il Garante esclude che, *allo stato dell’attuale normativa*, esista una base giuri-

dica idonea a legittimare il trattamento *de quo* tra Amministrazione militare ed Amministrazione civile, ancorché si tratti di dati legittimamente acquisiti. Si esclude, inoltre, la riconducibilità del predetto trattamento alle finalità di rilevante interesse pubblico connesse alla gestione dei rapporti di lavoro da parte dell'amministrazione di appartenenza dell'interessato (art. 112 del c.d. Codice della *privacy*). Infine, giova sottolineare che il trattamento dei predetti dati sensibili tra l'Amministrazione militare e quella civile è ritenuto illecito in considerazione della *“diversità di presupposti per il conferimento (o l'eventuale ritiro) della patente militare rispetto a quella civile e la sfera di discrezionalità ad esse conferite”*.

Giova ricordare che, in materia di trattamento dei dati sensibili, il *Codice per la protezione dei dati personali* (D.Lgs. 196/2003) prevede delle disposizioni particolarmente stringenti. Anzitutto, è previsto che *“i dati sensibili possono essere oggetto di trattamento solo con il consenso dell'interessato e previa autorizzazione del Garante, nell'osservanza dei presupposti e dei limiti stabiliti dal presente codice, nonché dalla legge e dai regolamenti”* (art. 26, comma 1, Codice della *privacy*). Tuttavia, regole in parte derogatorie sono previste nel caso in cui a trattare i dati sensibili siano soggetti pubblici. A norma dell'art. 20, comma 1, infatti, *“il trattamento dei dati sensibili da parte dei soggetti pubblici è consentito solo se autorizzato da espressa disposizione di legge nella quale sono specificati i tipi di dati che possono essere trattati e di operazioni eseguibili e le finalità di rilevante interesse pubblico perseguite”*. Pertanto, nel caso in cui il trattamento sia effettuato da un soggetto pubblico, non sono necessari né il consenso dell'interessato né l'autorizzazione del Garante, come nel caso in cui a trattare tali dati sia un privato o un ente pubblico economico, purché, però, vi sia una espressa disposizione di legge che abbia i requisiti di cui all'art. 20, comma 1, Codice della *privacy*.

Del resto, già sotto la vigenza del pregresso art. 22 della legge 675/1996, la Suprema Corte aveva asserito che *“il trattamento dei dati sensibili, la cui legittimità, in linea generale, è ancorata alla contestuale presenza del consenso scritto dell'interessato e all'autorizzazione del Garante per la protezione dei dati personali, è consentito, da parte dei “soggetti pubblici”, anche in difetto del consenso e dell'autorizzazione, ma a condizione che vi siano: a) una rilevante finalità di interesse pubblico, b) una espressa disposizione di legge autorizzatoria, e c) una specificazione legislativa dei tipi di dati trattabili e delle operazioni eseguibili*. Inoltre, precisava la Cassazione che *“la ravvisata sussistenza di una rilevante finalità di interesse pubblico prevista dalla legge... non è quindi da sola sufficiente quando la legge non indichi (come nel caso in esame) i tipi di dati sensibili che, nell'ambito di tale finalità, possono essere trattati e le operazioni eseguibili al riguardo”* (così, Cass. Sez. I, 8 luglio 2005, n. 14390).

Tuttavia, si consideri che, nella fattispecie sottoposta all'attenzione della scrivente Avvocatura, vengono in considerazione *esigenze di tutela dell'incolumità pubblica, tali da pregiudicare la sicurezza dei terzi e della collettività intera*. Pertanto, nel caso in cui le competenti autorità militari abbiano

riscontrato la carenza dei requisiti fisici e psichici alla guida e abbiano, conseguentemente proceduto, a seconda dei casi, alla sospensione ovvero alla revoca della patente militare, nasce *l'esigenza di contemperare il diritto alla riservatezza degli interessati con le predette esigenze di tutela della pubblica incolumità*.

Si pensi al caso in cui, a fondamento del provvedimento di revoca della patente militare, vi sia stato il venir meno in capo al soggetto dei requisiti visivi prescritti dall'art. 322, d.P.R. 495/1992 (*"regolamento di esecuzione del nuovo codice della strada"*). In tale ipotesi, sembrerebbe opportuno procedere a trasmettere il dato alle competenti autorità civili per l'adozione del provvedimento di revoca anche della patente civile, e ciò al fine di evitare che il soggetto, messi alla guida di un veicolo privato, rechi danno alla collettività.

Alla luce delle considerazioni da ultimo svolte, è giocoforza concludere che la tutela dell'incolumità delle persone, e dunque di un valore fondamentale ed inviolabile, impone che l'interesse alla *privacy* venga considerato *recessivo*.

Tuttavia, poiché allo stato attuale, pare mancare nel nostro ordinamento una espressa previsione normativa che, a norma dell'art. 20, comma 1, D.Lgs. 196/2003, consenta una libera trasmissione dei dati sensibili tra Amministrazione militare ed Amministrazione civile, pare opportuno, a parere della scrivente Avvocatura, che codesta Amministrazione insista presso il Garante per la protezione dei dati personali affinché venga adottata *una apposita norma regolamentare* che autorizzi espressamente le diverse Autorità competenti al rilascio della patente di guida a comunicare l'un l'altra l'accertamento dei fatti che hanno giustificato la sospensione o il ritiro della patente per sopravvenuta inidoneità.

Del resto, la necessità di una *base giuridica* che renda legittimo il trattamento *de quo*, come si è visto, è richiesto sia dalla legge (art. 20, comma 1, D.Lgs.196/2003) sia dalla stessa Autorità Garante (cfr. *deliberazione n. 23 del 14 giugno 2007*). Dunque, l'ipotesi di *una apposita norma regolamentare autorizzatoria* sembra essere l'unica praticabile al fine di evitare di incorrere nelle sanzioni di cui al D.Lgs.196/2003.

E ciò ancor più ove si consideri che, in tema di dati sensibili, la Corte di legittimità, nella già citata sentenza, ha asserito che *"la particolare natura di tali dati, e segnatamente di quelli – riguardanti la salute e il sesso delle persone – appartenenti (come nel caso in esame) alla "species" dei cd. dati supersensibili, che investe la parte più intima della persona nella sua corporeità e nelle sue convinzioni psicologiche più riservate, è oggetto, in ragione dei valori costituzionali (artt. 2 e 3 Cost.) posti a loro presidio, di una protezione rafforzata, esplicitantesi nelle garanzie poste anche riguardo al trattamento operato dai "soggetti pubblici", garanzie che esigono il rispetto del modulo procedimentale stabilito dalla legge"* (Cfr. Cass. Sez. I, 8 luglio 2005, n. 14390).

Nelle more, le Amministrazioni potranno limitarsi a comunicare l'un l'altra semplicemente il *fatto* dell'avvenuta sospensione o revoca, senza indicare le ragioni. In altri termini, senza specificare *quale sia il dato sensibile* che sorregge l'atto. In questo modo, dunque, sembrerebbero essere corretta-

mente bilanciate esigenze entrambe meritevoli di tutela, ossia la riservatezza dell'interessato, da una parte, e l'incolumità pubblica, dall'altra (...).

A.G.S. – Parere del 3 luglio 2008 n. 86285.

Liquidazione enti disciolti – Art. 1, c. 91 legge 23 dicembre 2005, n. 266 come sostituito dall'art. 1, c. 486 legge 27 dicembre 2006 n. 296. Accordo con l'INPDAP (consultivo 13463/08, avvocato A. Grumetto).

«(...) codesto Dipartimento ha richiesto l'avviso della Scrivente in ordine alla ipotesi di accordo con l'INPDAP in fase di definizione ai sensi della normativa in oggetto.

Osserva al riguardo codesto Dipartimento quanto segue.

- L'art. 1, comma 91, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, come sostituito dall'art. 1, comma 486, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, prevede che alla definizione delle pregresse posizioni previdenziali del personale degli enti soppressi, per il quale non sia stata ancora effettuata, ai sensi degli artt. 74, 75 e 76 del d.P.R. 20 dicembre 1979, n. 761 e della legge 27 ottobre 1988, n. 482, la ricongiunzione dei servizi ai fini dell'indennità di anzianità e del trattamento integrativo di previdenza, debba provvedere la gestione previdenziale di destinazione di detto personale.

- La stessa norma prevede, altresì, che l'INPS, l'INPDAP e l'INAIL concordino con il Dipartimento, *anche in via presuntiva e a completa definizione delle predette posizioni previdenziali l'ammontare dei capitali di copertura necessari*, soggiungendo, infine, che l'INPS e l'INPDAP subentrino, a decorrere dalla data di perfezionamento dell'accordo con questo Dipartimento, al Ministero dell'Economia e delle Finanze nelle vertenze concernenti le pregresse posizioni previdenziali in questione.

- A seguito di varie riunioni e scambio di corrispondenza, necessari per una concorde quantificazione dei capitali di copertura riferiti alle posizioni previdenziali non ancora ricongiunte, l'accordo con l'INPDAP, è sostanzialmente in fase conclusiva e riguarda:

a) versamento dei contributi accantonati nei fondi integrativi di previdenza degli enti di provenienza per il personale degli enti soppressi obbligatoriamente iscritto all'INPDAP in sede di trasferimento alle Amministrazioni di destinazione;

b) definizione dei rapporti finanziari con le superstiti gestioni previdenziali ENPAS e ENPDEP, confluite nell'INPDAP, relativi al personale delle sopresse gestioni sanitarie in attività e in quiescenza al 31 dicembre 1980, data di cessazione delle predette gestioni.

- In particolare, per le residue posizioni previdenziali del personale degli enti soppressi iscritto all'INPDAP in sede di trasferimento alle Amministrazioni di destinazione (determinate in 9.949) sono stati calcolati, in via presuntiva, a titolo di contribuzione accantonata nei fondi integrativi di previdenza degli enti di provenienza, capitali di copertura per € 40.152.000,00 circa e per la definizione dei rapporti finanziari con le ex

gestioni previdenziali ENPAS ed ENPDEP, il credito INPDAP è stato quantificato in € 12.119.000,00 circa, pari alla differenza tra i valori dei capitali di copertura e le riserve risultanti dalle situazioni patrimoniali dei fondi al 31 dicembre 1980, imputabili alle ex gestioni sanitarie, detratte le anticipazioni a suo tempo corrisposte.

- Sul predetto importo di € 12.119.000,00 circa l'INPDAP, con nota dell'8 ottobre 2007, ha chiesto interessi ai sensi della legge n. 29/1979, a decorrere dal maggio 2001 (in relazione alla data di richiesta dei capitali di copertura), quantificandoli in € 4.719.000,00 circa, con conseguente determinazione dei capitali di copertura, per entrambi i titoli, in € 57.000.000,00 circa complessivi.

Riassunte le premesse della presente consultazione, ritiene la Scrivente che la richiesta dell'INPDAP non possa essere presa in considerazione.

Come puntualmente osserva codesto Dipartimento nella nota del 22 ottobre 2007 di riposta alla richiesta dell'INPDAP, l'art. 5 della legge n. 29 del 1979 non si riferisce alla fattispecie in esame, in cui non si tratta di trasferimenti di capitali di copertura per la ricongiunzione di periodi assicurativi a fini previdenziali *su richiesta dell'interessato*, ma di definire i rapporti finanziari tra l'ex IGED e le cessate gestioni ENPAS ed ENPDEP, le quali hanno continuato ad essere gestite unitariamente nell'ambito dei rispettivi fondi dalle superstiti gestioni previdenziali.

A ciò si aggiunga che l'INPDAP, nella nota del 6 marzo 2001 n. 996, aveva espressamente riconosciuto che era ancora in corso la ripartizione dei patrimoni dei fondi integrativi ex ENPAS ed ex ENPDEP tra la gestione di previdenza e quella relativa alle sopresse gestioni sanitarie (ripartizione che, a quanto emerge dalla nota del 22 ottobre 2007 di codesto Dipartimento, sarebbe avvenuta solo di recente); ragion per cui alla determinazione complessiva della somma oggetto dell'accordo si è pervenuti solo di recente e senza che il ritardo sia imputabile all'Amministrazione statale.

Il riconoscimento del diritto dell'INPDAP al pagamento di interessi sul capitale di copertura presupporrebbe la certezza sull'ammontare di tali capitali (i quali sono frutto di calcoli attuariali sulla vita media dei soggetti e sullo scarto fra questa e la vita lavorativa) nonché un ritardo colpevole nel versamento di tali capitali; laddove, per quanto detto sopra, non solo la determinazione delle somme in esame è stata ritardata dalla mancanza di elementi in possesso del solo INPDAP, ma il calcolo di tali capitali deve – per volontà del legislatore – essere effettuato attualmente ed anche in via astratta (atteso il numero ancora rilevante di posizioni da definire e la volontà di risolvere definitivamente la questione).

In un'ottica puramente civilistica, infine, non sembra che alla nota del 6 marzo 2001 dell'INPDAP possa darsi il valore di costituzione in mora di codesto Dipartimento, e ciò per il chiaro contenuto interlocutorio del suo tenore. Un tale valore, in ogni caso, sarebbe da ritenersi superato alla luce della previsione della legge finanziaria 2006, con la quale la definizione delle posizioni sospese è stata affidata ad un accordo fra lo Stato e le gestioni previdenziali di destinazione.

A rafforzare la conclusione ora raggiunta milita altresì, ad avviso della

Scrivente, il tenore letterale dell'art. 1, c. 91 della legge 23 dicembre 2005, n. 266 come sostituito dall'art. 1, comma 486 della legge 27 dicembre 2006 n. 296, laddove si dice che le gestioni previdenziali di destinazione (nel nostro caso l'INPDAP) “... concordano con il Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato del Ministero dell'economia e delle finanze, anche in via presuntiva e a completa definizione delle predette posizioni previdenziali, l'ammontare dei capitali di copertura necessari...”.

Il riferimento ai soli capitali, quale oggetto della determinazione concordata delle somme da trasferire, conforta l'avviso che il Legislatore abbia voluto così escludere qualsiasi altra posta patrimoniale accessoria.

In conclusione, la Scrivente non ritiene fondata la richiesta di pagamento degli interessi avanzata dall'INPDAP (...).

A.G.S. – Parere del 29 luglio 2008 n. 95295.

Fondo Immobili Pubblici – Esclusione dal conferimento di porzioni immobiliari ai sensi dell'art. 4 del D.L. 351/2001 (consultivo 47020/07, avvocato A.L. Caputi Iambrenghi).

«1.- È qui pervenuta dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, richiesta di parere in ordine alla interpretazione che il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ritiene di poter dare all'art. 4 del D.L. 351/2001, convertito nella legge 410/2001, interpretazione confliggente con quella formulata dal richiedente Ministero dell'Economia e delle Finanze.

Più in particolare, relativamente alla porzione di immobile (...) in uso alla Capitaneria di Porto di Genova (...), il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti dubita che le unità immobiliari nello stesso ricomprese, in quanto destinate prevalentemente ad alloggi di servizio di personale militare, debbano essere conferite nelle procedure di privatizzazione e valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico di cui all'art. 4 della ridetta legge 410/2001.

Detto Ministero invoca al riguardo la formulazione letterale dell'art. 4 citato che prevede appunto il conferimento o trasferimento dei beni immobili “.....ad uso diverso da quello residenziale....”: ritiene pertanto che, attesa la destinazione abitativa e residenziale insita negli alloggi di servizio, gli stessi si debbano considerare esclusi dal conferimento.

Oppone il Ministero dell'Economia e delle Finanze che la qualificazione uso governativo ben si addice anche all'alloggio di servizio, che presuppone assegnazioni mirate a personale soggetto ad avvicendamenti per motivi di lavoro, tanto che, in passato, relativamente alle sedi istituzionali degli Enti Previdenziali, la residenza del custode, in quanto alloggio di servizio, è stata anch'essa ricompresa nell'atto di trasferimento afferente la procedura di privatizzazione.

Sulla questione questo Generale Ufficio esprime il proprio avviso, rendendo ad entrambe le Amministrazioni Statali in indirizzo la seguente consultazione .

2.- Per quel che si desume dagli atti trasmessi, la indicata porzione di immobile ha formato oggetto di verbale di consegna “dello stabile ... appar-

tenente al demanio dello Stato da adibire ad uso di servizi dipendenti dal Ministero della Marina Mercantile” di data 8 marzo 1979: e l’Amministrazione (M.M., ora Trasporti) usuaria di tale compendio (art. 1 R.D. n. 2440/1923), lo ha utilizzato e l’utilizza, per quanto qui viene in rilievo, come alloggi di servizio assegnati a proprio personale, *id est* della Capitaneria di Porto (distintamente riconducibili alle tipologie AST, ASI e ASC) – evidentemente in applicazione delle disposizioni di cui al D.M. 28 settembre 2001 n. 414 e s.m., oltre che, per minima parte, per la sistemazione temporanea di personale corsista di passaggio (v. nota 17 ottobre 2006 n. 1569 della Direzione Marittima di Genova).

3.- Come ben noto, con il D.L. 351/2001, convertito nella legge 410/2001 il Governo ha inteso perseguire, nell’ambito di una generale esigenza di riordino, gestione e valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico, una serie di obiettivi enucleabili dalla lettura della relazione di accompagnamento (cfr. XIV Legislatura, Atto n. 1655):

ricostruire il patrimonio immobiliare pubblico;

operare la cessione dei beni non essenziali, realizzando con maggiore efficacia il processo di privatizzazione e dismissione già avviato ed in parte già in atto, con crescenti effetti di efficienza economica complessiva;

servire al mercato finanziario un prodotto (i fondi immobiliari) finora parzialmente in essere ed invece fondamentale in una congiuntura economica caratterizzata dalla crescente domanda di beni rifugio.

Il quadro normativo che emerge dalla normativa citata si presenta tuttavia complesso ed articolato, in quanto caratterizzato dalla molteplicità dei modelli e dalla varietà delle sequenze procedimentali nelle quali coesistono profili pubblicistici e privatistici.

Ed infatti per il conseguimento dell’obiettivo di cui al punto 2), la formula prescelta è stata l’istituto della cartolarizzazione di cui alla legge 30 aprile 1999 n. 130 (espressamente richiamata al comma 7 dell’art. 2 D.L. 351/2001) la quale ha consentito la dismissione degli immobili pubblici attraverso società – veicolo appositamente costituite e deputate a reperire le risorse necessarie alla restituzione del prestito contratto per l’acquisto degli stessi.

Più in particolare l’art. 1, legge 23 novembre 2001, n. 410, ha previsto la privatizzazione del patrimonio immobiliare pubblico mediante trasferimento a titolo oneroso, con uno o più decreti di natura non regolamentare del Ministro dell’Economia e delle Finanze (art. 3, comma 1), *alle società costituite ai sensi del primo periodo del comma 1 dell’art. 2 (“Il Ministro dell’Economia e delle Finanze è autorizzato a costituire o a promuovere la costituzione, anche attraverso soggetti terzi, di più società a responsabilità limitata con capitale iniziale di 10.000 euro, aventi ad oggetto esclusivo la realizzazione di una o più operazioni di cartolarizzazione dei proventi derivanti dalla dismissione del patrimonio immobiliare dello Stato e degli altri enti pubblici di cui all’art. 1”)*, ai fini della successiva rivendita.

In una ottica finalizzata a rendere la consultazione richiesta, non si può non sottolineare come il legislatore, nell’ambito della cartolarizzazione, abbia inteso confermare, sempre secondo quanto si legge nella ridetta rela-

zione di accompagnamento, “...i diritti degli inquilini degli immobili residenziali (opzione e prelazione) e le forme di tutela per le fasce più deboli dell’inquilinato, già in essere, prevedendo altresì la possibilità di cedere separatamente nuda proprietà e usufrutto...Gli stessi diritti vengono estesi ai familiari conviventi”.

Pertanto la salvaguardia delle esigenze abitative degli occupatori degli immobili, in vista della relativa cartolarizzazione, è stata garantita sia per il tramite del riconoscimento del diritto di opzione all’acquisto – ora ad un prezzo ridotto (in presenza di determinate condizioni), ora, ad un prezzo maggiore, nel caso di immobili di pregio – in favore dei conduttori stessi (cfr. art. 3 commi 3 e 3bis), sia per il tramite del riconoscimento del diritto dei conduttori al rinnovo del contratto di locazione per un periodo di nove anni a canone invariato (cfr. art. 3 comma 4), sia ancora con il riconoscimento del diritto di prelazione (cfr. art. 3 comma 5).

Sulla rispondenza dell’intera procedura di cartolarizzazione a finalità pubbliche consistenti nel reperimento di risorse economiche per lo Stato, come pure sulla conformità a canoni di giustizia ed economicità della alienazione di un immobile di pregio, seppure di proprietà pubblica, ad un prezzo maggiore, si è pronunciata la maggior parte della giurisprudenza Amministrativa (cfr. Cons. di Stato ord. sez. VI 2 agosto 2006 n. 4739; Cons. di Stato sez. IV 30 gennaio 2006 n. 308; TAR Brescia 8 novembre 2006 n. 1383).

Funzionale all’obiettivo n. 3, in alternativa alla cartolarizzazione, è stato invece previsto e disciplinato dal legislatore il conferimento di un portafoglio di beni immobili dello Stato e degli Enti Previdenziali in uno o più fondi di investimento immobiliare, le cui quote sono state collocate presso il pubblico o presso gli investitori istituzionali.

È pertanto sulla base di queste premesse che è possibile cogliere la reale portata dell’art. 4 *cit.*, il quale, così come modificato ed integrato dal D.L. n. 168/2004 art. 4, va letto nell’insieme coordinato delle due disposizioni, ed in particolare del suo co. 1 (secondo il quale “il Ministero dell’Economia e delle Finanze è autorizzato a promuovere la costituzione di uno o più fondi di investimento immobiliare, conferendo o trasferendo beni immobili ad uso diverso da quello residenziale dello Stato, dell’A..A.M.S. e degli Enti Pubblici non territoriali, individuati con uno o più decreti ...”) e del suo co. 2 *ter* (in forza del quale “gli immobili ad uso governativo conferiti o trasferiti ai sensi del co. 1 sono concessi in locazione all’Agenzia del Demanio che li assegna ai soggetti che li hanno in uso per i periodi di durata sino a nove anni rinnovabili ...”).

È proprio da tale ultima disposizione che, ad avviso di questa Avvocatura, si devono prendere le mosse per risolvere la prospettata questione della conferibilità (o meno) al fondo immobiliare degli alloggi di servizio ricompresi nell’immobile sopra menzionato e concessi dall’Amministrazione M.M. (ora Trasporti) a dipendenti della Capitaneria di Porto in base al cit. D.M. n. 414/2002.

Con la specifica previsione concernente “gli immobili ad uso governativo” – dei quali il cit. co. 2 *ter* presuppone indiscutibilmente la conferibilità

o la trasferibilità ai fondi di investimento” – il legislatore ha per gli stessi delineato un particolare “meccanismo” giuridico, concettualmente riconducibile alla alienazione con riaffitto, con le finalità, da un lato, di consentire la monetizzazione immediata del valore attuale di tali immobili a prezzi correnti (con l’assunzione di un onere continuativo per il canone locativo convenuto), e, d’altro lato, di conservare, attraverso la prevista necessaria locazione degli stessi dal fondo all’Agenzia del Demanio e la loro riassegnazione da parte della medesima Agenzia ai “soggetti che li hanno in uso”, la loro attuale destinazione ad uso governativo, pur essendo tramutato in locazione il titolo della loro detenzione.

In tale prospettiva, va osservato che non pare dubitabile che gli immobili (o relative porzioni) destinati ed utilizzati come alloggi di servizio del personale dipendente dell’Amministrazione statale usuaria vadano considerati – in quanto adibiti ad un pubblico servizio – ad uso (o servizio: art. 1 R.D. n. 244/1923) governativo: la finalità primaria e caratterizzante di siffatti beni è, invero, quella di soddisfare esigenze di funzionalità della stessa Amministrazione, da assicurare consentendo o facilitando l’espletamento delle funzioni o dei servizi affidati a propri dipendenti: agli stessi, infatti, l’alloggio è attribuito in forza di un titolo pubblicistico avente natura concessoria, nel presupposto dell’effettivo espletamento in loco dell’incarico o del servizio ai medesimi assegnato e sino a che non cessi l’effettiva prestazione dello stesso incarico o servizio nella sede di ubicazione dell’alloggio (cfr., in particolare, artt. 11 e 16 *cit.* D.M. n. 414/2001), di tal modo rimanendo anche assicurata la “rotazione” nella utilizzazione degli stessi alloggi in funzione della “rotazione” dei dipendenti chiamati successivamente a prestare la loro attività nella medesima località.

Una volta qualificati gli alloggi di servizio, in quanto tali, siccome beni pubblici a destinazione speciale e vincolata in funzione dell’espletamento del servizio del dipendente della P.A., non appare poi possibile distinguere quelli destinati a temporanea sistemazione per le famiglie (AST) rispetto a quelli “connessi all’incarico” (ASI di cui alla lettera *b*) dell’art. 11 del cit. D.M.) e agli “alloggi collettivi di servizio” (di cui alla lett. *c*) dello stesso articolo) in quanto – al di là della diversa classificazione – anche quelli c.d. AST sono comunque definiti normativamente come alloggi di servizio e in quanto anch’essi finalizzati a rendere più agevole e funzionale, con la prevista “sistemazione temporanea” della sua famiglia, l’espletamento del servizio in loco da parte del dipendente (cfr. per riferimenti, Cons. Stato IV, n. 1254/1999).

In definitiva (non apparendo, nella specie, conferente la peculiare disciplina dettata per gli alloggi di servizio del Ministero Difesa di cui alla legge n. 497/1978: per i quali cfr. art. 26 co. 11 *quater* D.L. n. 269/2003 conv. con mod. con legge n. 326/2003, poi abrogato dall’art. 1 co. 631 della legge n. 244/2007), si ritiene che, in relazione alla porzione immobiliare di cui si discute destinata ed utilizzata dall’Amministrazione (ora) dei Trasporti come alloggi di servizio (ASI, AST ed ASC, oltre che per quella destinata a sistemazione temporanea di corsisti di passaggio), non sussista ostacolo giuridico alla loro conferibilità/trasferibilità al fondo immobiliare: senza che in

contrario possa valorizzarsi – con particolare riguardo agli alloggi AST – la disposizione (“beni immobili ad uso diverso da quello residenziale”) contenuta nel co. 1 del medesimo art. 4, che, nell’escludere la apportabilità al fondo di immobili ad uso residenziale, appare correttamente riferibile a quei beni che direttamente e di per sé hanno destinazione a soddisfare finalità abitative (individuali o familiari), diversamente da quanto – in base a quanto sopra esposto – si deve ritenere per gli alloggi di servizio, essenzialmente destinati a corrispondere ad esigenze di funzionalità (o maggiore funzionalità) del servizio effettivamente prestato in sede dal personale dipendente, anche attraverso la “temporanea sistemazione” della propria famiglia.(...)».

A.G.S. – Parere del 6 agosto 2008 n. 97937.

Accordo di Cooperazione ed Unione Doganale CEE/San Marino. Potere di accertamento e sanzionatorio nei confronti della Repubblica di San Marino (consultivo 14909/08, avvocato G. Albenzio).

«In merito a quanto rappresentato da codesta Agenzia delle Dogane in relazione ai “*dubbi circa le modalità procedurali da seguire nell’ambito dell’attività di accertamento posta in essere dall’Autorità doganale nei confronti dei soggetti residenti nella Repubblica di San Marino*” e con particolare riguardo ai poteri facenti capo alle Autorità doganali italiane nei rapporti con gli operatori economici sammarinesi, si espongono le seguenti considerazioni.

1. È indubbio che tra le principali finalità che si propone l’Accordo di cooperazione ed unione doganale concluso tra CEE e la Repubblica di San Marino c’è quella di “*garantire la corretta applicazione della legislazione doganale, in particolare mediante la prevenzione e l’individuazione delle violazioni di detta legislazione*” (art. 3 Decisione n. 3/92 del 22 dicembre 1992) in un quadro complessivo teso ad assicurare il “*buon funzionamento dell’unione doganale*” (art. 7, paragrafo 1 dell’Accordo).

Per la realizzazione di tale scopo l’Accordo non solo ha espressamente sancito l’impegno della Repubblica di San Marino ad applicare tutte “*le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative applicabili in materia doganale nella Comunità*” (art. 7, paragrafo 1) ma ha anche previsto la definizione, da parte di un apposito Comitato, di metodi di cooperazione amministrativa ispirati a quelli adottati dalla Comunità (art. 23, paragrafi 1 ed 8), statuendo, altresì, il principio della “*reciproca assistenza*” tra le Autorità amministrative delle parti contraenti (art. 13, paragrafo 1).

In questo contesto gli Stati membri della Comunità, per un periodo di cinque anni a decorrere dall’entrata in vigore dell’Accordo e, comunque, sino a nuovi accordi, sono stati autorizzati ad occuparsi, in nome e per conto della Repubblica di San Marino, delle formalità di sdoganamento, in particolare dell’immissione in libera pratica dei prodotti provenienti da paesi terzi e destinati alla Repubblica di San Marino nonché a riscuotere sulle merci, sempre per conto della Repubblica di San Marino, i dazi all’importazione (art. 8, paragrafi 1 e 2).

2. Al riguardo, si osserva che una rigorosa e letterale interpretazione del dettato normativo imporrebbe alle Autorità doganali competenti (e, dunque, anche a quelle italiane) l'esercizio di un potere di controllo limitato alle formalità di sdoganamento ed immissione in libera pratica dei prodotti provenienti da paesi terzi destinati alla Repubblica di San Marino ed alla riscossione dei dazi all'importazione.

Un diverso e più ampio potere delle Autorità doganali, ovvero il potere di controllare a posteriori le dichiarazioni degli operatori sammarinesi, accertando ed eventualmente sanzionando violazioni rilevate ai sensi della vigente normativa italiana e comunitaria, non sembrerebbe infatti, sempre a voler aderire ad una interpretazione rispettosa del *tenore letterale* delle disposizioni dell'Accordo, potersi riconoscere in capo alle suddette Autorità (come già eccepito con i motivi dell'impugnazione della quale è cenno nella nota di codesta Agenzia).

Peraltro, la mancanza per i cittadini sammarinesi della qualifica di "contribuenti", sia per l'erario italiano che per quello comunitario, rappresenta un dato giuridicamente incontrovertibile e confermato anche dalla sentenza della Corte di Giustizia Ce del 7 marzo 2002, causa C-10/00 – Commissione delle Comunità europee / Repubblica italiana ove, al punto 80 della motivazione, viene sottolineato che "(...) *l'introduzione nel territorio doganale comunitario di merci a destinazione San Marino e l'espletamento delle formalità doganali previste per tale destinazione non costituiscono, di per sé, fatti generatori di risorse proprie delle Comunità a titolo di dazi della tariffa doganale comune e di altri diritti fissati o da fissare dalle istituzioni della Comunità (...)*". L'assenza di un interesse fiscale italiano e comunitario nell'effettuazione delle attività di controllo sulle operazioni doganali di prodotti provenienti da paesi terzi e destinati a San Marino, potrebbe conseguentemente indurre a ritenere che difetti il relativo potere di agire in capo alle Autorità doganali italiane.

Inoltre, non sembra fondata neppure la possibilità, ipotizzata da codesta Agenzia, di applicare al caso di specie il principio di territorialità stabilito nell'art. 6 del Codice penale in relazione agli illeciti amministrativi scaturenti dalla violazione di norme tributarie. Tale disposizione trova, infatti, il proprio esclusivo campo di applicazione in ambito penale ed alla sola commissione di reati può legittimamente essere riferita, fermo restando, ovviamente, il dovere di denunciare alle competenti Autorità giudiziarie l'avvenuta conoscenza di fatti che possano configurarsi quali reati e che, in quanto tali, devono essere perseguiti.

3. Si attira l'attenzione, tuttavia, sulla diversa prospettabile interpretazione del dettato normativo formulata dall'Avvocatura Distrettuale di Bologna nella Nota del 18 settembre 2007 p. n. 14046, indirizzata alla Direzione Regionale Emilia Romagna di codesta Agenzia.

Nella Nota appena richiamata è stato messo in particolare evidenza l'impegno assunto da parte della Repubblica di San Marino e di cui all'art. 7 dell'Accordo, ovvero "*l'applicazione di tutte le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative applicabili in materia doganale nella*

Comunità”. Tale impegno, per la propria importanza, potrebbe essere considerato idoneo ad attribuire in capo alle Autorità doganali degli Stati membri anche il potere di accertare e sanzionare eventuali violazioni tributarie. A parere dell’Avvocatura Distrettuale di Bologna inoltre, e secondo la medesima direttrice interpretativa, nel regime provvisorio con il quale la Repubblica di San Marino autorizza gli Stati membri ad occuparsi delle formalità di sdoganamento e riscossione dei dazi all’importazione (art. 8, paragrafi I e II dell’Accordo), l’attività di controllo degli stessi Stati membri potrebbe ritenersi quale attività autonoma, diretta ed esercitabile nella pienezza dei poteri attribuiti dalle disposizioni legislative e comunitarie in materia doganale fino al definitivo accertamento del dazio dovuto (quindi, anche mediante il controllo *a posteriori* ai sensi dell’art. 78 CDC).

4. In forza di quanto sin qui espresso si può, quindi, concludere, quanto alla corretta interpretazione delle disposizioni dell’Accordo, relativamente alle attività di controllo sulle operazioni doganali effettuate dagli operatori sammarinesi, che due diverse tesi sono astrattamente prospettabili: è possibile, cioè, interpretare quelle norme nel senso di doversi riconoscere agli Stati membri solo ed esclusivamente i poteri espressamente “*autorizzati*” (sdoganamento e riscossione dei dazi all’importazione), aderendo ad una interpretazione strettamente letterale del dettato normativo, oppure, in un significato più ampio e con una interpretazione in linea con lo spirito dell’Accordo, concludere per il riconoscimento di poteri di controllo e sanzionatori in capo agli Stati membri, secondo le argomentazioni esposte dall’Avvocatura Distrettuale di Bologna.

In mancanza di riferimenti giurisprudenziali puntuali ed esaustivi, riservato all’esito un definitivo parere, sembra opportuno investire della questione il Comitato di cooperazione previsto dall’Accordo affinché fornisca la relativa interpretazione nel rispetto dello spirito e delle finalità dell’Accordo (nel frattempo è consigliabile resistere negli eventuali giudizi promossi dagli interessati, secondo la linea di difesa richiamata al precedente paragrafo 3).

Al fine di limitare i riferiti episodi di distorsione del traffico verso la Repubblica di San Marino, finalizzato alla realizzazione di frodi concernenti il valore e/o l’origine dei prodotti importati ed a prescindere dall’interpretazione che verrà fornita delle norme di cui si discute, si sottolinea l’importanza di applicare comunque una stretta cooperazione amministrativa e la reciproca assistenza, promosse esplicitamente dalle statuizioni dell’Accordo come strumento fondamentale a disposizione delle parti contraenti, utile a garantire l’applicazione della legislazione doganale in vigore; la Decisione n. 3/92 del Comitato di Cooperazione CEE – San Marino del 22 dicembre 1992 relativa alle modalità di applicazione della reciproca assistenza di cui all’art. 13 dell’Accordo evidenzia tale finalità nell’art. 3, sottolineando il precipuo scopo di “(...) *prevenzione ed individuazione delle violazioni di detta legislazione, nonché le relative inchieste*” ed imponendo, nel successivo art. 4, alle Autorità amministrative coinvolte lo scambio di tutte le informazioni pertinenti, “(...) *comprese quelle riguardanti le operazioni attuate o programmate che violino o possano violare detta legislazione*”.

Per consentire, infine, alle Autorità comunitarie la verifica dell'attuazione dell'Accordo e del rispetto del suo spirito e delle sue finalità, si rammenta che dovranno essere sempre loro segnalate tutte le disfunzioni e gli eventuali inadeguati comportamenti riferibili alle Autorità sammarinesi con riguardo all'importazione di merci provenienti da paesi terzi e dei quali codesta Agenzia sia venuta a conoscenza (...).

D O T T R I N A

Gli studi di settore dalla Finanziaria del 2007 a quella del 2008: quali novità?

di Mariaelena Panacci^()*

SOMMARIO: 1.- Premessa. 2.- I termini del problema e gli studi di settore nella Finanziaria del 2007. 3.- Il revirement legislativo. Gli studi di settore nella finanziaria del 2008.

1. Premessa

Ideati come strumento per combattere l'evasione fiscale, gli studi di settore sono al centro di un vivace dibattito dottrinale.

Il legislatore, infatti, forse troppo preso dall'esigenza di risanare il dissesto delle casse dell'erario ha avuto, sin dagli esordi, nei confronti di tale strumento di accertamento fiscale un atteggiamento ondivago a tal punto da poter, oggi, affermare che gli studi di settore rappresentano una delle punte di diamante del sistema di accertamento induttivo ma allo stesso tempo uno degli istituti più controversi dell'intero diritto tributario.

Memore delle profonde spaccature registratesi in dottrina nonché delle incertezze interpretative per lo meno delle corti di merito, la legge 24 dicembre 2007 n. 244 (Finanziaria per il 2008) sembra aver perseguito, seppur troppo debolmente ed in modo troppo sbrigativo, un obiettivo di chiarezza.

Per comprendere la novità, se novità c'è stata, bisogna inevitabilmente guardare alla previgente normativa.

2. I termini del problema e gli studi di settore nella Finanziaria del 2007.

Gli studi di settore entrano nel nostro ordinamento con l'art. 62-bis del D.L. 30 agosto 1993 n. 331.

^(*) Dottore in Giurisprudenza, ammessa alla pratica forense presso l'Avvocatura Generale dello Stato.

Da allora si è registrato un vertiginoso proliferare di norme, circolari, comunicati stampa tesi a sviluppare l'istituto ma anche a chiarirne i punti controversi.

L'attenzione legislativa sul tema ha registrato il suo "boom", però, proprio con la legge 27 dicembre 2006 n. 296 (legge Finanziaria 2007) la quale dedica agli studi di settore ben quattordici commi rispetto gli otto della Finanziaria del 2005 e i due di quella del 2008.

Tale corposo intervento normativo si colloca all'indomani di un acceso dibattito dottrinario e giurisprudenziale su un delicato e importante aspetto, per lo meno per le rilevanti implicazioni pratiche, quello della natura degli studi di settore.

Per comprendere meglio il problema e, conseguentemente, la portata delle soluzioni adottate dal legislatore dello scorso anno occorre ricordare come in dottrina si sono formati tre diversi orientamenti.

La prima tesi rimasta, però, assolutamente minoritaria, ritiene che gli studi di settore rappresentino presunzioni semplicissime ovvero mere segnalazioni di posizioni da sottoporre a controllo con gli ordinari strumenti dell'accertamento (1).

La seconda tesi (2) sostiene che gli studi di settore costituiscono presunzioni semplici.

Una presunzione è semplice (o *hominis*) ex art. 2729 c.c. se è *lasciata alla prudenza del giudice il quale non deve ammettere se non presunzioni gravi, precise e concordanti*; in quanto presunzioni semplici, dunque, gli studi di settore non potrebbero, da soli considerati, fondare un accertamento induttivo ma dovrebbero, di contro, essere affiancati da altri elementi di prova tali da suggerire al giudice l'inattendibilità della dichiarazione.

Le implicazioni pratiche di tale assunto sono rilevanti.

Se, infatti, la presunzione semplice è tale da richiedere, ai fini della legittimità dell'atto di accertamento, il supporto di *ulteriori elementi probatori* ne discende che l'avviso della A.F. fondato sul solo studio è nullo per difetto di motivazione ovvero per il fatto che l'Amministrazione ha ommesso di dare conto, in modo esplicito, del suo ragionamento presuntivo.

Si può sottolineare, dunque, come il dato peculiare dello studio quale presunzione semplice sta proprio nell'obbligo dell'Amministrazione di di-

(1) Tale posizione è però sostenibile in riferimento agli studi di settore così come configuratisi nella finanziaria del 2005. Il D.M. 24 marzo 2005 all'art. 2 prevedeva *che gli studi sono utilizzati esclusivamente per la selezione delle posizioni soggettive da sottoporre a controllo con le ordinarie metodologie*.

(2) In tal senso SAVERIO CAPOLUPO in *Studi di settore. Definita la natura probatoria degli indicatori di normalità economica*, in *il Fisco* 31/07 p. 10784 ss.; ALBERTO ALFREDO FERRARIO in *Studi di settore ed accertamento presuntivo* in *Dir e Prat Trib.* 2003, 405. In giurisprudenza *ex multis* Cass. sez. trib. 17 ottobre 2007 n. 22938; Cass. 18 aprile 2007 n. 19556, Comm. trib. prov. Bari 15 settembre 2006 n. 283; Comm. trib. di Roma 11 giugno 2007 n. 100.

mostrare la coincidenza dello studio al caso singolarmente considerato ovvero calare lo studio nel singolo procedimento di accertamento supportandolo con gli altri (e necessari) risultati di non congruità rilevati a seguito dell'esperimento degli ordinari strumenti istruttori di cui gode l'A.F.

In tale prospettiva lo studio, in quanto presunzione semplice, necessitando di valutazioni *caso per caso* sulla precisione, gravità e concordanza, difetta della caratteristica tipica della presunzione relativa: l'automaticità.

Lo studio, cioè, è un elemento tra gli altri che supporta la motivazione dell'accertamento.

Nella prassi i precipitati di tale tesi si sviluppano su un triplice fronte: il ruolo del giudice, la centralità del contraddittorio ed, infine, un aggravio dell'obbligo di motivazione.

Per quel che concerne il primo aspetto va sottolineato che la presunzione semplice differenziandosi da quella relativa proprio perchè non è in grado di cristallizzare l'assetto del rapporto giuridico, salvo prova contraria, cui il giudicante deve conformarsi finisce, inevitabilmente, per esaltare il ruolo del giudice il quale, a mente dell'art. 2729 c.c., valuta lo studio di settore secondo la sua "prudenza".

In ordine al secondo aspetto occorre sottolineare che se lo studio è una presunzione semplice l'Amministrazione non potrà esimersi dall'obbligatorietà del preventivo contraddittorio con il contribuente circa la fondatezza dei dati statistici rispetto al caso concreto, pena la nullità dell'avviso.

L'ultimo aspetto, ma non per importanza, attiene all'aggravio motivazionale cui incorre l'Amministrazione che "dispone" di una presunzione semplice anziché di una relativa.

In presenza di un avviso fondato sul mero scostamento, qualora si sposi la tesi della non automaticità dello studio (presunzione semplice) il giudice dovrà pronunciarsi sulla sua nullità per difetto di motivazione prima ancora e senza che si arrivi a controvertere sul rapporto sostanziale.

Tale tesi dottrina è anche quella accolta ormai pacificamente dalla giurisprudenza di legittimità la quale ha sempre negato che gli studi di settore possano determinare una prova per presunzione e un'inversione dell'onere della prova.

L'orientamento appena riportato, se ha avuto ed ha il pregio di ricondurre tale strumento nelle linee del dettato costituzionale (art. 53 relativo alla effettiva capacità contributiva), ha dovuto pagare il prezzo di un arretramento rispetto alla necessità di forgiare nonché di dotare l'Amministrazione di uno strumento forte per combattere l'evasione fiscale.

Maggiormente rispondente a tale necessità è, invece, la *terza tesi* (3) la quale qualifica gli studi di settore quali presunzioni legali relative.

(3) In tal senso TESAURO in *Istituzioni di diritto tributario*, Torino 2003, p. 238; LUPI in *Manuale giuridico professionale di diritto tributario*, Milano, 2001, p. 570; DE MITA in *Principi di diritto tributario*, Milano 2004, p. 318; L.MAGALÙ in *Si possono demolire le mura di Gerico?* in *Boll. trib.* 1999, 853.

La presunzione legale (*iuris et de iure o iuris tantum*) è la conseguenza che la legge...trae da un fatto noto per risalire ad un fatto ignoto (art. 2727 c.c.) e si caratterizza per il fatto che questa, a norma dell'art. 2728 c.c., dispensa da qualunque prova coloro a favore dei quali è stabilita.

La presunzione legale è, poi, relativa (*iuris tantum*) quando, seppur riconosce a favore di colui per il quale è stabilita il discarico dell'onere della prova, ammette la prova contraria a carico di colui che ha interesse a contestare la forza probante della presunzione (inversione dell'onere della prova).

Ritenere che lo studio di settore è una presunzione relativa comporta che l'Amministrazione è affrancata sia dal raffronto del caso concreto rispetto a quello considerato dallo studio (4) sia da una complessa istruttoria e motivazione poiché lo studio di settore, in tal caso, è da solo sufficiente a stabilire sia la validità del ragionamento presuntivo sia l'assetto giuridico cui la presunzione si riferisce e rispetto al quale il giudice sarà vincolato se non vi sarà la prova contraria del contribuente.

Tale terzo orientamento, tuttavia, ha dovuto superare una pesante obiezione sollevata dai sostenitori dell'altra tesi e cioè che una presunzione legale può trovare fondamento nella legge, mentre gli studi di settore sono previsti da fonti regolamentari.

Tanto la dottrina quanto la giurisprudenza (Cass. 13 marzo 2007 dep. 6 aprile 2007) hanno agevolmente superato il problema; si è sostenuto che Ge.ri.co (5) si limita a determinare valori che hanno il loro fondamento in norme di rango legislativo ovvero negli artt. 62 *sexies* del D.L. 331/93 e 39 d.P.R. 600/73 i quali hanno valutato in sede preventiva ed a livello generale la legittimità degli studi.

Una impostazione di tale tipo rappresenta, in conclusione, l'aspirazione massima di una legislazione che voglia creare uno strumento per l'Amministrazione finanziaria, anche se con l'effetto di rendere più difficoltoso l'esercizio del diritto di difesa del contribuente e di incidere sul principio di parità delle armi.

Queste, dunque, le ipotesi sostenibili nonché le diverse implicazioni pratiche.

Tornando all'aspetto che qui ci interessa, ovvero come la Finanziaria del 2007 ha visto od interpretato gli studi di settore, va premesso che la chiave di lettura delle disposizioni della legge 27 dicembre 2006 n. 296 che si occupano dell'argomento è l'intento di inasprire la lotta all'evasione.

(4) Tale esenzione trascina con sé, conseguentemente, anche quella del preventivo contraddittorio. In tal caso, infatti, l'accertamento avverrà in automatico e l'ispezione della contabilità del contribuente nonché la valutazione del caso concreto da parte dell'Amministrazione sarà solo eventuale ma mai obbligatoria.

(5) Ge.ri.co è il programma *software* che indica quanto manca ai ricavi o compensi congrui e quanto ammonta l'eventuale accertamento. Le varie funzioni di Ge.ri.co possono essere così riassunte: *a-* indicazione del numero e della tipologia dei tradizionali modelli da compilare per il contribuente; *b-* congruità dei ricavi dichiarati; *c-* coerenza dei principali indicatori economici.

I commi 16, 17 e 23, infatti, perseguono un comune obiettivo: rafforzare gli studi di settore riconducendoli nel *genus* delle presunzioni relative.

Per comprendere appieno la portata di tale assunto è opportuno partire dal tenore letterale di tali disposizioni.

Il comma 16 relativo ai soggetti esclusi dall'applicabilità degli studi prevede alla lettera *a*) che gli stessi non si estendono ai *contribuenti che hanno dichiarato ricavi...compensi...d'ammontare superiore al limite stabilito per ciascuno studio di settore dal relativo decreto di approvazione del Ministero dell'economia e delle Finanze*.

Il comma 17 in ordine ai limiti in cui incorre l'Amministrazione Finanziaria nella rettifica delle dichiarazioni prevede che *le rettifiche...di cui all'art. 39 primo comma lettera d)...non possono essere effettuate nei confronti dei contribuenti che dichiarino, anche per effetto dell'adeguamento, ricavi o compensi pari o superiori al livello della congruità ai fini dell'applicazione degli studi di settore di cui all'articolo 62-bis del decreto-legge 30 agosto 1993 n. 331...in caso di rettifica, nella motivazione dell'atto devono essere evidenziate le ragioni che inducono l'ufficio a disattendere le risultanze degli studi di settore in quanto inadeguate a stimare correttamente il volume di ricavi o compensi potenzialmente ascrivibili al contribuente*.

La disposizione cruciale è, però, il comma 23 il quale sembra non lasciar dubbi su quale è la natura degli studi di settore per il legislatore della legge 296/06.

Tale comma dispone che *l'articolo 10 comma 1 della legge 8 maggio 1998 n. 146* relativo alle modalità di utilizzazione degli studi di settore in sede di accertamento trova applicazione quando *l'ammontare dei ricavi o compensi dichiarati risulta inferiore all'ammontare dei ricavi o compensi determinabili sulla base degli studi stessi*.

Anticipando sin d'ora che la giurisprudenza di legittimità e parte della dottrina hanno continuato, successivamente alla Finanziaria 2007, a qualificare gli studi come presunzione semplice non si può sottacere sul fatto che continuare a parlare di presunzione semplice anche nella Finanziaria del 2007 significa sottovalutare o semplicemente forzare la portata della disposizione richiamata.

Riteniamo, senza, almeno per il momento, prendere posizione per l'una o l'altra tesi che non solamente il comma 23 ma anche i commi 17 e 14 puntano a sottolineare il fatto che gli studi di settore entrano "in azione" quando si ha un *mero* scostamento tra reddito dichiarato e quello atteso in base agli studi.

La Finanziaria, in definitiva, prende in considerazione due casi:

Il primo caso, riprodotto pressoché invariato anche nella Finanziaria del 2008, è quello dello scostamento in eccesso (6); in tal caso, qualora

(6) Con il termine "scostamento in eccesso" si indica l'ipotesi in cui l'Amministrazione Finanziaria ponga in essere l'accertamento nonostante la congruità del contribuente rispetto agli studi. Con il termine "scostamento in difetto" si indica l'ipotesi in cui il contribuente risulti non essere congruo agli studi poiché ha dichiarato compensi e ricavi inferiori a quelli attesi.

l'Amministrazione voglia disattendere gli studi lo può fare purché dimostri che lo studio risulta essere inattendibile in relazione al caso concreto considerato.

Si può dire, dunque, che in tale ipotesi sussiste un aggravio motivazionale nei confronti dell'Amministrazione che deve, con adeguato ragionamento logico giuridico, valutare i singoli dati fattuali relativi al contribuente e dimostrare che questi sono tali da alterare, solo nel caso concreto, la validità degli studi.

Il secondo caso che, tra l'altro, è quello maggiormente rimaneggiato nella finanziaria del 2008 costituendone, così, l'elemento di novità, è quello del mero scostamento in difetto rispetto agli studi; in tal caso la Finanziaria non fa alcun cenno o riferimento né ad un eventuale obbligo dell'Amministrazione di soffermarsi sulla attendibilità dello studio rispetto al caso concreto, né pone un divieto di accertamento automatico.

Se ne deduce che il legislatore della legge 296/2006 ha voluto fondare un accertamento per il quale l'indicazione degli studi è idonea e sufficiente a soddisfare l'obbligo della motivazione fissato in via generale dall'art. 7 della legge 212/00 e dall'art. 42 del d.P.R. 600/73.

Se così non fosse non si capirebbe perché l'aggravio motivazionale di cui al comma 17 vige, in capo all'Amministrazione, solo quando questa intende accertare un maggior imponibile nonostante il contribuente abbia dichiarato un utile congruo agli studi.

Si può ritenere che il fatto che il legislatore del 2007 abbia ritenuto opportuno soffermarsi sull'aggravio motivazionale quando l'Amministrazione si discosta in eccesso dagli studi è sintomatico di una volontà di distinguere e differenziare ipotesi diverse.

Ragionando *a contrario* si può sostenere che, nel caso di cui al comma 23 della Finanziaria, se basta la mera menzione dello studio per ritenere legittimo non solo l'accertamento ma anche, ed aggiungiamo addirittura, soddisfatto l'obbligo di motivazione ne discende, dunque, come conseguenza logica che gli studi costituiscono una presunzione legale relativa poiché *da soli* possono fondare l'accertamento.

Contrariamente, invece, qualora all'Amministrazione fosse richiesto di argomentare sull'attendibilità o meno degli studi nonostante lo scostamento saremmo in presenza di una presunzione semplice che, in quanto elemento da considerare *tra gli altri*, deve essere supportata da una argomentazione logica più complessa.

Ne discende, dunque, che nella prospettiva della finanziaria del 2007 l'art. 62 *sexies* del D.L. 30 agosto 1993 n. 331 introdurrebbe uno *spartiacque* all'interno degli accertamenti analitici presuntivi.

Tale disposizione recita testualmente: *gli accertamenti di cui agli articoli 39 ... d.P.R. 600/73 ... possono essere fondati anche sull'esistenza di gravi incongruenze tra i ricavi, i compensi ed i corrispettivi dichiarati e quelli fondatamente desumibili dalle caratteristiche e dalle condizioni di esercizio della specifica attività svolta, ovvero dagli studi di settore elaborati ai sensi dell'art. 62 del presente decreto.*

Ne deriva, dunque, che se il richiamo all'art. 39 del d.P.R. 600/73 fa riferimento all'accertamento analitico-presuntivo basato su presunzioni gravi,

precise e concordanti, gli accertamenti sugli studi di settore in quanto ontologicamente dotati del requisito della *grave incongruenza* seppure appartenenti alla famiglia degli accertamenti induttivi sarebbero “immuni” dalla “successiva” dimostrazione (e motivazione) da parte dell’Amministrazione circa la gravità, precisione e concordanza degli studi di settore (sarebbero, dunque, una presunzione relativa).

Tali considerazioni sono supportate dalle successive modifiche normative.

Otto mesi dopo l’entrata in vigore della Finanziaria del 2007, il legislatore ha approvato la legge 3 agosto 2007 n. 127 di conversione del decreto legge 81/07 che ha introdotto due nuovi commi alla finanziaria del 2007: i commi 14-*bis* e 14-*ter*.

Il comma 14-*bis* stabilisce che “*gli indicatori di normalità economica... hanno natura sperimentale e i maggiori ricavi, compensi e corrispettivi da essi desumibili costituiscono presunzioni semplici*”.

Il comma 14-*ter* precisa che “*i contribuenti che dichiarano un ammontare di ricavi e compensi inferiori a quelli desumibili dagli indicatori di normalità economica di cui al comma 14-*bis* non sono soggetti ad accertamenti automatici e, in caso di accertamento, spetta all’Ufficio accertatore motivare e fornire elementi di prova per gli scostamenti riscontrati*”.

Tale intervento legislativo ci induce a fare una premessa sul rapporto tra gli INE (7) e gli studi di settore e, conseguentemente, una considerazione sulla portata e sul significato di tali novità sulla evoluzione degli studi stessi.

La Finanziaria del 2007 ha previsto specifici indici di normalità economica che, seppur non coincidenti con gli studi, rientrano, tuttavia, nel medesimo istituto giuridico.

Ne discende, dunque, che il valore della presunzione degli INE deve essere della stessa natura di quella degli studi poiché sarebbe assurdo prevedere che nell’ambito del medesimo istituto giuridico possano coesistere, considerato il loro differente meccanismo operativo, una presunzione relativa ed una semplice

Quel che, però, qui si intende sottolineare non è tanto il rapporto tra studi di settore e gli INE quanto l’evoluzione o, meglio, la trasformazione che il legislatore ha voluto attuare: il passaggio da una presunzione relativa (testo originario della finanziaria 2007) ad una semplice (successive modifiche introdotte con il D.L. 81/07).

Se queste considerazioni circa la natura relativa della presunzione degli studi nella (originaria) formulazione della Finanziaria 2007 sono coerenti tanto al dettato letterale delle norme quanto alle intenzioni del legislatore

(7) Gli INE sono gli indicatori di normalità economica.

La Finanziaria del 2007 ha previsto che ai fini dell’applicazione degli studi di settore si deve tener conto anche degli INE i quali, a loro volta, sono idonei a calcolare i ricavi ed i compensi attesi in relazione all’attività svolta dal contribuente. In caso di incoerenza rispetto al singolo indicatore di normalità economica Ge.ri.co indica i maggiori valori stimati e l’entità dell’accertamento.

nonché alla *ratio* (8) dell'istituto, la giurisprudenza non sembra esser stata sensibile a tali *input* ed ha sempre continuato a qualificare gli studi di settore quali presunzioni semplici.

Il panorama giurisprudenziale è quanto mai variegato.

A tal proposito, tra le tante, si segnala la sentenza n. 22938 del 17 ottobre 2007, depositata il 30 ottobre 2007, la quale sottolinea che *l'utilizzazione delle percentuali di ricarico risultanti dalle medie di settore, da sola è insufficiente a fornire materia presuntiva idonea all'inversione dell'onere probatorio per il contribuente, ove la stessa non sia ulteriormente assistita da altri elementi, di segno convergente... laddove... la contabilità sia formalmente corretta, il solo scostamento dalla media di settore ha un debole significato indiziario, ove non corroborato da altri elementi significativi e convergenti.*

Al di là dello sforzo normativo tendente a chiarire o forse a modificare la natura degli studi di settore, si può rilevare come le modifiche della Finanziaria del 2007, se hanno riaperto il dibattito dottrinario, dal punto di vista pratico non hanno avuto alcuna incidenza sulla visione giurisprudenziale dell'istituto.

Si può, allora, concludere che l'immutabilità della giurisprudenza sulla teorizzazione degli studi di settore quali presunzioni semplici, ha portato il legislatore a fare marcia indietro rispetto al fallimento del comma 23 della Finanziaria del 2007.

3. Il revirement legislativo. Gli studi di settore nella finanziaria del 2008.

La legge 24 dicembre 2007 n. 244 (Finanziaria per il 2008) rappresenta un contributo di chiarezza attraverso una terminologia che lascia pochi dubbi sulla natura degli studi.

Tale legge raccoglie l'eredità del succitato Decreto Legge 80/07 ed introduce, dal canto suo, novità per lo meno sotto il profilo terminologico.

L'art. 1 comma 252 della Finanziaria del 2008 prevede che fino alla entrata in vigore dei nuovi studi, gli indicatori di normalità economica possono essere applicati, a patto che se c'è uno scostamento per eccesso l'Agenzia debba motivare nonché *fornire gli elementi di prova* che avvalorino i maggiori ricavi, se c'è, invece, uno scostamento per difetto, l'Amministrazione in ogni caso incorre nel divieto di procedere ad un accertamento automatico.

(8) Gli studi di settore nascono dall'esigenza di superare l'*impasse* del sistema tributario degli anni settanta il quale ancorava la determinazione del reddito unicamente alle risultanze delle scritture contabili. In tale prospettiva, infatti, gli accertamenti induttivi rappresentavano una ipotesi del tutto eccezionale ed erano ancorati alla circostanza in cui si potevano registrare irregolarità contabili. Gli studi sono stati introdotti, appunto, per superare le incongruenze di tale sistema e per ancorare l'accertamento alle caratteristiche oggettive dell'attività svolta dal contribuente.

Una premessa è, però, d'obbligo.

Se l'attenzione della Finanziaria del 2008 è quella di chiarire e sviluppare gli INE, si può constatare come il legislatore, coerentemente, costruisce per questi un impianto normativo parallelo e prospettico rispetto a quello degli studi.

Con quanto appena detto si vuol sottolineare come, contrariamente a quanto sostenuto da una dottrina minoritaria (9), le novità che investono la natura degli INE hanno ripercussioni su quella degli studi.

Detto questo si può procedere alla rilevazione delle novità rispetto alla Finanziaria del 2007.

La Finanziaria del 2007 aveva preso in considerazione due ipotesi: scostamento in eccesso e in difetto rispetto agli studi di settore; dall'analisi della disciplina normativa si può ragionevolmente sostenere che il legislatore aveva in mente una presunzione relativa per i casi di scostamento in difetto.

Orbene le medesime ipotesi vengono riconsiderate dapprima dal D.L. 80/73 e poi dalla Finanziaria del 2008.

Coerentemente alla natura di presunzione semplice attribuitagli dal D.L. 80/07, la legge 244/07 prescrive che in ogni caso i contribuenti che dichiarano ricavi o compensi inferiori a quelli previsti dagli INE non sono soggetti ad accertamenti automatici.

Il divieto *in ogni caso* dell'accertamento automatico è una precisazione di non poco conto; si vuole sottolineare, cioè, che i valori statistici (comuni tanto agli INE quanto, logicamente, agli studi) non possono *mai* essere l'unico presupposto sul quale fondare un accertamento analitico-presuntivo e che l'obbligo di motivazione della rettifica non viene soddisfatto dalla semplice menzione degli studi o degli INE.

Detto questo si dovrà procedere ad una nuova lettura dell'art. 62 *sexies* del DL. 331/93.

Se è vero, in base alle predette osservazioni, che gli studi costituiscono una presunzione semplice e che non possono mai essere posti a fondamento di un accertamento automatico, allora la norma va letta nel senso che gli studi di settore non costituiscono una deroga agli accertamenti analitici presuntivi ma costituiscono *ulteriori presunzioni (semplici) di cui all'art. 39 del d.P.R. 600/73*.

Tale *revirement* legislativo presenta un duplice pregio poiché non solo ha recepito l'impostazione della giurisprudenza di legittimità sugli studi ma sembra ricondurre questi ultimi nel dettato dell'art. 53 della Costituzione il quale richiede che il concorso alle spese pubbliche va rapportato alla capacità contributiva (concreta e non statistica) del contribuente.

(9) ANDREA BONGI in *Italia Oggi* il 27 maggio 2007 ritiene che gli studi di settore abbiano una natura di presunzione relativa mentre gli INE che convivono con i primi, avrebbero natura di presunzione semplice.

L'accertamento del nesso causale e la conseguente responsabilità del Ministero passa attraverso un giudizio controfattuale: "l'azione ipotizzata ed omessa avrebbe impedito l'evento?"

La Corte d'appello di Torino sottopone a critica i recenti indirizzi giurisprudenziali maturati in seno alle S.U. in tema di danno da emotrasfusione.

di Mauro Prinzivalli^() ed Emanuela Pazzano^(**)*

SOMMARIO: 1.-Premessa. 2.- I termini della questione. 3.- L'accertamento del nesso causale ed il giudizio "controfattuale". 4.- Il coefficiente richiesto per l'accertamento del nesso causale e le relative conseguenze processuali.

1. Premessa.

La sentenza in commento rappresenta un primo, autorevole tentativo di far chiarezza in materia di danno da emotrasfusione, dopo la controversa elaborazione giurisprudenziale culminata nelle recenti 10 pronunce (dalla n. 576 alla 585/2008) delle Sezioni Unite (1), con le quali la S.C. ha affrontato

^(*) Avvocato dello Stato presso l'Avvocatura distrettuale di Torino.

^(**) Dottore in Giurisprudenza, ammessa alla pratica forense presso l'Avvocatura dello Stato.

(1) Brevemente questi i principi affermati: *in primis* si è stabilito che nelle ipotesi di infezioni da HBV, HCV e HIV contratte a seguito di trasfusioni da sangue infetto non è configurabile il reato di epidemia colposa per la mancanza dell'elemento della volontaria diffusione di germi patogeni, bensì quello di lesioni o di omicidio colposi; la prescrizione dell'azione risarcitoria nei confronti del Ministero della Salute per omessa vigilanza decorre non dal giorno dell'avvenuta trasfusione o dal momento in cui si è manifestata la sintomatologia della malattia, ma dal giorno in cui il danneggiato abbia avuto piena consapevolezza della riconducibilità del suo stato morboso alla trasfusione ricevuta; con riferimento all'onere probatorio la S.C. precisa che esso, circa la provenienza del sangue utilizzato e dei controlli eseguiti, grava non solo sul danneggiato, ma anche sulla struttura sanitaria che dispone per legge o per regola tecnica di documentazione da cui è possibile desumere "la tracciabilità" del sangue. Quanto, inoltre, al nesso di causalità, esso è regolato anche in materia civile dall'applicazione dei criteri di attribuzione causale vigenti in sede penale (artt. 40 e 41), adattati alla peculiarità delle singole fattispecie normative della responsabilità civile e temperati dalla regola della preponderanza dell'evidenza. Infine si è stabilito che la responsabilità del Ministero si configura per tutti e tre i casi di infezione (HBV, HCV e HIV) a decorrere dalla scoperta del virus dell'epatite B (risalente agli anni '70) in quanto forme di manifestazioni patologiche di un unico evento lesivo.

e definito questioni di massima importanza, quali il termine di prescrizione della relativa azione, l'individuazione dei legittimati passivi, la ripartizione dell'onere della prova e l'accertamento del nesso causale, sconfessando il precedente orientamento espresso con sentenza n. 11609/2005.

La questione della responsabilità per danni da sangue infetto si presenta particolarmente complessa sia sul piano della regolamentazione giuridica, sul cui sfondo si agitano tematiche tuttora irrisolte, quali le irrimediabili interferenze tra accertamento del nesso di causa nel processo civile ed indagine causale nel processo penale, sia sul piano della prospettiva medico legale che stenta a pervenire a conclusioni univoche, alimentando false speranze e dando luogo a disparità di trattamento.

2. I termini della questione.

La Corte, nell'esaminare i motivi di appello adottati avverso la sentenza di primo grado, traccia le direttrici lungo le quali articola il proprio iter logico.

Con il primo motivo l'appellante insiste per la condanna del Ministero convenuto al risarcimento dei danni patiti a seguito della contrazione del virus dell'HCV, sull'assunto che le precauzioni vigenti in materia di pratiche trasfusionali siano poste a tutela non già del rischio di contrazione di una specifica patologia, ma più in generale dell'integrità psico-fisica nella sua accezione unitaria di bene della vita.

A fronte di tale richiesta la Corte affronta la questione se la responsabilità del Ministero sia configurabile per le infezioni trasfusionali (da virus HCV, HBV e HIV) solo nel momento in cui i medesimi virus sono stati individuati e conosciuti dalla scienza medica (tesi avvalorata dalla Cassazione con decisione n. 11609/2005) ovvero, al contrario, secondo il recente indirizzo inaugurato dalle S.U. con la sentenza n. 581/2008, se essa sia configurabile in termini unitari per qualunque infezione, indipendentemente dal veicolo del contagio, *a partire dalla data di conoscenza dell'epatite B* (1978).

Per il Tribunale di Torino, poiché nel caso di specie l'evento infettivo era riferibile ad un virus sconosciuto all'epoca della trasfusione alla scienza medica mondiale, non poteva configurarsi in capo all'Amministrazione alcun dovere di vigilanza, non essendo in concreto, all'epoca dei fatti, configurabile un comportamento idoneo a impedire l'evento (2).

(2) In sostanza il giudice di prime cure fa diretta applicazione della c.d. teoria della *causalità adeguata*, per la quale ciascuno è responsabile unicamente delle conseguenze della sua condotta, omissiva o attiva che sia, che siano sufficientemente prevedibili al momento nel quale ha agito, venendo meno ogni profilo di responsabilità per tutte le conseguenze assolutamente atipiche e imprevedibili (cfr. Cass. n. 5962/2000; Cass. n. 15384/2006; Cass. n. 4791/2007).

In sostanza il giudice di primo grado, condividendo l'impostazione di fondo tracciata dalla sentenza della Cassazione n. 11609/2005 (3), aveva attribuito, ai fini della valutazione della prospettata responsabilità omissiva del Ministero particolare rilevanza al momento dell'individuazione nosografica del virus HCV da parte della scienza medica all'epoca dell'avvenuto contagio.

La Corte ritiene la tesi del giudice di prime cure non meritevole di conferma e, condividendo quanto di recente affermato dalle S.U. con la decisione n. 581/2008, sostiene che se anche la comunità medica all'epoca ignorava l'esistenza del virus patogeno dell'epatite C, è altrettanto vero *“che all'epoca del contagio il rischio che le trasfusioni ematiche costituissero un fattore di rischio per la contrazione di una epatite Non A – Non B era ampiamente noto alla comunità scientifica e quindi prevedibile, e che la letteratura medica aveva da tempo evidenziato i markers surrogati utili al fine di stabilire le potenzialità infettive del sangue...”* (4).

In altri termini, così ragionando la Corte ritiene irrilevante che nel 1988 il virus HCV non fosse stato ancora individuato e, ispirandosi al generale principio del *neminem laedere* ex art. 2043 c.c. precisa che era doveroso per il Ministero vigilare sull'effettiva attuazione delle misure precauzionali che, ove opportunamente adottate, avrebbero indotto gli operatori del settore ad una maggiore cautela e ad un responsabile governo delle pratiche trasfusionali, ancorché si trattasse di un virus patogeno ancora non individuato, con il risultato di ridurre in maniera significativa le possibilità di eventuali ulteriori contagi. Pertanto – conclude la Corte d'Appello – *“se il Ministero facendo quant'era tecnicamente possibile per prevenire il rischio d'infezioni note o di cui era stata genericamente individuata la sussistenza (anche se non era stato ancora isolato e identificato il virus), avrebbe potuto conseguire il risultato di prevenire l'insorgere della malattia ancora non catalogata, l'unitarietà del bene salute che il Ministero aveva il compito di proteggere da eventi lesivi connessi alla trasfusione di sangue umano impone di considerare: a) prevedibile l'evento da prevenire; b) sussistente il nesso di causalità; c) conseguentemente configurabile la colpa”*.

(3) Con la citata sentenza il Supremo Collegio aveva, infatti, osservato che: «finché non erano conosciuti dalla scienza medica mondiale i virus dell'HIV, HBC ed HCV e quindi i test d'identificazione degli stessi, proprio perché l'evento infettivo da detti virus era già astrattamente inverosimile, poiché addirittura anche, astrattamente sconosciuto, manca il nesso causale tra la condotta omissiva del Ministero e l'evento lesivo, in quanto all'interno delle serie causali non può darsi rilievo che a quelle soltanto che, al momento in cui si produce l'omissione causante e non successivamente, non appaiono del tutto inverosimili, tenuto conto della norma comportamentale o giuridica, che imponeva l'attività omessa».

(4) In realtà quanto stabilito in proposito dalla S.U. con sentenza n. 581/2008 era già stato affermato dal Tribunale di Roma del 15 giugno 2001: il tribunale capitolino aveva infatti statuito come la responsabilità del Ministero non potesse essere circoscritta alle sole infezioni virali contratte successivamente alla predisposizione dei test diagnostici delle infezioni da HIV, HBV e HBC, ma doveva altresì estendersi anche ai casi in cui le infezioni potevano essere state contratte in epoca anteriore.

Ad onor del vero il giudice di prime cure non aveva del tutto omesso di prendere in considerazione tale ultimo aspetto, tuttavia aveva rilevato che quand'anche fossero state adottate tutte le possibili precauzioni del caso (nella fattispecie l'utilizzazione di tecniche di *screening* dei donatori con i *markers* c.d. surrogati), queste non avrebbero comunque avuto un'incidenza tale da limitare in maniera significativa il rischio d'infezione post-trasfusionale, dovendosi quantificare tale rapporto di probabilità, sulla base delle risultanze dell'esperita CTU, nella misura del 50% circa.

3. *L'accertamento del nesso causale ed il giudizio "controfattuale"*.

Il Collegio nella seconda parte della sentenza s'interroga, attraverso una lunga digressione giurisprudenziale, sulle modalità con cui deve condursi l'accertamento del nesso causale, rinvenendo ancora una volta nel *dictum* delle S.U. la risposta al quesito.

Posto che, come affermato dalle S.U., in tema di ricostruzione del nesso causale in materia "*vige la regola della preponderanza dell'evidenza o 'del più probabile che non'*" e che "*la causalità è tuttavia accertabile attraverso un giudizio ipotetico*", percorrendo l'iter logico del collegio – reso ancora più evidente dalla consequenzialità dei relativi passaggi logici – il giudice, onde rilevare la sussistenza o meno del nesso causale fra la condotta omissiva del Ministero e l'evento, deve:

- individuare la norma di condotta che si assume violata,
- accertare se l'evento sia ricollegabile all'omissione,
- infine accertare, mediante un giudizio prognostico o controfattuale, che cosa sarebbe verosimilmente accaduto se il soggetto tenuto avesse effettivamente posto in essere la condotta dovuta ed omessa,
- quindi, verificare se questa, ove tenuta, avrebbe scongiurato l'evento prospettato.

Impostata la questione sulla base delle indicate premesse, il collegio conclude che "*l'accertamento del rapporto di causalità ipotetica passa per il tramite del c.d. enunciato controfattuale, che colloca al posto dell'omissione il comportamento alternativo dovuto e quindi verifica se la condotta doverosa avrebbe evitato il danno lamentato dal danneggiato.*"

In tale ottica il giudizio sul nesso causale, come da insegnamento delle S.U., viene ancorato al criterio "*del più probabile che non*", a sua volta supportato da una legge scientifica o di copertura, che implica, peraltro, un'imprescindibile indagine peritale finalizzato alla "*quantificazione*" probabilistica utile a tal fine.

4. *Il coefficiente richiesto per l'accertamento del nesso causale e le relative conseguenze processuali.*

Quanto sopra esposto induce il collegio da un lato "*al rifiuto del riconoscimento di un illecito civile omissivo di 'mero pericolo' al di fuori dei casi di responsabilità oggettiva*" e, dall'altro, a "*devolvere al Giudice del merito della valutazione probabilistica nell'area ricompresa fra il 51% (desumibi-*

le dalla regola di preponderanza) sino al 100% (parametro di certezza giuridica)”.

In un tale contesto, perché trovi ingresso la tutela risarcitoria pretesa dal danneggiato, la logica del “*più probabile che non*” deve necessariamente sempre esprimersi in una misura probabilistica superiore al 51%, essendo questo il modello di analisi tratteggiato dalle S.U. in ambito responsabilità civile per danni da sangue infetto.

Ciò premesso, l’interpretazione della Corte d’Appello risulta alquanto discutibile: essa fa dipendere, in sostanza, l’esito del giudizio dalle percentuali di probabilità di volta in volta individuate in occasione delle indagini peritali espletate in corso di causa, escludendo la responsabilità del Ministero tutte le volte in cui questa si ponga al di sotto del 51% e configurandola nel caso inverso. È evidente l’aleatorietà e l’arbitrarietà di una simile regola di giudizio! Infatti, pur potendo non sconoscere la sostanziale omogeneità del metodo peritale applicato in tale ambito, tuttavia è innegabile che la sua concreta applicazione possa facilmente dare luogo a soluzioni non identiche, se non addirittura contrastanti.

Altra faccia della medaglia è costituita dal ruolo che è in tal modo conferito al CTU insieme all’incarico peritale: sempre meno *ausiliare del giudice* e sempre più *arbitro indiscusso* del processo, titolare di un potere che si sottrae per sua natura a qualsivoglia sindacato e controllo.

Se è vero, come la Corte afferma, che le S.U. hanno negato la validità in campo civilistico, alla stregua degli interessi in gioco, della regola di ragionevole certezza scientifica operante in campo penalistico, preferendo ad essa la regola della preponderanza delle probabilità, sorgerebbe allora l’esigenza processuale di fare di questa regola un uso consapevole e misurato: in attesa di ulteriori assestamenti giurisprudenziali (che, prevedibilmente, saranno condizionati dall’esito di una pluralità di future perizie) è inevitabile che nell’attuale fase il centro della contesa tenda a spostarsi dalle aule di giustizia agli ambulatori medico – legali, donde l’ovvia esigenza di ciascuna delle parti di presentarsi alle operazioni peritali munite di adeguata assistenza tecnica.

Allegato

Corte d’Appello di Torino, sezione terza civile, sentenza 6 giugno 2008 n. 790 – Pres. P. Prat – Est. U. Scotti – Cons. Riccomagno – G. F. c/ Ministero della Salute. (Responsabilità civile – Danno da emotrasfusione).

(Accertamento del nesso causale – Presupposti) La responsabilità del Ministero della Salute per omissione in tanto può dirsi fondata in quanto a monte sia dimostrato con preponderante grado di probabilità che l’effettuazione delle tecniche di “screening” o “markes” se opportunamente adottate avrebbe ridotto il rischio d’infezione post-trasfusionale.

«(Omissis) Fatto.

Il sig. F. assumeva di aver contratto il virus dell’epatite C (HCV) per effetto di trasfusioni di sangue ricevute nel periodo 1988 – 1989, in occasione di un ricovero ospedaliero presso l’Ospedale Martini di Torino, a seguito di un grave politrauma da incidente stradale.

Ciò premesso il Sig. F. conveniva avanti al Tribunale di Torino il Ministero della Salute, chiedendo la condanna al risarcimento di tutti i danni patiti conseguenti al contagio.

Si costituiva in giudizio l'Amministrazione convenuta, domandando il rigetto delle domande formulate nei suoi confronti, stante la mancata deduzione da parte attorea degli elementi dai quali potessero desumersi, ai sensi dell'art. 2043 c.c., i profili di responsabilità omissiva a suo carico.

Il Tribunale adito, esperita CTU medico legale, con sentenza n. 6252/2007 rigettava la domanda in quanto infondata. Avverso tale decisione proponeva appello la controparte ribadendo quanto argomentato in primo grado circa gli asseriti profili di responsabilità omissiva e censurando la decisione del giudice di prime cure per violazione e falsa applicazione degli artt. 2043, 2049 e 2050 c.c., nonché carenza di motivazione sotto il profilo della prevedibilità dell'infezione da HVC.

Costituendosi nel giudizio di secondo grado, il Ministero insisteva per il rigetto del gravame, chiedendo l'integrale conferma della sentenza per le ragioni esposte nel processo di primo grado.

Motivi della decisione

1. Premessa.

Per completezza occorre premettere che non appare rilevante ai fini di causa la previsione – contenuta nella legge 24 dicembre 2007 n. 244 (legge finanziaria per il 2008), artt. 1, commi da 361 a 365 – in ordine a stanziamenti finalizzati alla stipulazione di accordi transattivi con le vittime di trasfusione di sangue infetto nel rispetto di determinati criteri.

In difetto di raggiungimento dell'accordo transattivo, che le parti hanno dimostrato di non aver interesse a coltivare con la loro istanza di immediata decisione della causa, la controversia deve essere decisa sulla base degli elementi allo stato acquisiti.

2. L'istanza di consulenza tecnica d'ufficio proposta dall'appellante.

L'appellante chiede innanzitutto nelle proprie conclusioni, al punto A) di:

“disporre consulenza medico legale idonea ad accertare il danno biologico complessivo subito dall'esponente per l'epatopatia cronica HCV correlata contratta in conseguenza dei fatti per cui è causa, ivi compresa l'invalidità temporanea, valutando l'incidenza della patologia sulla capacità di lavoro generica e specifica, sulle attività sociali, relazionali e sportive, della necessità di cure ed assistenza sanitaria e non e/o parasanitaria, descrittiva anche delle sofferenze e dei dolori fisici; disporre consulenza medico legale idonea ad accertare altresì se in occasione delle somministrazioni subite dall'esponente, e anche precedentemente, furono adottate tutte le precauzioni prescritte dalle leggi e dai regolamenti vigenti all'epoca, ovvero dettate dalla ordinaria diligenza in conformità delle metodiche medico-chirurgiche stabilite dalla prassi o dalla scienza medica alla luce delle conoscenze scientifiche dell'epoca in relazione all'utilizzo di sangue, plasma ed emoderivati dal prelievo alla trasfusione e se altri metodi, quali la determinazione sistematica delle transaminasi dei donatori di sangue, esistessero e potessero fungere, e sin da che periodo di tempo, quale marker surrogato idoneo all'individuazione dei portatori di tali virus.”.

Al riguardo l'appellante non svolge nel suo atto di impugnazione, come sarebbe stato suo imprescindibile onere ex art. 342 c.p.c., alcuna considerazione critica – tantomeno puntuale e descrittiva – nei riguardi di quella parte della sentenza di primo grado che ha ritenuto di fondarsi sull'esperita consulenza tecnica medico-legale del dott. O., né, tantomeno nei confronti della stessa recepita relazione di c.t.u., sia in linea generale, sia con riferimento a suoi specifici passaggi logici.

In tale contesto, la richiesta di disposizione di una nuova consulenza, in rinnovazione di quella esperita in primo grado, della quale neppure vengono adottati in modo circostanziato i vizi e le imprecisioni ravvisati, si profila del tutto inammissibile.

3. *Le istanze istruttorie di parte appellante.*

L'appellante chiede altresì, sempre in via istruttoria, al punto B) delle sue conclusioni, di ammettere la prova per interpello e testi, sui seguenti capitoli:

1- *Al Sig. U. C., giovane talassemico in cura presso l'Azienda Ospedaliera O.L.R.M. S.Anna di Torino, è stata riscontrata la positività al virus HCV all'età di circa 17 anni, ed in particolare in data 30 giugno 1988, come si evince dalla cartella computerizzata prodotta (doc. 13);*

2- *Già dalla fine degli anni '60, tramite la determinazione sistematica delle transaminasi dei donatori di sangue, erano individuabili i portatori di virus epatici (docc. 2, 14);*

3- *Il 30 aprile 2002 l'esponente (per la prima volta) venne riscontrato positivo al virus dell'HCV in occasione di analisi ematochimiche effettuate presso l'Ospedale "Koelliker" di Torino (doc. 3);*

4- *L'esponente, in seguito alla contrazione delle infezioni da HCV, ancorché inconsapevole dell'epatopatia cronica, iniziò progressivamente ad accusare un costante senso di stanchezza, nausea, inappetenza e malessere generale che determinarono una drastica riduzione delle frequentazioni sociali;*

5- *Il Sig. F. quando conobbe la natura e l'infettività della propria malattia iniziò a temere di contagiare altre persone, in particolare i familiari, pregiudicando così la serenità dell'ambiente domestico; a vergognarsi della stessa patologia e che la notizia potesse diffondersi tra amici e conoscenti; ed a sentirsi umiliato ed a disagio ogniqualvolta, in occasione di controlli e visite mediche, i sanitari lo trattarono come "diverso" a causa del pericolo di contagio;*

6- *L'esponente, causa il costante aggravarsi delle proprie condizioni di salute ed i frequenti malesseri, maturò uno stato di sudditanza verso la propria condizione patologica, iniziò ad assumere un atteggiamento depressivo ormai permanente ed a temere per l'esito infausto della patologia;*

7- *Il Dr. A. B., specialista in medicina legale e delle assicurazioni, nella relazione medico legale del 15 ottobre 2003, esaminato il paziente e la sua storia clinica, ribadì la sussistenza del nesso causale tra l'epatopatia cronica contratta dall'esponente e le ripetute trasfusioni, e quantificò il danno biologico permanente subito dal Sig. F. nella misura del 50% (doc. 6);*

Al riguardo la parte appellante trascura completamente di esaminare e confutare le considerazioni addotte dal Primo Giudice con l'ordinanza istruttoria, del 23 maggio 2005, nient'affatto generica e dettagliatamente e scrupolosamente motivata.

L'appellante trascura altresì di considerare che i capitoli 4,5 e 6 sono stati ammessi dal Primo Giudice e che la prova è stata regolarmente assunta, sicché al proposito l'istanza dell'appellante pare obiettivamente incomprensibile.

Il capo 2, di natura valutativa, tende alla formulazione di un giudizio tecnico scientifico, opportunamente devoluto alla disposta c.t.u.

Il capo 3 attiene alla vicenda clinica dell'attore, risulta documentato ed è stato oggetto di indagine peritale.

Il capo 7 è documentale, come ritenuto dal Tribunale, e mira a ribadire il contenuto della valutazione del consulente di parte dell'attore.

Il capo 1, l'unico in relazione al quale la parte appellante sfoga specifiche considerazioni critiche nell'atto di impugnazione, mira a dimostrare, al pari della produzione correla-

ta di cui al doc. 13, che già nel 1988 era stato possibile diagnosticare, seppur in via sperimentale, l'infezione HCV (caso di U. C., giovane talassemico, presso l'Azienda ospedaliera O.I.R.M. S. Anna di Torino).

Al proposito, tuttavia, il Tribunale ha contrapposto una motivazione di merito (circa l'inefficienza dei controlli omessi a fornire una ragionevole sicurezza di prevenire l'evento lesivo) che deve essere oggetto di scrutinio in sede di esame dei motivi di appello.

4. Il motivo di appello.

L'appellante esordisce nel suo unico, seppur articolato, motivo di gravame, sostenendo che il Giudice delle prime cure era incorso in violazione e/o falsa applicazione degli artt. 2043, 2049 e 2050 c.c. e in omessa o insufficiente motivazione in relazione alla prevedibilità/non prevedibilità dell'infezione da HCV, pretendendo un criterio di imputazione causale prossimo alla certezza e non accontentandosi del più corretto criterio meramente probabilistico, accolto invece dalla più recente giurisprudenza di legittimità.

Inoltre dalla sentenza di primo grado risultava l'esistenza di metodiche di controllo (determinazione delle transaminasi) utili alla prevenzione che erano state colpevolmente disapplicate, come risultava da numerose consulenze tecniche espletate e da deposizioni testimoniali raccolte nei procedimenti civili relativi alla materia.

Aggiunge ancora l'appellante che studi specialistici americani, accessibili via Internet, permettevano di ritenere prevenibile nella misura dell'80% l'insorgere della patologia con l'adozione delle misure cautelative e che all'epoca dei fatti era già possibile diagnosticare, seppur in via sperimentale, l'infezione da HCV (caso U.C. presso l'Ospedale S. Anna di Torino, come offerto a prova testimoniale già in primo grado).

In sintesi – secondo l'appellante – al Ministero era imputabile il fatto di non aver reso cogente l'applicazione di metodiche di controllo già conosciute ed efficaci, poste più genericamente a tutela della salute umana e non necessariamente in prevenzione di uno specifico virus.

La doppia argomentazione mira a contrastare le considerazioni contenute nella decisione di primo grado *supra* ricapitolate in sede di svolgimento del processo ai punti da 5) a 10).

In effetti il Tribunale di Torino con riferimento al decisivo argomento delle metodiche di controllo già conosciute al momento dell'infezione per cui è causa ha fondato la propria decisione su di una duplice e concorrente motivazione.

4.1. Il primo argomento della sentenza impugnata: la necessità della preventiva individuazione nosografica della malattia.

Innanzitutto, secondo il Primo Giudice, il dovere di vigilanza e controllo incombente sull'Amministrazione poteva essere riferito solo alla prevenzione di patologie già conosciute dalla scienza medica dell'epoca, fra cui ancora non rientrava la epatite C, all'epoca non ancora individuata nosograficamente.

Pertanto, anche se nel 1988 erano già conosciuti studi che suggerivano l'effettuazione di uno "screening" con "markers", secondo metodiche avviate negli anni '80, che avrebbero potuto ridurre l'incidenza di epatite post trasfusionale Non A – Non B (come allora veniva descritta la patologia poi nosograficamente individuata come epatite C), all'epoca della trasfusione, anteriore alla scoperta ufficiale del virus dell'epatite C (avvenuta nel 1989), mancavano metodiche di screening specifici per gli anticorpi dell'epatite C e dell'epatite allora nota come "Non A – Non B", con la conseguenza che non poteva essere esteso anche alla patologia ignota l'obbligo giuridico di impedire il contagio dei virus già noti.

In sostanza, osserva l'appellante, le cautele prescritte in materia trasfusionale sono rivolte non già contro il rischio specifico di contrazione di un determinato virus (noto o meno che sia alla comunità scientifica), ma piuttosto in linea generale contro il rischio della

lesione della integrità fisio-psichica valutata nella sua unitaria complessità, in considerazione della potenzialità nociva intrinseca del sangue umano.

La doglianza è corretta e deve essere condivisa, come del resto ha fatto la Suprema Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, con il fondamentale arresto n. 581 dell'11 gennaio 2008, nel contesto delle numerose pronunce con cui il Supremo Organo giurisdizionale ha provveduto alla risistemazione complessiva degli indirizzi interpretativi in materia di danno da emotrasfusione.

La Suprema Corte, rinnegando l'orientamento precedente, espresso con la sentenza del 31 maggio 2005 n. 11609 (che aveva escluso la configurabilità del nesso di causalità fra la condotta omissiva imputata al Ministero e l'evento lesivo prima della data di acquisita conoscenza scientifica da parte della comunità medica mondiale dei vari virus HIV, HBC, HCV), ha puntualizzato:

- che non sussistono tre eventi lesivi, ossia tre serie causali del tutto autonome e indipendenti, ma un unico evento lesivo, ossia la lesione dell'integrità fisica (essenzialmente il fegato), per cui unico era il nesso causale (trasfusione con sangue infetto – contagio – lesione);

- che pertanto, a partire dalla data della conoscenza dell'epatite B è configurabile la responsabilità del Ministero anche per il contagio degli altri due virus, che non costituiscono eventi autonomi e diversi, ma solo forme di manifestazioni patologiche dello stesso evento lesivo dell'integrità fisica da virus veicolati dal sangue infetto, che il Ministero era tenuto a controllare;

- che anche sotto il profilo dell'elemento soggettivo era sufficiente la violazione dell'obbligo specifico di controllare che il sangue utilizzato per le trasfusioni o per gli emoderivati fosse esente da virus.

La Corte ritiene di accogliere siffatta impostazione, fondata sull'essenziale considerazione unificante del rischio di pregiudizio alla salute umana e sulla irrilevanza della specifica individuazione nosografica della malattia (epatite C) in un contesto in cui, sin dalla metà circa degli anni '70, era stata individuata una forma di epatite virale con diagnosi eziologica per esclusione (c.d. epatite "Non A – Non B"!).

In siffatto ambito appare del tutto corretta l'opinione patrocinata dal Supremo Collegio e messa invece in dubbio dal Tribunale torinese [cfr pag. 26: "*quand'anche si voglia ritenere estensibile (e qui non lo si ritiene) l'obbligo giuridico di impedire il contagio dei virus già noti anche alla patologia ignota...*" – n.d.r.: enfaticizzazioni aggiunte] secondo cui l'obbligo giuridico di tutelare la salute umana e di impedire il contagio dei virus già noti si estende anche alla prevenzione di virus affini (individuati in modo generico e per esclusione, ancorché non ancora connotati da una specifica determinazione nosografica), almeno quando esistano procedure e strumenti di controllo potenzialmente idonei a rivelarne la sussistenza, come ritenuto, quanto al caso di specie, tanto dal C.t.u., quanto dalla sentenza impugnata.

È stato accertato infatti che all'epoca del contagio subito da G. F. il rischio che le trasfusioni ematiche costituissero un fattore di rischio per la contrazione di un'epatite "Non A – Non B" era ampiamente noto alla comunità scientifica e quindi prevedibile e che la letteratura medica aveva da tempo evidenziato i *markers* surrogati utili al fine di stabilire le potenzialità infettive del sangue (quantificazione del livello delle transaminasi e ricerca degli anticorpi anti-HBcAg) per la tendenziale coincidenza epidemiologica tra le infezioni da HBV, HCV e HIV.

Se in altre e più povere parole, il Ministero, facendo quant'era tecnicamente possibile per prevenire il rischio di infezioni note o di cui era stata genericamente individuata la sussistenza (anche se non era ancora stato isolato e identificato il virus), avrebbe potuto conse-

guire il risultato di prevenire l'insorgere della malattia ancora non catalogata, l'unitarietà del bene salute che il Ministero aveva il compito di proteggere da eventi lesivi connessi alla trasfusione di sangue umano impone di considerare:

- a) prevedibile l'evento da prevenire;
- b) sussistente il nesso di causalità;
- c) conseguentemente configurabile anche la colpa.

Non persuadono le difese sul punto dispiagate in comparsa conclusionale dall'Amministrazione della Salute, fondamentalmente incentrate sulla critica alla decisione delle Sezioni Unite, qui condivisa, per poi patrocinarne una interpretazione correttiva e riduttiva, sostanzialmente "abrogante", secondo la quale le attività preventive dell'epatite B sarebbero rilevanti solo nei casi in cui le diverse infezioni fossero state precedute anche dalla manifestazione dell'epatite B.

Essenzialmente l'Avvocatura sostiene che gli eventuali controlli eseguiti quando i virus HIV e HCV non erano ancora stati scoperti non avrebbero consentito di scoprire alcunché e le partite di sangue controllate non sarebbero state comunque ritirate poiché non si sarebbe colta la presenza di alcun agente patogeno conosciuto.

Il che è proprio il contrario di quanto affermato dal C.t.u. e, in parte, ripreso dal primo Giudice: quel che viene dato per tecnicamente assodato è che se fossero stati eseguiti quegli specifici controlli, sia pure indirizzati al fine di prevenire altre forme di contagio o il pericolo di un generico contagio, sarebbe potuto emergere un indice di allarme tale da orientare gli operanti a doverosa cautela, sia pure al fine di prevenire una forma di patologia non ancora catalogata esattamente e semplicemente individuata per esclusione.

4.2. *Il secondo argomento della sentenza impugnata: i termini della questione.*

Quanto esposto conduce necessariamente al secondo aspetto concorrente nella motivazione adottata dal Tribunale torinese, che ha osservato che anche con l'utilizzazione delle tecniche di *screening* dei donatori con i *markers* c.d. surrogati, utili al fine di stabilire la potenzialità infettiva del sangue (quantificazione del livello di transaminasi attraverso le ALT e ricerca degli anticorpi per il core dell'HBsAg attraverso l'anti HBc), indicati già dalla letteratura medica dell'epoca (1988), il rischio di infezione post-trasfusionale non sarebbe stato comunque azzerabile in assoluto e poteva essere ridotto solo del 50%.

Pertanto, secondo il Giudice delle prime cure, il grado di probabilità di evitare la trasmissione del virus con l'adozione delle tecniche citate (50%) non era così prossimo alla certezza da far ritenere integrato il nesso causale in senso giuridico.

In altri e ancor più cari termini: quand'anche il Ministero avesse adottato prima del 1988 i controlli suggeriti dalla letteratura medica per evitare in linea generale il rischio di infezioni, a prescindere dalla precisa individuazione di una patologia nosograficamente definita, ciò non avrebbe offerto alcuna sicurezza di scoprire elementi tali da consigliare l'astensione dall'uso del sangue del donatore, elementi che si sarebbero delineati solo nel 50% circa dei casi.

Ossia: vi era un rapporto di probabilità del 50% che la condotta omessa fosse idonea a prevenire l'evento lesivo.

4.3. *Il grado di probabilità necessario per l'accertamento del nesso causale fra omissione ed evento.*

La dottrina e la giurisprudenza più recenti ritengono che in sede civile la parte attrice non abbia l'onere di provare in modo assolutamente rigoroso e certo i fatti dedotti e che il Giudice possa accontentarsi di un grado elevato di verosimiglianza e probabilità suffragato dalle prove raccolte; nella ricostruzione dei fatti il Giudice deve perciò accingersi alla decisione sulla base di una adeguata e ragionevole dimostrazione presuntiva, senza necessaria-

mente pretendere che tale prova sia offerta dall'attore in termini assolutamente rigorosi ed incontrovertibili.

Il principio generale del libero convincimento, che disciplina la valutazione della prova nel giudizio civile e che trova espressione nell'art. 116 c.p.c. esclude la necessità che la parte gravata dall'onere probatorio in ordine ad un fatto storico sia tenuta a dimostrarne la sussistenza in modo scientificamente certo e inoppugnabile, escludendo radicalmente l'astratta possibilità di una ipotesi alternativa.

La prova del fatto in questione, quand'anche offerta, come la legge consente, in linea di massima e salvo le eccezioni specificamente previste, in via presuntiva, ossia sulla base di elementi indiziari, gravi, precisi e concordanti (art. 2729 c.c.), è soddisfatta quindi anche da un grado di probabilità e di verosimiglianza sufficiente a determinare il ragionevole convincimento del Giudicante.

È accanita la disputa circa il grado di probabilità sufficiente in tale prospettiva, e in particolare è assai controverso stabilire se ci si possa accontentare della mera probabilità (intesa come superiorità delle possibilità rispetto alle diverse ricostruzioni: *id est* 51%) ovvero se, come spesso ritenuto, occorra un tasso *qualificato* di probabilità positiva.

Quel che è certo è che l'onere probatorio non può esser soddisfatto *dalla mera possibilità logica e scientifica* dell'evento dedotto in cui sia altrettanto possibile (o addirittura maggiormente probabile) una ricostruzione alternativa; infatti, ovviamente, in siffatta prospettiva il principio dell'onere probatorio di cui all'art. 2697 c.c., cardine del sistema, verrebbe totalmente infranto e vanificato:

- *“Con riguardo alla sussistenza del nesso di causalità fra lesione personale e condotta del medico, al fine dell'accertamento di eventuali responsabilità risarcitorie di quest'ultimo, ove il ricorso alle nozioni di patologia medica e medicina legale non possa fornire un grado di certezza assoluta, la ricorrenza del suddetto rapporto di causalità non può essere esclusa in base al mero rilievo di margini di relatività, a fronte di un serio e ragionevole criterio di probabilità scientifica, specie qualora manchi la prova della preesistenza, concomitanza o sopravvenienza di altri fattori determinanti. Ne consegue che la probabilità scientifica deve essere “qualificata” da ulteriori elementi idonei a tradurre in certezze giuridiche le conclusioni astratte svolte in termini probabilistici. (Nella specie la sentenza di merito, confermata dalla S.C., aveva respinto la domanda risarcitoria nei confronti dell'ente ospedaliero in relazione al danno asseritamente subito da un neonato per il ritardo del trasferimento nel reparto di pediatria, sul rilievo che il collegio peritale si era espresso in termini di mera possibilità).”* (Cassazione civile, sez. III, 11 novembre 2005, n. 22894);

- *“L'esistenza di una presunzione sulla quale sia possibile fondare la decisione di una causa può validamente desumersi in presenza di una pluralità di elementi di valutazione gravi precisi e concordanti, nei quali il requisito della gravità è ravvisabile per il grado di convincimento che ciascuno di essi è idoneo a produrre a fronte di un fatto ignoto, la cui esistenza deve poter essere dimostrata in termini di ragionevole certezza; il requisito della precisione impone che i fatti noti e l'iter logico del ragionamento probabilistico ben determinati nella loro realtà storica, ed il requisito unificante della concordanza richiede che il fatto ignoto sia di regola desunto da una pluralità di fatti noti gravi e precisi, univocamente convergenti nella dimostrazione della sua sussistenza, mentre la sommatoria di una serie di dati in sé insignificanti e privi di precisione e gravità non può assumere rilevanza alcuna. (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza di merito che aveva ritenuto provato il conferimento di un incarico professionale relativo alla stima di un immobile ed alla redazione di un computo metrico – estimativo (e non alla semplice redazione di un preventivo per le*

spese burocratiche di ristrutturazione, come sostenuto dai convenuti) sulla base della effettiva redazione del computo, del possesso in capo al professionista di piantine e fotografie dell'immobile, e della attribuzione di valore confessorio ad alcune frasi pronunciate dai presupposti committenti in corso di causa)." (Cassazione civile, sez. II, 24 febbraio 2004, n. 3646);

- *"Nel caso di malattia ad eziologia multifattoriale, il nesso di causalità relativo all'origine professionale della malattia non può essere oggetto di semplici presunzioni tratte da ipotesi tecniche teoricamente possibili, ma necessita di una concreta e specifica dimostrazione; e, se questa può essere data anche in termini di probabilità (sulla base delle particolarità della fattispecie essendo impossibile, nella maggior parte dei casi, ottenere la certezza dell'eziologia), è necessario pur sempre che si tratti di "probabilità qualificata", da verificarsi attraverso ulteriori elementi (come ad esempio i dati epidemiologici), idonei a tradurre la conclusione probabilistica in certezza giudiziale."* (Cassazione civile, sez. lav., 29 settembre 2000, n. 12909; conf. Cassazione civile, sez. lav., 24 marzo 2003, n. 4292; Cassazione civile, sez. lav., 12 maggio 2004, n. 9057; Cassazione civile, sez. lav., 25 maggio 2004, n. 10042; Cassazione civile, sez. lav., 20 maggio 2004, n. 9634; Cassazione civile, sez. lav., 21 giugno 2006, n. 14308; Cassazione civile, sez. lav., 26 maggio 2006, n. 12559; Cassazione civile, sez. lav., 1° marzo 2006, n. 4520).

- *"Nel processo civile, il ricorso alla presunzione richiede, da un lato, che i fatti noti siano certi ed univoci – nel senso che ciascuno di essi deve rafforzare il contenuto e il valore degli altri, dai quali, a sua volta, deve ricevere riscontro – e, dall'altro, che tra il fatto noto e quello da dimostrare sussista un legame che, pur senza essere di assoluta ed esclusiva necessità causale ma stabilito alla stregua di un canone di probabilità, sia esclusivo, nel senso che, sia pure con il metro della probabilità, dal fatto noto sia possibile inferire solo quello ignoto."* (Cassazione civile, sez. lav., 6 agosto 1999, n. 8489);

- *"Affinché sia riconoscibile valore giuridico alle presunzioni semplici è necessario che gli elementi presi in considerazione siano gravi, precisi e concordanti, ovvero devono essere tali da lasciar apparire l'esistenza del fatto ignoto come una conseguenza ragionevolmente probabile del fatto noto, dovendosi ravvisare una connessione tra i fatti accertati e quelli ignoti secondo le regole di esperienza che convincano di ciò, sia pure con qualche margine di opinabilità, senza che sia consentito al giudice, in mancanza di un fatto noto, fare riferimento ad un fatto presunto e far derivare da questo un'altra presunzione. (Nella specie la S.C., sulla scorta dell'enunciato principio, ha rilevato la correttezza della sentenza di appello impugnata, con la quale era stata negata la validità del ragionamento del giudice di primo grado, per affermare la tempestività della contestazione di addebito formulata nei confronti di un lavoratore dipendente da parte di una società-datrice di lavoro, in quanto nel sostenere che se quest'ultima avesse saputo delle inadempienze del suo dipendente lo avrebbe licenziato, aveva, in sostanza, finito con il risalire da un fatto ignoto ad altro fatto ignoto)." (Cassazione civile, sez. lav., 20 giugno 2006, n. 14115);*

- *"La prova del c.d. danno esistenziale (nel caso, da perdita dello stretto congiunto o danno parentale) può essere data anche con presunzioni semplici (od hominis), strumento di accertamento dei fatti di causa che può presentare anche qualche margine di opinabilità nell'operata riconduzione – in base a regole (elastiche) di esperienza – del fatto ignoto da quello noto, con il solo limite del principio di probabilità, in base al quale non occorre che i fatti su cui la presunzione si fonda siano tali da far apparire l'esistenza del fatto ignoto come l'unica conseguenza possibile dei fatti accertati secondo un legame di necessità assoluta ed esclusiva, ma è sufficiente che l'operata inferenza sia effettuata alla stregua di*

un canone di ragionevole probabilità con riferimento alla connessione degli accadimenti, la cui normale sequenza e ricorrenza può verificarsi secondo regole di esperienza, basate sull' "id quod plerumque accidit, valutabile ex art. 116 c.p.c. dal giudice, che con prudente apprezzamento può pertanto ravvisare la non necessità di ulteriore prova al riguardo." (Cassazione civile, sez. III, 12 giugno 2006, n. 13546);

- *"Nella prova per presunzioni non occorre che tra il fatto noto e il fatto ignoto, sussista un legame di assoluta ed esclusiva necessità causale, ma è sufficiente che il fatto da provare sia desumibile dal fatto noto come conseguenza ragionevolmente possibile secondo un criterio di normalità da stabilire alla stregua di canoni di probabilità con riferimento ad una connessione possibile e verosimile di accadimenti"*. (Cassazione civile, sez. III, 29 maggio 2006, n. 12802);

- *"Per la configurazione di una presunzione giuridicamente valida non occorre che l'esistenza del fatto ignoto rappresenti l'unica conseguenza possibile di quello noto secondo un legame di necessità assoluta ed esclusiva (sulla scorta della regola della inferenza necessaria), ma è sufficiente che dal fatto noto sia desumibile univocamente quello ignoto, alla stregua di un giudizio di probabilità basato sull' "id quod plerumque accidit" (in virtù della regola dell'inferenza probabilistica), sicché il giudice può trarre il suo libero convincimento dall'apprezzamento discrezionale degli elementi indiziari prescelti, purché dotati dei requisiti legali della gravità, precisione e concordanza. È da escludere, invece, che possa attribuirsi valore probatorio ad una presunzione fondata su dati meramente ipotetici."* (Cassazione civile, sez. III, 16 novembre 2005, n. 23079);

- *"In tema di presunzioni semplici, vige il criterio secondo cui le circostanze sulle quali la presunzione si fonda devono essere tali da lasciare apparire l'esistenza del fatto ignoto come una conseguenza ragionevolmente probabile del fatto noto, dovendosi ravvisare una connessione tra i fatti accertati e quelli ignoti secondo regole di esperienza che convincano di ciò, sia pure con qualche margine di opinabilità. Il relativo accertamento non è censurabile in Cassazione se sorretto da motivazione immune da vizi logici. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che, in tema di assegno divorzile, dalla circostanza che la richiedente si fosse qualificata come convivente con un terzo uomo in occasione della ricezione della notifica di un atto giudiziario a lui diretto, aveva desunto la effettività e la stabilità di siffatta condizione, dalla quale poi aveva fatto derivare il convincimento – basato anche sull'ulteriore rilievo relativo alla mancanza di stabile occupazione della donna, pur abile al lavoro – in ordine alla contribuzione del convivente al mantenimento della stessa)".* (Cassazione civile, sez. I, 25 ottobre 2005, n. 20671):

- *"In tema di presunzioni semplici, vige il criterio cui le circostanze sulle quali la presunzione si fonda devono essere tali da lasciare apparire l'esistenza del fatto ignoto come una conseguenza ragionevolmente probabile del fatto noto, dovendosi ravvisare una connessione fra i fatti accertati e quelli ignoti secondo regole di esperienza che convincano di ciò, sia pure con qualche margine di opinabilità. Il relativo accertamento non è censurabile in Cassazione se sorretto da motivazione immune da vizi logici (in applicazione di tali principi la S.C., in una controversia in ordine alla liquidazione di danni da illecito aquiliano, ha ritenuto conforme a massime di esperienza l'affermazione del giudice di merito che il figlio convivente maggiorenne arrechi degli apporti di mantenimento al genitore – nella specie la madre – con cui convive, trattandosi di circostanza comunemente percepita da un quivis de populo, in ragione dell'esistenza, come fenomeno sociale, della protrazione della convivenza del figlio maggiorenne, ancorché occupato, in vista dell'assicurazione a lui ed al nucleo familiare di migliori condizioni di vita derivanti dal concorso di più redditi)."* (Cassazione civile, sez. III, 23 marzo 2005, n. 6220).

La Suprema Corte, a Sezioni Unite, è intervenuta *in subiecta materia* proprio con le pronunce dell'11 gennaio 2008, e in particolare con le sentenze n. 581, 582 e 584, in tema di danno da emotrasfusione di sangue infetto, affermando che nel processo civile, a differenza del processo penale, in tema di ricostruzione del nesso causale “*vige la regola della preponderanza dell'evidenza o 'del più probabile che non' stante la diversità dei valori in gioco nel processo penale tra accusa e difesa, e l'equivalenza di quelle in gioco nel processo civile tra le due parti contendenti*”.

In particolare giova un cenno al nucleo essenziale della motivazione adottata dal Supremo Collegio:

“La causalità è tuttavia accertabile attraverso un giudizio ipotetico: l'azione ipotizzata, ma omessa, avrebbe impedito l'evento? In altri termini non può riconoscersi la responsabilità per omissione quando il comportamento omesso, ove anche fosse stato tenuto, non avrebbe comunque impedito l'evento prospettato: la responsabilità non sorge non perché non vi sia stato un comportamento antiggiuridico (l'omissione di un comportamento dovuto è di per sé un comportamento antiggiuridico), ma perché quell'omissione non è causa del danno lamentato.

Il Giudice pertanto è tenuto ad accertare se l'evento sia ricollegabile all'omissione (causalità omissiva) nel senso che non si sarebbe verificato se (causalità ipotetica) l'agente avesse posto in essere la condotta doverosa impostagli, con esclusione dei fattori alternativi.

L'accertamento del rapporto di causalità ipotetica passa attraverso l'enunciato “controfattuale” che pone al posto dell'omissione il comportamento alternativo dovuto, onde verificare se la condotta doverosa avrebbe evitato il danno lamentato dal danneggiato.

8.6 *Si deve quindi ritenere che i principi generali che regolano la causalità di fatto sono anche in materia civile quelli delineati dagli artt. 40 e 41 del c.p., e dalla “regolarità causale”, in assenza di altre norme nell'ordinamento in tema di nesso eziologico ed integrando essi principi di tipo logico e conformi a massime di esperienza.*

Tanto vale certamente allorché all'inizio della catena causale è posta una condotta omissiva o commissiva, secondo la norma generale di cui all'art. 2043 c.c.

Né può costituire valida obiezione la pur esatta considerazione delle profonde differenze morfologiche e funzionali tra accertamento dell'illecito civile ed accertamento dell'illecito penale, essendo il primo fondato sull'atipicità dell'illecito, essendo possibili ipotesi di responsabilità oggettiva ed essendo diverso il sistema probatorio.

La dottrina, che sostiene tale linea interpretativa, finisce per giungere alla conclusione che non può definirsi in modo unitario il nesso di causalità materiale in civile, potendo avere tante sfaccettature quante l'atipicità dell'illecito.

Altra parte della dottrina, sulla base delle stesse considerazioni, ha finito per dissolvere ogni questione sulla causalità materiale in una questione di causalità giuridica (in diversa accezione da quella sopra esposta, con riferimento all'art. 1223 c.c.), per cui un certo danno è addebitato ad un soggetto chiamato a risponderne ed il legame “causale” tra responsabile e danno è tutto normativo.

8.7. *Ritengono queste S.U. che le suddette considerazioni non sono decisive ai fini di un radicale mutamento di indirizzo, dovendosi solo specificare che l'applicazione dei principi generali di cui agli artt. 40 e 41 c.p., temperati dalla “regolarità causale”, ai fini della ricostruzione del nesso eziologico va adeguata alle peculiarità delle singole fattispecie normative di responsabilità civile.*

Il diverso regime probatorio attiene alla fase di accertamento giudiziale, che è successiva al verificarsi onotologico del fatto dannoso e che può anche mancare. Di questo si vedrà più ampiamente in seguito.

È vero che la responsabilità civile orbita intorno alla figura del danneggiato, mentre quella penale intorno alla figura dell'autore del reato, ma come è stato acutamente rilevato, un responsabile è pur sempre necessario, se non si vuole trasformare la responsabilità civile in un'assicurazione contro i danni, peraltro in assenza di premio.

L'atipicità dell'illecito attiene all'evento dannoso, ma non al rapporto eziologico tra lo stesso e l'elemento che se ne assume generatore, individuato sulla base del criterio di imputazione.

È vero, altresì che, contrariamente alla responsabilità penale, il criterio di imputazione della responsabilità civile non sempre è una condotta colpevole; ciò comporta solo una varietà di tali criteri di imputazione, ma da una parte non elimina la necessità del nesso di causalità di fatto e dall'altra non modifica le regole giuridico-logiche che presiedono all'esistenza del rapporto eziologico.

Il problema si sposta sul criterio di imputazione e sulle figure (tipiche) di responsabilità oggettiva. È esatto che tale criterio di imputazione è segnato spesso da un'allocazione del costo del danno a carico di un soggetto che non necessariamente è autore di una condotta colpevole (come avviene generalmente e come è previsto dalla clausola generale di cui all'art. 2043 c.c., secondo il principio classico, per cui non vi è responsabilità senza colpa: "ohne schuld keine haftung"), ma ha una determinata esposizione a rischio ovvero costituisce per l'ordinamento un soggetto più idoneo a sopportare il costo del danno (dando attuazione, anche sul terreno nostra Costituzione) ovvero è il soggetto che aveva la possibilità della cost benefit analysis, per cui deve sopportare la responsabilità, per essersi trovato, prima del suo verificarsi, nella situazione più adeguata per evitarlo nel modo più conveniente, sicché il verificarsi del danno discende da un'opzione per il medesimo, assunta in alternativa alla decisione contraria.

Senonché il criterio di imputazione nella fattispecie (con le ragioni che lo ispirano) serve solo ad indicare quale è la sequenza causale da esaminare e può anche costituire un supporto argomentativo ed orientativo nell'applicazione delle regole proprie del nesso eziologico, ma non vale a costituire autonomi principi della causalità. Sostenere il contrario implica riportare sul piano della causalità elementi che gli sono estranei e che riguardano il criterio di imputazione della responsabilità o l'ingiustizia del danno.

8.8. Un rapporto causale concepito allo stato puro tende all'infinito. La responsabilità oggettiva non può essere pura assenza o irrilevanza dei criteri soggettivi di imputazione, bensì sostituzione di questi con altri di natura oggettiva, i quali svolgono nei confronti del rapporto di causalità la medesima funzione che da sempre è propria dei criteri soggettivi di imputazione nei fatti illeciti. Mentre nella responsabilità per colpa quest'ultima si asside su un nesso causale tra evento e condotta ai fini della qualificazione di quest'ultima in funzione della responsabilità, nella responsabilità oggettiva sono i criteri di imputazione ad individuare il segmento della sequenza causale, tendenzialmente infinita, alla quale fare riferimento ai fini della responsabilità.

Anzi, a ben vedere, sono decisivi nella sfera giuridica "da fare responsabile". Ciò perché nella fattispecie di responsabilità oggettiva il nesso causale non si identifica nel rapporto eziologico tra evento e condotta di un agente candidato alla responsabilità, bensì o si riferisce alla condotta di altri o addirittura non coincide con una condotta, bensì con una concatenazione tra fatti di altra natura, inidonea a risolvere la questione della responsabilità. Tale questione la norma di volta in volta risolve mediante qualcosa di ulteriore, che è costituito da una qualificazione, espressiva appunto del criterio di imputazione. Esso in questo caso non si limita a stabilire quale segmento di una certa causale debba ritenersi

rilevante ai fini della responsabilità, ma addirittura serve ad individuare la catena causale alla quale fare riferimento e, attraverso tale riferimento, la sfera soggettiva sulla quale deve gravare il costo del danno.

8.9. *Senonché detto ciò, ai fini dell'individuazione del soggetto chiamato alla responsabilità dal criterio di imputazione, un nesso causale è pur sempre necessario tra l'evento dannoso e, di volta in volta, la condotta del soggetto responsabile (in ipotesi di responsabilità per colpa) o la condotta di altri (ad es. art. 2049 c.c.) o i fatti di altra natura considerati dalla specifica norma (ad es. artt. 2051, 2052, 2054 c.c., comma 4), posti all'inizio della serie causale.*

Rimane il problema di quando e come rilevi giuridicamente tale "concatenazione causale" tra la condotta di altri e l'evento ovvero tra il fatto di altra natura e l'evento (di cui debba rispondere il soggetto gravato della responsabilità oggettiva).

In assenza di norme civili che specificamente regolino il rapporto causale, ancora occorre far riferimento ai principi generali di cui agli artt. 40 e 41 c.p., con la particolarità che in questo caso il nesso eziologico andrà valutato non tra la condotta del soggetto chiamato a rispondere, ma tra l'elemento individuato dal criterio di imputazione e l'evento dannoso.

In altri termini, mentre nella responsabilità penale il rapporto eziologico ha sempre come punto di riferimento iniziale la condotta dell'agente, in tema di responsabilità civile extracontrattuale il punto di partenza del segmento causale rilevante può essere anche altro, se in questi termini la norma fissa il criterio di imputazione, ma le regole per ritenere sussistente, concorrente, insussistente o interrotto il nesso causale tra tale elemento e l'evento dannoso, in assenza di altre disposizioni normative, rimangono quelle fissate dagli artt. 40 e 41 c.p.

Il rischio o il pericolo, considerati eventualmente dalla ratio dello specifico paradigma normativo ai fini dell'allocatione del costo del danno, possono sorreggere la motivazione che porta ad accertare la causalità di fatto, ma restano categorie di mero supporto che da sole non valgono a costruire autonomamente una teoria della causalità nell'illecito civile.

8.10. *Essendo questi i principi che regolano il procedimento logico-giuridico ai fini della ricostruzione del nesso causale, ciò che muta sostanzialmente tra il processo penale e quello civile è la regola probatoria, in quanto nel primo vige la regola della prova "oltre il ragionevole dubbio" (cfr. Cass. Pen. S.U. 11 settembre 2002, n. 30328, Franzese), mentre nel secondo vige la regola della preponderanza dell'evidenza o "del più probabile che non", stante la diversità dei valori in gioco nel processo penale tra accusa e difesa, e l'equivalenza di quelli in gioco nel processo civile tra le due parti contendenti, come rilevato da attenta dottrina che ha esaminato l'identità di tali standards delle prove in tutti gli ordinamenti occidentali, con la predetta differenza tra processo civile e penale (in questo senso vedansi: la recentissima Cass. 5 settembre 2006, n. 19047; Cass. 4 marzo 2004, n. 4400; Cass. 21 febbraio 2000, n. 632).*

Anche la Corte di Giustizia CE è indirizzata ad accertare che la causalità non possa che poggiarsi su logiche di tipo probabilistico (CGCE, 13 luglio 2006, n. 295, ha ritenuto sussistere la violazione delle norme sulla concorrenza in danno del consumatore se "appaia sufficientemente probabile" che l'intesa tra compagnie assicurative possa avere un'influenza sulla vendita delle polizze della detta assicurazione; Corte giustizia CE, 15 febbraio 2005, n. 12, sempre in tema di tutela della concorrenza, ha ritenuto che "occorre postulare le varie concatenazioni causa - effetto, al fine di accogliere quelle maggiormente probabili").

Detto standard di “certezza probabilistica” in materia civile non può essere ancorato esclusivamente alla determinazione quantitativa – statistica delle frequenze di classi di eventi (c.d. probabilità quantitativa o pascaliana), che potrebbe anche mancare o essere inconferente, ma va verificato riconducendone il grado di fondatezza all’ambito degli elementi di conferma (e nel contempo di esclusione di altri possibili alternativi) disponibili in relazione al caso concreto (c.d. probabilità logica o baconiana). Nello schema generale della probabilità come relazione logica va determinata l’attendibilità dell’ipotesi sulla base dei relativi elementi di conferma (c.d. evidence and inference nei sistemi anglosassoni).”

Le Sezioni Unite hanno così puntualizzato che in tema di illecito omissivo, dopo la preliminare individuazione della norma di condotta (legale o contrattuale) violata, ossia della norma che imponeva a carico di un certo soggetto un obbligo generico o specifico di tenere un determinato comportamento, occorre emettere un giudizio prognostico (*ex post*: utilizzando cioè al fine della valutazione anche le conoscenze scientifiche e le acquisizioni attuali) o, se si preferisce, un giudizio controfattuale, stabilendo così, che cosa sarebbe avvenuto se il soggetto tenuto avesse effettivamente posto in essere il comportamento dovuto ed omissivo e verificare se così facendo l’evento dannoso sarebbe stato o meno scongiurato.

Pertanto, secondo, gli insegnamenti delle Sezioni Unite, la soluzione del problema implica la risposta ad un giudizio ipotetico, ossia “*l’azione ipotizzata ed omessa avrebbe impedito l’evento?*”

Si ritiene, infatti, di dover negare la rilevanza causale della responsabilità per omissione quando il comportamento omissivo, ove anche fosse stato tenuto, non avrebbe comunque impedito l’evento prospettato: in tali ipotesi la responsabilità non sorge, non già perché non vi sia stato un comportamento antiggiuridico (essendosi viceversa concretata omissione di un comportamento dovuto), ma solo perché l’omissione riscontrata non può essere causa del danno lamentato.

In tema di causalità omissiva il Giudice deve pertanto accertare se l’evento sia ricollegabile all’omissione e quindi determinare se l’evento non si sarebbe verificato se l’agente avesse posto in essere la condotta doverosa impostagli, con esclusione di fattori alternativi.

L’accertamento del rapporto di causalità ipotetica passa quindi per il tramite del c.d. enunciato controfattuale, che colloca al posto dell’omissione il comportamento alternativo dovuto e quindi verifica se la condotta doverosa avrebbe evitato il danno lamentato dal danneggiato.

Ovviamente si tratta di un giudizio probabilistico che implica la considerazione speculativa di una serie causale alternativa al reale.

Non è chi non veda che l’onere del Giudice nell’assolvere a tale compito è assai più difficile che nella simmetrica situazione in cui è chiamato a valutare la sussistenza del nesso causale tra il comportamento commissivo e l’evento dannoso (in cui giudica *secundum factum* in linea con lo sviluppo storico della vicenda) dal momento che la valutazione del nesso causale in tema di illecito omissivo si articola *contra factum* e postula la supposizione di una serie storica alternativa.

Per capirsi: è molto più facile stabilire se la sconfitta di Napoleone nella piana di Waterloo è stata provocata da un certo particolare schieramento dei granatieri o dalle caratteristiche climatiche del giorno del combattimento piuttosto che pronunciarsi sulla rilevanza causale di un ordine che Napoleone ha omissivo di disporre che avrebbe, in ipotesi, potuto salvare l’esito dello scontro, giacché nel primo e non nel secondo caso, la storia con la ricchezza dei suoi particolari aiuta il responsabile della valutazione.

Da più parti ci si attendeva dalle Sezioni Unite un segnale più preciso circa la soglia di

probabilità richiesta per la configurazione del nesso causale (verosimiglianza, buona possibilità; elevato grado di probabilità; livello di probabilità così elevato da equivalere alla certezza scientifica).

La risposta dei Giudici Supremi – se non può dirsi conclusiva per orientare nella soluzione di tutti i futuri conflitti – non è stata però certamente elusiva perché, da un canto ha negato la validità in campo civilistico, alla stregua degli interessi in gioco, della regola di ragionevole certezza scientifica, operante in campo penalistico (in cui campeggia, a tutela del bene della libertà personale dell'imputato, la regola probatoria della prova oltre il ragionevole dubbio), e, dall'altro, ha suffragato la regola della preponderanza delle probabilità, quale strumento di soluzione del conflitto civilistico.

Il che comporta il rifiuto del riconoscimento di un illecito civile omissivo “di mero pericolo” al di fuori dei casi della responsabilità oggettiva (non potendo neppure venire in considerazione *ratione temporis* il principio di precauzione – *Vorsorge Prinzip* sancito dall'art. 174, 2° comma, del trattato CEE, come riformulato a Maastricht nel 1992: cfr. anche Cass. 23 gennaio 2007 n. 1391) e la devoluzione al Giudice del merito della valutazione probabilistica nell'area ricompresa fra il 51% (desumibile dalla regola di preponderanza) sino al quasi 100% (parametro di certezza scientifica).

4.4. *La distribuzione delle probabilità in caso di adozione dello screening attraverso i markers surrogati.*

E tuttavia – osserva la Corte – anche il ripudio in ambito civilistico della regola di certezza (a cui sembra essersi attenuto il Tribunale: “*il livello di probabilitànon appare così prossimo alla certezza da far ritenere integrato il nesso causale in senso giuridico*”) per l'auspicato accoglimento della logica probabilistica, così autorevolmente consigliata, non può condurre in concreto a un risultato favorevole per l'appellante, perché l'accertamento del nesso di causalità pur sempre postula una preponderanza (più o meno apprezzabile e consistente) della probabilità del collegamento causale rispetto alla probabilità contraria, che nella fattispecie non sussiste alla luce delle indicazioni fornite dal C.t.u. dott. M.O. che ha situato all'incirca nel 50% il grado di probabilità che segnali di allarme sarebbero stati ritratti dall'adozione delle tecniche di *screening* con i *markers* già noti negli anni '80.

La Corte ha compreso dal materiale scientifico acquisito in causa (ossia essenzialmente dalla relazione del dott. M.O. e dall'intervista asseverata del prof. A., su cui *infra*) che la comunità scientifica, stimolata da alcuni gruppi di ricercatori di avanguardia, nel corso degli anni '80, ossia in un'epoca in cui ancora non era stato isolato il virus e conseguentemente l'anticorpo dell'epatite C, ma già erano ben noti sia l'esistenza di una patologia epatica, non precisamente classificata e genericamente descritta, in negativo come “Non A non B”, sia il collegamento eziologico di tale patologia con le pratiche trasfusionali, aveva elaborato dei sistemi di selezione di donatori per ridurre il coefficiente di rischio di infezione, sostanzialmente basati sul rilievo di fattori di allarme generico (livello delle transaminasi attraverso le ALT nel sangue del donatore: a partire dal 1981-1982; ricerca degli anticorpi anti-HBc, in associazione con il primo esame: a partire dal 1984-1986).

In entrambi i casi la prima data si riferisce alla divulgazione del primo studio scientifico e la seconda data alla prima conferma autonoma dei suoi risultati da parte di uno studio indipendente, elemento questo che comunemente si ritiene accrediti scientificamente la validità dell'elaborazione.

Come spesso accade nel progresso scientifico, caratterizzato dalla ricerca empirica “sul campo”, i ricercatori non avevano individuato chiaramente le ragioni specifiche dell'utilità di tali esami, intuiva sulla scorta della somiglianza epidemiologica con l'epatite B, ma ave-

vano colto un'apprezzabile correlazione causale nel senso della notevole maggior incidenza della trasmissione di epatite "non A non B" da parte dei soggetti positivi a tali esami rispetto ai soggetti negativi ad essi; e comunque per chiarezza, era altrettanto chiaro e noto che non tutte e neppure la maggior parte delle infezioni era provocata dal contagio da parte di soggetti positivi agli esami di cui si discute.

Se il contesto civilistico consente l'abbandono della regola di certezza giuridica preteso per l'adozione delle più gravi sanzioni penali, che severamente vanno ad incidere sul bene della libertà personale dell'individuo, e conseguentemente autorizza il Giudice della contesa intersoggettiva a dirimere il conflitto alla stregua della regola probabilistica, ciò non permette tuttavia di decretare l'accertamento sulla base di un mero equilibrio di possibilità, quale quello delineato nel caso di specie.

Se tali sono le premesse e il contesto dell'indagine, il Giudice avrebbe dovuto verificare – anche attraverso un giudizio presuntivo e probabilistico – se il contagio di G.F., alla fine del 1988 si sarebbe ugualmente verificato nel caso in cui fossero stati imposti da parte dell'Amministrazione Sanitaria statale, in conformità all'insegnamento impartito già negli anni '80 (e certamente dal 1986) dalla comunità scientifica i controlli preventivi sulle persone dei donatori basati sui *tests* combinati volti a riscontrare un valore anormale delle ALT e lo stato anti – HBC.

Orbene, intrapresa tale (corretta) strada, il Tribunale di Torino si è arrestato sulla base di una specifica affermazione proveniente dal C.t.u. dott. M.O., per osservare che se anche la letteratura medica dell'epoca (1988) aveva già da tempo indicato i *markers* surrogati utili al fine di stabilire la potenzialità infettiva del sangue, ossia quantificazione del livello di transaminasi nel sangue dei donatori e ricerca degli anticorpi anti-HBCAg, il fatto che il rischio di infezione post trasfusionale, non fosse azzerabile in assoluto e fosse riducibile solo del 50% comportava che il livello di probabilità di evitare la trasmissione del virus con l'adozione delle tecniche citate non era così prossimo alla certezza da far ritenere integrato il nesso causale in senso giuridico.

L'appellante contesta anche, seppur in modo indiretto, nel suo atto di impugnazione il grado di probabilità indicato dal C.t.u. e richiama difformi opinioni di consulenti e medici (il C.t.u. prof. P., il dott. C. e il prof. A. sentiti come testi in causa dinanzi al Tribunale di Roma, il prof. A. in una perizia asseverata, congegnata con il metodo dell'intervista a quesiti) e risultati di *tests* scientifici, in parte ritratti da Internet, per sostenere che il livello di probabilità attinto nella prevenzione del rischio di infezioni dalla tempestiva adozione dello *screening* attraverso i *markers* sopra citati sarebbe stato dell'80% circa.

E tuttavia la gran parte delle opinioni prodotte, (trascritte in lingua inglese nel testo dell'atto di appello), non godono di alcun conforto circa la loro obiettiva esistenza, contestualizzazione, rilevanza e serietà scientifica e si risolvono pertanto nella mera asserzione di difformi opinioni non dimostrate nella loro esistenza e non accreditate nella loro rilevanza.

Resta il fatto che il C.t.u. designato ha ritenuto nel contraddittorio delle parti di accreditare all'incirca nel 50% il presumibile effetto segnaletico dell'adozione della tecnica di scrutinio con i *markers* in questione e nulla dimostra che la sua opinione fosse errata, tanto più che lo stesso C.t.p. attoreo aveva dichiarato di convenire con le conclusioni del Perito di Ufficio (cfr. relazione del C.t.u., pag. 36 in fondo) e che la stessa parte attrice non aveva affatto contestato tale valutazione peritale, riportandola al contrario nel testo della sua comparsa conclusionale.

Non vi sono quindi ragioni di ritenere errata la valutazione probabilistica espressa dal Consulente e criticata solo indirettamente, in modo apodittico e indimostrato, con l'atto di appello.

Non giova alla parte attrice appellante neppure un più attento scrutinio – in linea oggettiva – del contenuto delle produzioni da essa eseguite; la gran parte delle contrastanti opinioni espresse dai periti e testimoni indicati non fornisce alcun riscontro circa le origini del convincimento probabilistico da loro espresso.

Il parere *pro veritate* espresso dal prof. A., prodotto come doc. 4 da parte appellante e corredato della traduzione in lingua italiana, merita invece la più attenta considerazione per la qualificazione professionale del suo redattore, esperto in materia di epatite post trasfusionale, per l'analiticità del suo approccio e il continuo e scrupoloso riferimento alle fonti di convincimento a cui il Perito ha attinto.

Il parere in questione chiarisce efficacemente la vicenda storica dell'adozione dello *screening* attraverso i *markers* surrogati al fine della prevenzione delle epatiti post trasfusionali, dapprima solo sulle ALT dei donatori e poi anche attraverso il test anti HBc (in sostanza un *test* volto a verificare una reazione anticorpale dell'organismo nei confronti di una componente virale rintracciabile anche nell'epatite all'epoca conosciuta come solo "non A non B").

L'attento esame del parere, che contiene una puntuale, specifica e documentata descrizione della riduzione della percentuale di insorgenza della epatite "Non A non B" post trasfusionale in caso di adozione congiunta e combinata dei due *test* a partire dal 1986, non conduce peraltro a risultati più favorevoli per la tesi attorea di quelli considerati dal C.t.u.:

- risposta al quesito 11 in fondo "...prevedemmo che lo screening dei donatori per l'anti-HBC, da solo, avrebbe ridotto l'incidenza della NANB-PTH del 21,4%, lo screening per le ALT del 29,9% e lo screening per entrambi i markers surrogati del 39,2%...";

- pag. 2, sub "Introduzione...": "Riportammo così nel nostro articolo del 1981: circa il 40% dei casi di NANB-PTH tra i riceventi del nostro studio si sarebbero potuti evitare eliminando unità di sangue con un livello di ALT che si collocasse nel 3% superiore dei livelli della distribuzione (e cioè un livello di ALT [equivalente o superiore] a 45 U.I.");

- pag. 3, sempre sub "Introduzione....." "Un importante studio prospettico pubblicato nel 1992 ha documentato l'effettivo impatto dei tre test surrogati sui donatori in tre grandi ospedali, uno a Baltimore, MD, e due a Houston, Texas.....Differenze che hanno rappresentato una riduzione del 40% nei casi di epatite e del 42% della epatite NANB-PTH/C per ogni unità di sangue trasfuso, cifre che ricadono nel livello più alto di impatto che il gruppo TTVS aveva originariamente predetto.";

- e ancora a pag. 3 con riferimento ad un successivo studio prospettico internazionale condotto in Canada: "I ricercatori hanno dimostrato che lo screening per il marker surrogato riduceva la possibilità di trasmettere l'epatite C fino al 40%, nuovamente un valore coincidente con le nostre aspettative originali".

4.5. Confutazione di una possibile obiezione.

Né si può ravvisare un errore prospettico celato dal ragionamento del Primo Giudice nel passaggio dall'enunciazione generale al caso particolare.

Si potrebbe cioè argomentare:

- che una cosa è il ritenere – come fa il C.t.u. e come fa lo stesso prof. A. – che l'adozione degli *screenings* in questione avrebbe ridotto l'incidenza dell'insorgenza dell'epatite post trasfusionale del 50% circa (o meno) dei casi e rimanere quindi con il dubbio irrisolvibile se G.F. si sarebbe collocato nella metà dei casi prevenuti o nella metà dei casi comunque pregiudicati;

- che altra e diversa cosa è la valutazione del caso concreto in cui risultano acquisiti elementi istruttori per ritenere che con ogni probabilità l'effettuazione dell'esame avrebbe sortito un risultato di allarme tale da prevenire l'utilizzo del sangue infetto;

- che dalla decisione del 26 novembre 2003 della Commissione medica costituita per l'esame della pratica dell'indennizzo ai sensi della legge 210 del 1992 risulta che la Banca del Sangue di Torino in data 5 agosto 2003 aveva identificato la sacca fonte della probabile infezione subita dal Sig. G.F. e aveva rintracciato ed esaminato il soggetto donatore, che si era rivelato "Anti-HCV" positivo;

- che proprio sulla base di tale elemento sia la Commissione medica, sia il C.t.u. dott. O., sia lo stesso Giudice hanno riconosciuto la sussistenza della relazione causale fra la trasfusione e l'insorgere della malattia, ritenendo cioè soddisfatti i criteri medico-legali con criterio di ragionevole sicurezza e quindi accertato che l'attore avesse contratto la malattia in seguito alle emotrasfusioni praticategli alla fine del 1988 presso l'ospedale Martini di Torino;

- che, se pur, in linea generale, solo nel 50% dei casi il ricorso agli esami in questione sulla persona del donatore avrebbe fornito contro-indicazioni utili, nel caso concreto le probabilità sarebbero state ben più elevate (e avrebbero rasentato la certezza) per la semplice ragione che il donatore della sacca di sangue infetta si era rivelato nel 2003 come portatore dell'anti HCV.

E tuttavia l'intero ragionamento, e con esso l'obiezione, crolla come un castello di carte ove si consideri che l'esame praticato nel 2003 mirava a ricercare nel sangue del donatore il virus e l'anticorpo dell'epatite C (HCV) ormai identificato e conosciuto, e non equivale affatto agli esami alternativi ipotizzati come noti alla scienza almeno nel 1986 (che miravano a cogliere segnali di allarme e di aumento del coefficiente di rischio della trasfusione basati sulla somiglianza epidemiologica dell'epatite C, allora conosciuta come "Non A non B", con l'epatite B), né in termini di obiettivo della ricerca, né in termini di probabilità di individuazione di un veicolo di infezione: in altri termini è del tutto possibile ed anzi probabile che l'incognito donante del sangue utilizzato dall'attore, ora sicuramente accertato come soggetto portatore degli anticorpi dell'epatite C grazie agli esami attualmente disponibili, potesse non rivelare alcun segnale di allarme ove sottoposto nel 1988 all'esame del livello delle transaminasi attraverso le ALT e alla ricerca dell'anticorpo anti-HBc (e ciò secondo il dott. O. nella misura del 50% e secondo il prof. A. nella misura del 60,8%).

5. *Le ulteriori considerazioni di parte appellante.*

L'appellante aggiunge ancora che sussistevano anche i titoli di responsabilità *ex artt.* 2049 e 2050 c.c. e da responsabilità contrattuale come risultava da varia giurisprudenza di merito.

Il motivo risulta confezionato in modo talmente generico da non attingere la soglia dell'ammissibilità, visto che non indica né le motivazioni censurate né le ragioni specifiche degli errori commessi dal Giudice, limitandosi alla riaffermazione astratta di una tesi, non suffragata da una pertinente e specifica censura connotata dall'idoneità logica alla confutazione del *decisum*.

6. *Conclusioni.*

Occorre procedere quindi alle puntualizzazioni necessarie.

1. L'ammissibilità della domanda attrice e la sua compatibilità con la richiesta di indennizzo ai sensi della legge 210 del 1992 sono state ritenute dal primo Giudice con statuizione non censurata.

2. L'eccezione di prescrizione è stata respinta dal primo Giudice con statuizione non censurata e non è stata riproposta da parte appellata.

3. La sentenza ha accertato con sicurezza che l'attore aveva contratto la malattia in seguito alle emotrasfusioni praticategli alla fine del 1988 presso l'Ospedale Martini di Torino, in conformità al parere espresso dal C.t.u. e dalla Commissione Medica *ex legge*

210/1992 e sul punto neppure la parte appellata ha più svolto contestazioni nel presente giudizio di impugnazione.

4. La Corte condivide l'opinione espressa dal primo Giudice che il Ministero era nel 1988 titolare di un ben preciso dovere di vigilanza e controllo, anche mirato alla prevenzione del rischio da infezioni, sull'attività sanitaria in generale e sulla raccolta e distribuzione del sangue destinato alle trasfusioni in particolare, come del resto insegnato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con le sentenze dell'11 gennaio 2008 (n. 576 e n. 581) che hanno affermato “*che sul Ministero gravava un obbligo di controllo, direttiva e vigilanza in materia di impiego di sangue umano per uso terapeutico (emotrasfusione o preparazione di emoderivati) anche strumentale alle funzioni di programmazione coordinamento in materia sanitaria, affinché fosse utilizzato sangue non infetto e proveniente da donatori conformi agli standards di esclusione dei rischi*”.

5. Tale dovere di vigilanza e controllo poteva essere riferito anche a patologie ancora non individuate nosograficamente dalla scienza medica dell'epoca, ma già sostanzialmente note nella loro consistenza patologica, come l'epatite C, negli anni '80 individuata per esclusione come “Non A non B”. D'altro canto, come insegnato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, poiché non sussistono tre eventi lesivi, ossia tre serie causali del tutto autonome e indipendenti, ma un unico evento lesivo, ossia la lesione dell'integrità fisica (essenzialmente del fegato), unico deve ritenersi il nesso causale (trasfusione con sangue infetto – contagio – lesione) e pertanto, a partire dalla data di conoscenza dell'epatite B è configurabile la responsabilità del Ministero anche per il contagio degli altri due virus, che non costituiscono eventi autonomi e diversi, ma solo forme di manifestazioni patogene dello stesso evento lesivo dell'integrità fisica da virus veicolati dal sangue infetto, che il Ministero era tenuto a controllare; anche sotto il profilo dell'elemento soggettivo era sufficiente la violazione dell'obbligo specifico di controllare che il sangue utilizzato per le trasfusioni o per gli emoderivati fosse esente da virus.

6. È dimostrata l'esistenza nel 1988 di studi che suggerivano l'effettuazione di uno “*screening*” con “*markers*”, secondo metodiche avviate negli anni '80, che avrebbero potuto ridurre l'incidenza di epatite post trasfusionale Non A – Non B (come allora veniva descritta la patologia poi nosograficamente individuata come epatite C) dal momento che la letteratura medica dell'epoca aveva già da tempo indicato i *markers* surrogati utili al fine di stabilire la potenzialità infettiva del sangue, ossia quantificazione del livello di transaminasi attraverso le ALT nel sangue dei donatori (1981-1982) e la ricerca degli anticorpi anti-HBC (1984-1986).

7. Con ricorso a tali metodiche il rischio di infezione post trasfusionale non era azzeccabile in assoluto e poteva essere ridotto all'incirca del 40-50%.

8. Nel caso concreto non è dimostrato con elevato o anche solo preponderante tasso di probabilità che l'effettuazione dello *screening* combinato con il ricorso ai due *test* già noti in letteratura avrebbe portato all'individuazione di un portatore del virus nel soggetto che ha donato una sacca del suo sangue al Sig. G.F.

9. Pertanto non sussistono i presupposti per la condanna dell'Amministrazione della Salute *ex art.* 2043 c.c. al risarcimento dei danni subiti dall'attore G.F. in conseguenza della contrazione della malattia e del *vulnus* subito alla sua validità biologica, non potendosi ritenere accertato il nesso di causalità fra l'omissione imputata al Ministero e l'evento lesivo.

7. *Le spese processuali.*

Sussistono giusti motivi per la particolare delicatezza e complessità delle questioni coinvolte e per l'evoluzione della giurisprudenza in corso di causa, con una nutrita serie di

pronunce innovatrici delle Sezioni Unite, per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite, del resto lealmente richiesta anche dalla stessa Amministrazione vittoriosa.

P.Q.M La Corte d'Appello, definitivamente pronunciando; respinta ogni diversa istanza, eccezione e deduzione; respinge l'appello interposto da G.F. avverso la sentenza n. 6252, emessa il 26-27 settembre 2006 dal Tribunale di Torino; dichiara integralmente compensate tra le parti le spese processuali del giudizio di secondo grado.

Così deciso nella camera di consiglio del 15 aprile 2008 dalla Terza Sezione Civile della Corte d'Appello di Torino (...).

Dalla procedura d'infrazione al terzo decreto correttivo del Codice dei contratti. Verso un *project financing* di quinta generazione

di Alessandro Zuccaro^(*)

SOMMARIO: 1.- Premessa 2.- Il diritto di prelazione e la sua abolizione. Brevi riflessioni. 3.- La disciplina del project tra ordinamento comunitario e ordinamento interno. 4.- Il terzo decreto correttivo e la costante dell'iniziativa pubblica. 5.- L'ipotesi di una gara unica. 6.- La gara in due fasi. Il ritorno della prelazione. 7.- L'iniziativa privata in caso di inerzia della pubblica amministrazione.

1. Premessa

Le ultime vicende legislative che hanno interessato il *project financing* (1) e le più recenti istanze provenienti dal diritto comunitario rappresentano

^(*) Dottore in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Roma Tor Vergata. Già stagista presso il CNEL, Commissione V "Grandi opere e Reti infrastrutturali Politiche Energetiche e Servizi a Rete".

Si ringraziano il Prof. Eugenio Picozza e la Dott.ssa Biancamaria Raganelli per i preziosi suggerimenti offerti durante la stesura del presente articolo. Ogni eventuale errore o lacuna è peraltro da attribuirsi esclusivamente all'autore.

(1) Vasta la dottrina sul tema: L. GIAMPAOLINO, *La finanza di progetto nel momento attuale*, in *Giustamm.it*, pubblicato il 13 giugno 2008; A. LUBERTI, *La finanza di progetto nel codice degli appalti*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, fasc. 6, pp. 694-702; R. DIPACE, *La finanza di progetto*, in C. FRANCHINI (a cura di) *I contratti con la pubblica amministrazione*; in P. RESCIGNO-E. GABRIELLI, *Trattato dei contratti*, UTET, Torino, 2007; E. PICOZZA (a cura di), *La finanza di progetto (project financing) con particolare riferimento ai profili pubblicistici*, Giappichelli, Torino, 2005; Id., *Le nuove prospettive della finanza di progetto nel Codice dei Contratti pubblici*. Relazione introduttiva al Convegno *La finanza di progetto con particolare riferimento al ruolo del sistema bancario*, Velletri, Banca popolare del Lazio, 15 ottobre 2007; Id., *La finanza di progetto nel sistema dell'attività contrattuale privata e pubblica*, in *Il Consiglio di Stato*, n. 12, 2002; AA. Vv., MARIANI, MENALDI & ASSOCIATI (a cura di), *Il project financing nel Codice dei contratti. Analisi giuridico amministrativa, economico-finanziaria e tributaria*, Giappichelli, Torino, 2007; SAMBRI S. M., *Project Financing: la finanza di progetto per la realizzazione di opere pubbliche*, in E. PICOZZA e E. GABRIELLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'economia*, Cedam, Padova, 2006; B. RAGANELLI, *Finanza di progetto ed opere pubbliche: quali incentivi?*, in E. PICOZZA e R. LENER (Collana diretta da), *Diritto dell'economia*, Giappichelli, Torino, marzo 2006; D. SPINELLI e P. L. LAVECCHIA (a cura di), *Opere pubbliche: le nuove modalità di realizzazione*, *Il sole 24 ore*, luglio 2007; S. SCOTTI CAMUZZI, *Il project financing nel settore pubblico e la legge "Merloni-ter*, in *Ban. Bor. Tit. Cred.*, n. 1, I, 2002, pp. 1-30; G. PECORARO, *La traduzione normativa della logica del project financing secondo il Legislatore italiano*, in www.diritto.it; A. FLORIS, *Linee storiche ed evolutive del project financing*, in www.diritto.it, giugno 2003; N. LUGARESI, *Concessione di costruzione e gestione e project financing: problemi applicativi nella scelta del promotore e del concessionario*, in *Riv. Trim. app.*, 2001, p. 656; V. DRAETTA, *Il project financing nella prassi del commercio internazionale: caratteristiche e modelli contrattuali*, Milano, EGEA, 2002.

senza dubbio un'ulteriore occasione per il superamento di quelle strette pubblicistiche che, come anticipatamente segnalato dalla dottrina, hanno caratterizzato la lenta evoluzione dell'istituto, forzatamente inquadrato dal Legislatore italiano nell'ambito dei lavori pubblici. L'abolizione del diritto di prelazione, operata mediante il cd. secondo decreto correttivo del Codice dei contratti, D.Lgs. n. 113/2007, da un lato, e la nota d'infrazione inviata dalla Commissione europea al Governo italiano in data 30 gennaio 2008 accompagnata dalla insospettabile sentenza del successivo 21 febbraio della Corte di giustizia, hanno di fatto corroso definitivamente, e dall'interno, la concepibilità stessa di un'unitarietà della procedura così come delineata agli artt. 152 e 153 del Codice.

La finanza di progetto così come strutturata sembra aver perso ogni motivo di esistere.

Il dialogo permanente istauratosi tra l'ordinamento nazionale e quello comunitario (2) pare essere giunto ad un punto di non ritorno. È bene premettere sin dall'inizio come le alterne vicende legislative che hanno interessato il diritto di prelazione si siano rivelate, alla luce dell'evoluzione legislativa e giurisprudenziale, nazionale e comunitaria, un vero e proprio "specchietto per le allodole". In altre parole nelle opinioni espresse in dottrina, così come nelle critiche mosse dalla Commissione europea, dapprima nel ricorso presentato alla Corte il 24 settembre 2004 (3) e successivamente

(2) Nell'ambito comunitario, dunque, la filosofia del *project* intercetta due tematiche diverse, ma evidentemente interconnesse tra loro: l'ormai trentennale legislazione sugli appalti e la più recente riflessione sulla collaborazione tra le istituzioni pubbliche ed il mondo delle imprese in una politica di Partenariato Pubblico-Privato per la realizzazione e la gestione delle opere pubbliche, nonché per la fornitura dei servizi. Per quanto riguarda la prima il riferimento è alle direttive 17 e 18 2004. Tra i contributi sul tema cfr. AA. VV., *Le nuove direttive europee degli appalti pubblici*, a cura di L. FIORENTINO e C. LACAVA, in *Giorn. dir. amm., Quaderni*, n. 9, Milano, 2004; G. MESSINA, *Le nuove direttive comunitarie in materia di appalti pubblici*, in *Dir. comm. internaz.*, n. 1/2005, pp. 100-101; M. PROTTO, *Il nuovo diritto europeo degli appalti*, in *Urban. App.*, n. 7/2004, p. 755 ss; G. MARCHIANÒ, *Prime osservazioni in merito alle direttive di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. Direttive n. 17 e n. 18/2004, 31 marzo 2004*, in *Riv. trim. app.*, 2004, p. 854 ss. Per un'analisi dei principi generali delle due direttive si rinvia ad A. NOBILE, *Le nuove direttive: i principi generali*, in *Le nuove direttive europee degli appalti pubblici, op. cit.*, pp. 17-20; R. RONIGER-F. NEUMAYR-H. HEMMELRATH, *Public procurement 004/2005: The legal framework and practice keeps developing*, in *Global Competition Review, The European Antitrust Review 2006, Special Report*, p. 57 ss. Sul Partenariato Pubblico-Privato: M.P. CHITI, *Introduzione. Luci, ombre e vaghezze nella disciplina del Partenariato Pubblico-Privato*; ID., *Il partenariato pubblico privato: profili di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione*, Bologna: Bononia university press, 2005; A. MINICUCI, *Il Partenariato Pubblico-Privato: la realtà e il ruolo degli enti locali*; R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, Giuffrè, 2006; B. RAGANELLI-G. FIDONE, *Il partenariato Pubblico Privato per la realizzazione delle opere pubbliche tra incentivi ai privati e tutela della concorrenza*, SIDE-ISLE Working papers, 2006. PASQUINI G., *Pubblico e privato per le infrastrutture di pubblica utilità: temi e prospettive*, in www.utfp.it.

(3) Pubblicato in *GUCE C 300/27* 4 dicembre 2004.

richiamate nella nota d'infrazione del 30 gennaio 2008, si registra una tendenza a sovrapporre la singola vicenda procedimentale con l'intera procedura di finanza di progetto *ad iniziativa privata*. Pertanto, per esprimere un giudizio sulla compatibilità con i principi di derivazione comunitaria della disciplina del *project* nel suo insieme, così come definita nella Merloni prima, e successivamente confluita con alcune modifiche nel Codice dei contratti, è necessario, oltre che opportuno, affrontare la questione della conciliabilità stessa della prelazione con i principi di *par condicio* e concorrenza. Tale diritto che potremmo definire di *last call* (ultima chiamata), per usare un termine anglosassone che meglio rende l'idea della sua funzione, è divenuto l'unico metro di valutazione ed analisi della disciplina del *project*. Non è mancato, infatti, chi, in seguito alla sua abolizione, abbia "sentenziato" anticipatamente la "morte" dell'istituto (4). Con questo non si vuole certo esprimere un giudizio nel merito di osservazioni giuseconomiche che, pur interessando l'analisi giuridica, non possono comunque indirizzarla onnipotentemente.

Anzi, può ben dirsi che la suddetta abolizione abbia consentito di "rovesciare" definitivamente il vaso di Pandora e far emergere alcune delle criticità più nascoste della finanza di progetto, come la farraginosità di una procedura unitaria ed estremamente complessa. In proposito è opportuno evidenziare come tale profilo critico non sia da ricondurre alla globalità della procedura in sé considerata ovvero alla scansione in diverse fasi *sub-procedimentali*, quanto alla mancanza di un raccordo logico, prima ancora che giuridico, dei singoli momenti in un'ottica di insieme. La carenza di sistematicità, poi, si denota anche in "proiezione esterna" e cioè in relazione a quella realtà concreta, e di mercato, che la procedura in esame deve andare a regolare. In proposito, anche alla luce del terzo correttivo, due vicende rimangono altamente significative: *i*) la mancata inserzione del privato nella fase di programmazione in funzione espressamente partecipata, in relazione ai cronici problemi della pubblica amministrazione nell'espletamento di detta funzione; e *ii*) l'incerta qualificazione giuridica della fase di valutazione di rispondenza al pubblico interesse delle proposte presentate dai privati, per quanto riguarda l'individuazione del promotore. Non può sfuggire il profilo paradossale della prima vicenda, posto che proprio la mantenuta esclusiva di programmazione in capo all'amministrazione è sintomatica, o quanto meno dovrebbe esserlo, di una rispondenza al pubblico interesse già amministrativamente compiuta *a monte* della valutazione delle proposte stesse. Evidentemente alla radice vi è un'errata concezione dell'interesse pubblico come interesse della pubblica amministrazione. Ma questa, evidentemente, è una questione a sé che non è possibile affrontare in questa sede. Si avrà modo in seguito di sottolineare, inoltre, come accanto ad un'evoluzione dell'istituto volta alla ricerca di nuovi profili concorrenziali e caratterizzata da un dialogo continuo tra i due ordinamenti, quello nazionale e quel-

(4) Cfr. Comunicato ANCE del 1 agosto 2007, prot. n. 3693.

lo comunitario, si sia sviluppata parallelamente, in maniera tutta interna alle vicende legislative nazionali, una logica legislativa compromissoria finalizzata ad una sorta di *compensazione corporativa* di quelle spinte comunitarie pro-concorrenziali di cui sopra.

L'ampia premessa sembra indispensabile proprio alla luce delle più recenti vicende cui prima si faceva riferimento. Nel tentare di offrire una ricostruzione sistematica della disciplina vigente, è bene chiarire che il diritto di prelazione e le questioni connesse rappresentano soltanto uno dei profili oggetto di intervento da parte del Legislatore nazionale con il Codice di contratti e successivi decreti correttivi. Nonostante l'avvenuta abolizione di quest'ultimo, per effetto del D.Lgs. n. 113/2007, infatti, la Commissione, nell'aprire una procedura d'infrazione comunitaria avente ad oggetto diverse disposizioni del Codice, ha avanzato nuovi ed in parte reiterati dubbi sulla soluzione normativa nazionale in tema di *project*, con particolare riguardo alla figura del promotore.

Il 26 giugno 2008 il Consiglio dei Ministri ha approvato in via preliminare lo schema di terzo decreto correttivo al Codice stesso, interpretando estensivamente la scadenza del termine previsto nella legge di delega, legge n. 62/2005, come riferita all'approvazione preliminare dello schema, quale atto iniziale di un *iter* approvativo che prevede, inoltre, il parere della Conferenza unificata, quello del Consiglio di Stato e delle competenti Commissioni di Camera e Senato, nonché una nuova e definitiva approvazione da parte del Consiglio dei Ministri. Prescindendo dalle perplessità che detta soluzione può suscitare, è evidente come il Legislatore sia chiamato, ancora una volta, ad un confronto trasversale con l'ordinamento comunitario e ad uno, parallelo, con gli attori del mercato nazionale. Il punto se da un lato, in una prospettiva costituzionalistica, è sintomatico di un sempre più accentuato processo di integrazione interordinamentale che supera in una dimensione concreta i limiti teorici di impostazioni radicali (teoria dualista); dall'altro, offre un valido spunto di riflessione alla luce delle più recenti vicende legislative. A poco più di un mese dalla prima stesura, infatti, il testo governativo è giunto, profondamente modificato, sul tavolo del Consiglio dei Ministri per l'approvazione definitiva del 1 agosto 2008. Il vaso di Pandora viene nuovamente rovesciato!

2. Il diritto di prelazione e la sua abolizione. Brevi riflessioni.

Prima della l. n. 166/2002 il diritto di prelazione del promotore doveva ancora fare la sua "entrata in scena" (5). Infatti l'accettazione da parte dell'amministrazione della proposta del promotore comportava per quest'ultimo soltanto una sorta di "accesso di diritto" alla seconda fase della procedura, quella negoziata. Nel caso in cui fosse andata deserta la prima, quella di

(5) In realtà possiamo dire che per il momento era entrato sì in scena, ma da una porta di servizio. Infatti tale diritto era già stato previsto nel d.d.l. n. 1275 del 1996 poi non divenuto legge e ripreso in alcune legislazioni regionali (Sicilia e Val d'Aosta).

licitazione, vi sarebbe stato un consolidamento della proposta che diveniva così definitiva.

Il Legislatore, però, nel 2002 introduce espressamente all'art. 37-ter della legge Merloni, in seguito art. 154 del Codice, il seguente comma: "nella procedura negoziata di cui all'articolo 37-quater il promotore potrà adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'amministrazione più conveniente. In questo caso, il promotore risulterà aggiudicatario della concessione".

La *ratio*, evidentemente, è quella di incentivare la presentazione di proposte, assicurando che l'investimento assunto, per adempiere ai numerosi e faticosi passaggi per divenire promotore, abbia una definizione positiva (ancorché subordinata all'adeguamento alla migliore proposta formulata dai *competitors*) (6). D'altra parte non è pensabile che la realizzazione di interventi in *project financing* sia totalmente sottratta a qualunque forma di concorrenzialità. Occorre infatti considerare che tale realizzazione passa comunque per l'affidamento di un contratto di concessione di costruzione e gestione avente a oggetto un'opera pubblica o di interesse pubblico, che non sarebbe legittimo affidare al di fuori di una procedura ad evidenza pubblica. In questa logica, la previsione di un meccanismo di preferenza a favore dell'originario promotore rappresenta un tentativo di mediazione tra l'esigenza di mantenersi nell'ambito di procedure concorrenziali e quella di riconoscere una forma di tutela privilegiata a chi si è fatto carico, sia in termini ideativi che di oneri economici, della predisposizione originaria dell'idea progettuale.

Tale soluzione compromissoria ha suscitato il dubbio circa una possibile coerenza con i principi generali del diritto comunitario e, in particolare, con il principio della parità di trattamento (7). In proposito, come brillantemente evidenziato dalla dottrina (8), non si tratta di verificare la legittimità

(6) In realtà non mancava chi ritenesse che l'introduzione della prelazione se da un lato poteva incentivare la presentazione delle proposte, dall'altro rischiava di limitare l'interesse del mondo produttivo a partecipare alla gara per l'individuazione dei due *competitors*. La stessa Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, nella Determinazione n. 27 del 2002 si è espressa evidenziando che tali disposizioni, «a parte la configurabilità di disarmonie rispetto ai principi comunitari, se da un lato possono incentivare la presentazione di proposte, dall'altro rischiano di limitare l'interesse del mondo produttivo a partecipare alla gara per l'individuazione dei due partecipanti alla prevista procedura negoziata, gara il cui risultato può essere vanificato con l'anzidetta prelazione».

(7) Per una ricostruzione della vicenda al riguardo si veda S. M. SAMBRI, *Project Financing: la finanza di progetto per la realizzazione di opere pubbliche*, in E. PICOZZA e E. GABRIELLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'economia*, Cedam, Padova, 2006, pp. 157 ss. Si veda inoltre: S. MAU., *Infrazioni UE, l'Italia resiste*, in *Ed. e Terr.*, n. 3, gennaio 2004; F. MARZARI-F. SUTTI, *Nel libro verde monito UE: "Garantire sempre la concorrenza tra operatori"* in *Ed. e Terr.*, n. 9, 2004; V. UVA, *La UE studia una direttiva sul PF*, in *Ed. e Terr.*, maggio 2004; G. GUZZO, *Project financing: il de profundis del diritto di prelazione. Meccanismi compensativi e norme regionali di reazione (il D.Lgs. n. 113/2007 e alcune leggi regionali)*, in *Appalti e Contratti*, 2008, fasc. 3, pp. 16-28; CONIO P.-LEONE L., *Minicondanna Ue sulla Merloni. Ma le norme sono già cambiate*, in *Ed. e Terr.* 3 marzo 2008, n. 9.

(8) R. MANGANI, *Guida pratica agli appalti pubblici di lavori, I libri di Edilizia e Territorio - Il Sole 24 Ore*, 2005.

del diritto di prelazione in termini *assoluti*, bensì, più correttamente, in termini *relativi*. Occorre cioè verificare se, ferma restando la legittimità astratta di tale meccanismo di preferenza in sé considerato, possano essere ritenuti coerenti con i principi generali di diritto comunitario le modalità che il Legislatore ha in concreto previsto per l'acquisizione di tale diritto. In questa prospettiva, l'eventuale violazione del principio di cui sopra non deve essere valutata con riferimento alla fase procedurale, *a valle*, in cui vengono confrontate l'offerta dell'originario promotore con quelle presentate dagli altri soggetti selezionati; quanto, piuttosto, in relazione alla fase *a monte* in cui si creano i presupposti stessi per l'attribuzione di quella posizione privilegiata che consiste nel diritto di prelazione.

Non può negarsi, peraltro, come in tale direzione si muovessero le osservazioni formulate dalla Commissione, mediante il ricorso presentato alla Corte nel settembre 2004. Questa in sintesi la posizione dell'organo comunitario: la qualifica di promotore ai sensi della disciplina del *project financing* di cui agli artt. 37-*bis* e ss. della legge n. 109/1994 (oggi art. 152 e ss. del Codice) fa sorgere automaticamente, in capo al soggetto cui è riconosciuta, due specifici vantaggi. Il primo, consiste nella automatica partecipazione alla fase finale della procedura diretta all'attribuzione della concessione di costruzione e gestione, indipendentemente da ogni confronto comparativo tra l'offerta del promotore e quella degli altri soggetti che abbiano partecipato alla precedente gara. Il secondo, è rappresentato, invece, dal diritto di rendersi comunque affidatario della concessione, attraverso il semplice adeguamento della propria offerta a quella che risulti migliore nella fase finale di negoziazione. Essendo entrambi i vantaggi oggettivamente collegati alla qualità di promotore, è necessario che tutti i soggetti potenzialmente interessati siano messi in grado, a parità di condizioni, di assumere tale qualifica. Per ottenere questo risultato, la Commissione ha ritenuto che dovessero necessariamente ricorrere due condizioni.

La prima è che fosse data preventiva conoscenza a tutti i potenziali interessati, sin dall'inizio della procedura e attraverso adeguate forme di pubblicità, dei vantaggi inerenti alla suddetta qualifica. In questo modo, ogni soggetto è posto in grado di fare le sue valutazioni con piena cognizione di causa e di decidere, quindi, se proporsi come promotore, affrontando evidentemente gli oneri che ne conseguono; ovvero se rinunciare a tale possibilità, limitandosi a presentare la propria candidatura nella successiva fase della gara in cui vengono individuati i cd. *competitors*.

Quanto alla seconda, è necessario che vengano predeterminati i criteri, di natura obiettiva e non discriminatoria, in base ai quali l'amministrazione andrà a scegliere la proposta da mettere successivamente in gara. Prescindendo dalle polemiche che si sono succedute in dottrina, è bene comunque ricordare come il Legislatore nazionale, al fine di soddisfare la seconda condizione suggerita dalla Commissione, abbia stabilito, attraverso la modifica normativa introdotta mediante la legge Comunitaria 2004 (9), che già nell'avviso indicativo dovesse essere specificata la previsione del diritto di prelazione a favore del promotore ed esplicitamente individuati i criteri,

nell'ambito di quelli genericamente elencati all'art. 37-ter, in seguito art. 154, attraverso cui l'amministrazione procede alla valutazione comparativa tra le diverse proposte. Con particolare riguardo a quest'ultimo aspetto innovativo è bene sottolineare come la disciplina originaria prevedesse, nonostante l'indicazione dei criteri di cui all'art. 37-ter della legge Merloni, una scelta della proposta reputata di pubblico interesse, e quindi del promotore, non proprio informata al principio di concorsualità. Infatti, l'unico riferimento a un meccanismo concorrenziale era costituito dall'inciso secondo cui la valutazione doveva essere effettuata "anche attraverso una comparazione delle diverse proposte pervenute". È un aspetto che la giurisprudenza amministrativa nazionale ha più volte avuto modo di specificare nell'accesa *querelle* sulla qualificazione giuridica dell'attività di valutazione delle proposte (10).

Sul punto, vi è probabilmente un vizio di fondo. Infatti, la scelta operata dall'amministrazione non è finalizzata unicamente, come sembrerebbe evincersi da una lettura testuale della disposizione richiamata, oggi all'art. 154 del Codice, all'individuazione delle proposte genericamente ritenute di pubblico interesse in termini assoluti; quanto piuttosto all'individuazione della proposta che, in relazione a quel determinato intervento realizzabile in *project financing*, viene considerata dall'amministrazione la migliore. La scelta della proposta migliore presuppone che vi sia, o quanto meno vi possa essere, la comparazione tra più proposte relative al medesimo intervento. Questa comparazione deve essere necessariamente operata attraverso l'applicazione di criteri predeterminati e che rispondano a canoni di ragionevolezza e, soprattutto, di oggettività. Solo in questo modo viene assicurato che la scelta in questione non sia frutto di una discrezionalità dell'amministrazione talmente ampia da essere sostanzialmente insindacabile (11). È proprio in questo senso, quindi, che va letta la posizione espressa da quella parte di giurisprudenza già citata, in merito alla necessità che l'amministrazione stabi-

(9) L'art. 24 della legge 18 aprile 2005, n. 62 (legge comunitaria 2004) ha aggiunto al comma 2- bis dell'articolo 37- bis della legge Merloni i seguenti periodi: «L'avviso deve contenere i criteri nell'ambito di quelli indicati dall'articolo 37- ter, in base ai quali si procede alla valutazione comparativa tra le diverse proposte. L'avviso deve, altresì, indicare espressamente che è previsto il diritto di prelazione a favore del promotore a essere preferito ai soggetti previsti dall'articolo 37-quater, comma 1, lettera b), ove lo stesso intenda adeguare il proprio progetto alle offerte economicamente più vantaggiose presentate dai predetti soggetti offerenti».

(10) Tra le diverse posizioni assunte in giurisprudenza si veda per una qualificazione *paraconcorsuale* della fase di valutazione delle proposte: TAR Toscana, sezione II, 2 agosto 2004, n. 2860; in senso sostanzialmente adesivo, TAR Liguria, sezione II, 4 aprile 2005, n. 430; *contra* TAR Sicilia, Catania, sezione II, 26 maggio 2004, n. 1489; TAR Puglia, Lecce, sezione II, 9 marzo 2005, n. 1319; TAR Sicilia, sezione I, 20 giugno 2005, n. 1016; TAR Puglia, Bari, sezione I, 5 aprile 2006, n. 1117. Sul punto è da ultimo intervenuto il Consiglio di Stato, al riguardo cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sent. n. 6287 del 2005. Per una sorta di sintesi implicita delle diverse posizioni su segnalate si veda CGA, sez. giurisdizionale, sent. n. 7 del 29 gennaio 2007.

(11)Cfr. R. MANGANI, *op. cit.*

sca nell'avviso pubblico i criteri cui intende attenersi nella scelta delle proposte dei privati da mettere a base di gara, utilizzando meccanismi non dissimili da quelli che portano all'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa in un'ordinaria gara d'appalto o di concessione.

L'entrata in vigore del Codice, pur abrogando l'art. 37-*bis* ss. della legge Merloni, ne ha riprodotto pedissequamente il contenuto. La disciplina sulla prelazione, così come esposta nei precedenti punti è rimasta invariata fino all'intervento del secondo decreto correttivo, di cui al D.Lgs. n. 113/2007 (12). Attraverso le modifiche da ultimo richiamate, il Legislatore nazionale mosso, se non da un vero e proprio "complesso" nei confronti del giudice europeo, almeno da quella sovrapposizione di concetti cui si è fatto inizialmente riferimento come premessa, ha sancito la definitiva abolizione della prelazione, nella convinzione di risolvere con "un colpo di spugna" tutti i problemi.

Tralasciando ancora una volta le critiche e le polemiche suscitate, tanto dal punto di vista giuridico quanto da quello economico, da una soluzione così drastica, non può non registrarsi come, nel frattempo, sia giunta definitivamente a compimento la prima procedura d'infrazione di cui alla causa C-412/04. Salomonicamente la Corte di giustizia ha spiazzato tanto i difensori della prelazione quanto i fautori di una sua necessaria abolizione. Al riguardo, infatti, il giudice europeo ha emesso una sentenza processuale e non nel merito, dichiarando irricevibile la questione (13). Pur non mancando i primi commenti in proposito (14), pare opportuno tentare un raccordo interpretativo tra la sentenza in questione e la procedura tuttora in corso, seppur ancora in uno stadio extragiudiziale; tentativo peraltro giustificato in virtù del già citato espresso richiamo al ricorso del settembre 2004 operato nella stessa nota d'infrazione del gennaio 2008. Sulla scorta della pronuncia di tipo processuale appare evidente come la Commissione dovrà specificare ulterior-

(12) Il secondo decreto correttivo del Codice dei contratti pubblici, cioè il D.Lgs. n. 113 del 31 luglio 2007, pubblicato sulla *GU* in pari data ed entrato in vigore, ai sensi del proprio art. 5, il giorno successivo alla pubblicazione medesima, cioè il 1° agosto 2007, opera significativi interventi, tra l'altro, sulla disciplina del *project financing* di cui agli artt. 152 e ss. del medesimo Codice. In particolare l'art. 1, comma 1, lett. *r*) e *s*) del D.Lgs. n. 113/2007 intervengono sugli artt. 153 e 154 del Codice apportandovi le seguenti variazioni: *i*) l'avviso indicativo con il quale vengono resi noti gli interventi realizzabili con il *project financing* devono essere pubblicati entro 90 giorni dall'avvenuta approvazione della programmazione dei lavori pubblici (l'art. 153, comma 3, del Codice prima prevedeva il termine di 20 giorni); *ii*) le proposte degli aspiranti promotori devono essere presentate entro 180 giorni dalla pubblicazione dell'avviso indicativo (la precedente versione dell'art. 153, comma 1, del Codice prevedeva invece la presentazione entro il 30 giugno di ogni anno); *iii*) vengono quindi soppresse le norme di cui all'art. 153, comma 3, ultimo periodo, e 154, comma 1, ultimi due periodi, che prevedevano e disciplinavano il diritto di prelazione del promotore.

(13) Si veda il punto 107 della sentenza richiamata nel testo.

(14) Di particolare interesse al riguardo l'intervento del Prof. Avv. B. CARAVITA DI TORITTO al Congresso organizzato dall'IGI, *Procedura d'infrazione CEE contro il Codice dei contratti*, Roma, 22 aprile 2008.

mente le motivazioni contro l'asserito vantaggio che il promotore continuerebbe a conservare potendo accedere direttamente alla seconda fase della gara finalizzata all'aggiudicazione della concessione di costruzione e gestione. Peraltro, bisognerebbe riflettere sulla questione definitivamente posta in luce dall'alternanza delle vicende in esame.

In tal senso, ad onor del vero, si è avuto modo di evidenziare l'operato di certa giurisprudenza nazionale. Evidentemente, il riferimento è alla qualificazione giuridica della fase di valutazione delle proposte che, nonostante gli ultimi avvenimenti, continua ad essere un punto di fondamentale importanza per la compatibilità complessiva della normativa italiana in tema di *project* ai principi comunitari di *par condicio* e concorrenza. Abolita la prelazione, infatti, rimane a detta della Commissione un duplice profilo critico: *i*) la mancanza di una pubblicità obbligatoria a livello comunitario relativamente all'avviso indicativo ed *ii*) il permanere di una situazione di vantaggio in capo al promotore per l'accesso di diritto alla fase di procedura negoziata con la pubblica amministrazione ed i *competitors*. Non può sfuggire come un'eventuale modifica normativa, tesa a garantire un'adeguata pubblicità a livello comunitario, finirebbe per privare il secondo profilo critico di una connotazione discriminatoria sulla base della diversa nazionalità dei possibili soggetti interessati alla realizzazione del progetto inserito nei programmi della pubblica amministrazione ed oggetto di una pubblicazione obbligatoria a "risonanza comunitaria". Di fatti, pur rimanendo la configurazione, in capo al promotore scelto, di un diritto di accesso alla seconda fase della gara di scelta del concessionario, non potrebbe lamentarsi *ab initio* una mancanza di conoscibilità, uguale per tutti e su scala europea, delle "regole del gioco". D'altra parte, proprio quest'ultima affermazione potrebbe tornare controproducente ai fini della qualificazione giuridica della attività di valutazione delle proposte da parte dell'amministrazione che, a questo punto, sembrerebbe configurarsi proprio in termini concorsuali, con la conseguente necessità di determinare preventivamente, già in sede di avviso indicativo (che diverrebbe sempre più simile ad un bando), tutti gli elementi, e quindi anche la loro ponderazione numerica, in virtù dei quali l'amministrazione procederà alla sua scelta. In realtà, però, è evidente che la questione della configurabilità di una procedura concorsuale già in sede di scelta del promotore non sia affrontata espressamente dalla Commissione. Eppure, sarebbe stata un'osservazione del tutto fisiologica qualora si fosse ribadito, ed approfondito da un punto di vista contenutistico, il nesso logico, prima ancora che giuridico, tra la posizione di vantaggio in capo al promotore, *a valle* della scelta della proposta ritenuta di pubblico interesse, e la definizione di un avviso informativo a risonanza comunitaria, *a monte*.

In conclusione pare che il silenzio stesso dell'organo di vigilanza europeo sul punto, nonostante i profili critici sottolineati in tema di *par condicio* e concorrenza dalla stessa giurisprudenza nazionale, sia particolarmente sintomatico di quella farraginosità complessiva di tutta la procedura del *project ad iniziativa privata*, più volte condannata dalle parti sociali e dalla stessa dottrina, che rende particolarmente difficile e complesso chiarire puntual-

mente la funzione dei singoli moduli procedurali senza finire per stravolgere quella di altri momenti ad essi collegati. In tal senso, almeno finché non interverrà una modifica normativa radicale di riassetto generale della procedura nel suo insieme, è una fortuna che la Commissione non si sia spinta fino ad una richiesta di chiarimenti relativamente alla fase di scelta della proposta. Con un'espressione azzardata può forse affermarsi che lo stesso limite della normativa nazionale ha contribuito a salvarne la compatibilità *pro tempore* con i principi concorrenziali di derivazione comunitaria. Infatti, nell'eccessiva complessità e farraginosità della procedura, la stessa Commissione pare sia rimasta abbagliata da quella sovrapposizione logica tra prelazione e finanza di progetto cui si è fatto ampiamente cenno. Una dimostrazione evidente è l'argomentazione *per relationem* adoperata dall'organo comunitario nell'ultima nota d'infrazione (15). Pertanto, rimane "sul tavolo" la mancanza di una visione d'insieme nella disciplina così come delineata dal Legislatore. Una mancanza di sistematicità si denota, d'altronde, proprio nell'esigenza di chiarire definitivamente la qualificazione giuridica della fase di valutazione delle proposte. In tal senso, pare preferibile la soluzione suggerita dalla giurisprudenza nei termini della *paraconcorsualità*.

Su questa premessa, però, emerge la "proiezione esterna" di una mancata visione d'insieme. Nella realtà concreta, infatti, risulterà difficile per le amministrazioni riuscire a delineare avvisi indicativi ben strutturati e completi di tutte le informazioni, comprensive anche della ponderazione numerica dei criteri di cui all'art. 154, se non sia dotata di un'elevata competenza tecnica (16) e non abbia svolto una seria attività di programmazione *a monte*. La carenza cronica di capacità di programmazione della pubblica amministrazione, poi, non è giustificabile esclusivamente con la farraginosità e la complessità delle norme. Risulta evidente che la carenza di fondi pubblici e l'elevato debito pubblico raggiunto dal nostro paese, insieme con gli altri profili critici evidenziati, necessitano sempre più di normative efficienti. La

(15) Si legge, infatti, nel testo della nota: "La Commissione rileva che le disposizioni del Codice in materia di promotore ricalcano in gran parte la disciplina della "finanza di progetto" contenuta negli articoli 37-bis e seguenti della legge n. 109/94 [...] Come noto, tali disposizioni hanno formato oggetto di un ricorso per inadempimento dinanzi alla Corte di giustizia delle Comunità europee, proposto dalla Commissione [...] Tuttavia, con riserva di conoscere la valutazione della Corte di Giustizia sulle disposizioni in questione, la Commissione segnala che le disposizioni previste dal Codice non sembrerebbero eliminare tutti i problemi di compatibilità con il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni che essa aveva indicato nel ricorso per inadempimento. In particolare [...] il promotore non è su un piede di parità con gli altri operatori potenzialmente interessati in quanto ha il vantaggio di partecipare ad una procedura negoziata [...] nella quale deve confrontarsi unicamente con i soggetti che hanno presentato le due migliori offerte nella gara precedente (fase 1), indetta sulla base della sua proposta".

(16) Sulla difficoltà concreta della redazione degli avvisi Cfr. E. PICOZZA, *Le nuove prospettive della finanza di progetto nel Codice dei Contratti pubblici*. Relazione introduttiva al convegno *La finanza di progetto con particolare riferimento al ruolo del sistema bancario*, Velletri, Banca popolare del Lazio, 15 ottobre 2007.

qualità della disciplina predisposta dal Legislatore diviene quanto mai la chiave di volta per il buon funzionamento dell'istituto del *project financing*.

3. La disciplina del project tra ordinamento comunitario e ordinamento interno.

In quest'ottica, la stessa unitarietà della procedura, complessivamente considerata, diviene la risultante panteistica di una sorta di "scomposizione diabolica" in tutta una serie di sub-fasi che non solo pongono difficili questioni di raccordo nel loro insieme (come ad esempio nella ricostruzione del nesso di pregiudizialità consequenziale intercorrente tra la valutazione tecnica delle proposte e quella di pubblico interesse), ma suscitano anche non poche perplessità in merito alla loro esatta qualificazione giuridica quali sub-momenti procedurali singolarmente considerati. È il caso ad esempio proprio della c.d. valutazione comparativa tra le diverse proposte presentate dai privati. Tuttavia, è bene chiarire come, in via del tutto generale, ogni procedimento porti con sé una componente aggiuntiva di derivazione panteistica, in quanto serie di atti preordinati e tra loro collegati al fine del perfezionamento di un atto finale che sostanzia il significato giuridico di tutte le precedenti scansioni temporali. A ben vedere, quindi, il problema della procedura di *project financing* non è tanto nella sua scomposizione temporale interna, quanto nella farraginosità della sincronizzazione dei singoli momenti procedurali. Emerge, in proposito, il già citato paradosso di un Legislatore affetto da una sorta di "complesso" nei confronti del giudice comunitario. Né può dirsi che non vi fosse stato chi avesse ragionevolmente dubitato dell'originaria collocazione sistematica dell'istituto della finanza di progetto all'interno della normativa sui lavori pubblici (17).

Così, se da un lato, taluni correttivi si sono resi necessari per superare i limiti disincentivanti riferibili alla figura concessoria (18), dall'altro, il Legislatore nazionale, pur perseguendo una lodevole logica di tempestiva conformazione al diritto comunitario, ha di fatto attuato una sorta di adeguamento permanente in bianco alle osservazioni di volta in volta sollevate dalla Commissione. Sintomatica è in proposito la vicenda dell'avviso indicativo che, alla luce dell'evoluzione complessiva della disciplina in esame, si è rivelato un vero e proprio "cavallo di Troia" che ha definitivamente destrutturato l'intera procedura, sfocando una volta per tutte la sua già flebile visibilità d'insieme. D'altronde la stessa *querelle* sull'esatta qualificazione giuridica della fase di valutazione delle proposte, altro non è se non un *posteriorius*, una mera conseguenza, logica prima ancora che giuridica, dell'introduzione stessa di detto momento di informativa al mercato.

Detto ciò, non vuole certamente dubitarsi del merito delle ragioni sostenute dalla Commissione né, tantomeno, della necessità dell'introduzione

(17) E. PICOZZA, *op. cit.*

(18) Il riferimento è all'obbligo del subappalto, alla durata della concessione ed alla possibilità di erogazione di un contributo pubblico. Aspetti questi che sono stati profondamente incisi dalla l. n. 166/2002.

di tale passaggio procedimentale. In realtà, come si è già avuto modo di sottolineare, si vuole evidenziare la mancanza di una riflessione adeguata al livello legislativo sul binomio *avviso indicativo-prelazione* che lo stesso organo di vigilanza europeo aveva coniato. A testimonianza di quanto affermato, ancora una volta si segnala la più recente nota d'infrazione comunitaria, in cui si lamenta, nonostante gli stravolgimenti indotti di cui sopra, l'assenza di un adeguato livello di pubblicità su scala comunitaria. Quanto alla prelazione ed alle sue alterne vicende, appositamente non si è voluti andare oltre la registrazione della sentenza di tipo processuale di recente emanata dalla Corte di giustizia. Si è della convinzione che un'analisi nel merito della questione avrebbe portato a sottacere una riflessione di metodo quanto mai indispensabile alla luce del sempre più diffuso clima di sfiducia che aleggia intorno alla finanza di progetto negli ultimi mesi, in realtà più per motivi economico-mercantilistici che propriamente giuridici.

In definitiva nel definire l'evoluzione di detta clausola come vero e proprio "specchietto per le allodole" si è voluto evidenziare la natura commissoria stessa che l'ha consacrata. In questo senso ci si augura che l'abolizione della prelazione possa segnare la fine di una logica legislativa in un certo senso paracorporativa. In altre parole, la clausola in esame ha rappresentato il prezzo che il Legislatore ha inteso pagare pur di non definire chiaramente una funzione propulsiva reale del promotore e di mantenere, in tal modo, un monopolio politico della programmazione pubblica. La stessa misura avrebbe avuto una *ratio* decisamente più coerente se, accogliendo le spinte comunitarie verso una sempre maggiore applicazione del principio di sussidiarietà, si fosse concesso ai privati di poter presentare proposte relative ad opere non inserite nei programmi di cui all'art. 128 del Codice.

A ben vedere, tutto l'impianto procedurale poggia su un equivoco di fondo. Il riferimento è alla carenza di capacità programatorie dell'amministrazione che rappresenta il "grande compromesso" della finanza di progetto all'italiana. Non a caso ci si ritrova dinanzi ad un procedimento che solo fittiziamente può essere definito ad iniziativa privata, almeno nel senso che l'intera attività propulsiva dei privati è pesantemente condizionata dalla presenza, quanto mai simbolica, di uno scarso livello di progettazione che, seppur indicativo e di massima, risulta essere comunque decisivo. Senza considerare che la stessa carenza di strumenti programatori validi concorre in maniera determinante ad un aumento esponenziale del c.d. *rischio amministrativo*. È evidente, come tutti questi elementi amplifichino ancor più l'alto livello di mortalità degli interventi banditi, messo in luce da alcuni studi. Si deve poi aggiungere la più volte evidenziata farraginosità procedurale che non solo non favorisce una semplificazione delle operazioni e, quindi, degli investimenti, quanto lascia delle vere e proprie zone d'ombra su alcuni momenti a dir poco fondamentali per la definizione di un iter efficiente. È il caso questo di un tema estremamente delicato come quello della formazione del consenso, nonché dell'esatta collocazione all'interno della procedura della Conferenza di servizi (19).

Per dirla con termini giuseconomici, la prelazione rivelerebbe il suo connotato incentivante proprio alla luce dell'elevata esposizione al rischio cui si

sottopone il privato nel corso del complesso procedimento d'aggiudicazione. In tal senso, d'altronde, si spiega il tentativo di compensare l'abolizione di siddetta clausola con quella altrettanto discussa del rimborso del valore residuo non ancora ammortizzato dell'investimento iniziale (20). Per tutte le ragioni suesposte, le vicende della prelazione hanno avuto il merito di evidenziare, prima, il problema della qualificazione giuridica della valutazione comparativa delle proposte, con conseguente introduzione del passaggio dell'avviso indicativo; dopo, la mancanza di una logica procedurale d'insieme volta alla ricerca della concorrenzialità.

In definitiva, però, alcune delle scelte legislative fin ora descritte si sono rivelate quantomeno affrettate. Potrebbero, pertanto, tornare particolarmente attuali le perplessità di quanti avessero criticato la collocazione originaria dell'istituto, seppur attenuate dai diversi interventi legislativi susseguitisi nel tempo proprio al fine di superare i limiti inerenti alla figura concessoria. Nonostante la natura indotta di talune modifiche normative, dovute per lo più dalla spinta delle istanze comunitarie, è innegabile che negli ultimi anni si sia gradualmente assistito ad un progressivo miglioramento della disciplina oggetto d'esame. L'aspetto, a dir la verità, è anche un po' contraddittorio, viste le critiche di metodo svolte fin ora. Tuttavia, si può comprendere che sia una conclusione necessitata ed al contempo sorprendente, come tutti i paradossi della c.d. globalizzazione giuridica. Per spiegare meglio la pregnanza di quanto detto, è bene riprendere le mosse da due fenomeni giuridici che sono inscindibilmente legati alla globalizzazione: *i*) la proliferazione dei centri di produzione normativa, (con conseguente disaggregazione dei centri di potere nella prospettiva dell'integrazione politica); *ii*) l'evoluzione del ruolo dello Stato, in particolar modo nel mondo dell'economia, dove si va sempre più affermando come *regolatore* garante delle condizioni di concorrenza, ritraendo contemporaneamente la sua sfera d'azione economica concreta (21). È evidente che i due fenomeni si intrecciano fino al punto, per un certo verso paradossale, di uno Stato che difende la concorrenza attraverso un diritto già "confezionato" da un altro centro di produzione normativa. La riflessione si complica ulteriormente se si considera che, spesso, se non nella maggior parte dei casi, il centro di produzione normativa d'origine non rientra nel paradigma statale e il recepimento della norma stessa diventa un'operazione tutt'altro che politica, ed anzi dovuta nell'ottica europea. È il caso, per certi versi, del *project financing*. In questo contesto la stessa abolizione della prelazione rappresenta un vero e proprio banco di prova per la

(19) Particolarmente significativa al riguardo taluna giurisprudenza. Si veda: Consiglio di Stato, sez. VI, 9 giugno 2005, n. 3043.

(20) Si veda l'art. 143, comma 7, del codice, così come modificato dall'art. 1, comma 1, lett. *q*) del D.Lgs. n. 113/07

(21) Un ridimensionamento che allo stato attuale, da un lato rompe la finzione di un intervento statale dovuto perché statale e non perché efficace, efficiente, democratico; e dall'altro scardina l'illusione che il privato, in quanto tale, sia la panacea di tutti i mali.

disciplina tuttora vigente, ma nello stesso tempo è un'occasione per far sì che l'istituto compia un definitivo salto di qualità.

Alla luce delle osservazioni svolte e delle criticità *strictu sensu* giuridiche emerse, non deve meravigliare come si sia inconsapevolmente diffusa un'unanimità di consenso sulla necessità di una riforma complessiva dell'istituto. Inevitabilmente, poi, in questo scenario di profondo ripensamento della procedura hanno finito per prevalere le ragioni giuseconomiche sostenute con forza dagli attori del mercato. Particolarmente indicative in proposito sono le proposte di modifiche normative definite dall'Associazione Bancaria Italiana (ABI), di concerto con l'Associazione Nazionale dei Costruttori Edili (ANCE), in uno specifico documento (22) recentemente inviato al Ministero delle Infrastrutture, nonché oggetto di specifica audizione presso la VIII Commissione (Commissione Ambiente, Territorio e Lavori Pubblici) della Camera dei Deputati. Da qui ad un'iniziativa governativa il passo è stato breve.

4. Il terzo decreto correttivo e la costante dell'iniziativa pubblica.

L'approvazione definitiva da parte del Governo del terzo decreto correttivo al Codice dei contratti pubblici apre, di fatto, la quinta stagione del *project financing* che rappresenta una vera e propria sintesi normativa destrutturata di una riflessione giuridica ormai decennale. È alla luce delle considerazioni emerse che il Legislatore non solo ha reintrodotta il tanto discusso meccanismo della prelazione, quanto ha stravolto completamente la normativa, prevedendo diverse fattispecie procedurali. Quattro sono i punti principali della nuova disciplina: *i*) una gara unica senza diritto di prelazione per il promotore; *ii*) una gara in due fasi con diritto di prelazione; *iii*) la possibilità di presentare iniziative in *project financing* anche in caso di inerzia dell'amministrazione ovvero *iv*) per opere non inserite negli atti di programmazione. Per darne conto pare opportuno ripercorrere separatamente le fattispecie introdotte. Tuttavia è bene chiarire sin da subito come proprio il riconoscimento di diverse ipotesi percorribili valga a confermare la mancanza genetica di un'unitarietà del vecchio disegno procedurale e, nel contempo, di smascherare definitivamente la "finzione" di un'iniziativa privata di un procedimento in realtà fondato sul dogma del monopolio pubblicistico della funzione programmatica. Ancora una volta rimane sullo sfondo una *scoria d'imperatività* (23): la preventiva capacità di programmazione delle pubbli-

(22) ABI, *Il finanziamento delle opere pubbliche in Italia. Proposte di emendamento all'attuale legislazione in materia di lavori pubblici*, novembre 2007. Altrettanto indicativo, in un'ottica di ripensamento dell'istituto, è il documento di recente pubblicato dal CNEL, *La finanza di progetto osservazioni e proposte*, 9 aprile 2008.

(23) Cfr. E. PICOZZA, *Le nuove prospettive della finanza di progetto nel Codice dei Contratti pubblici*; Relazione introduttiva al convegno *La finanza di progetto con particolare riferimento al ruolo del sistema bancario*, Velletri, Banca popolare del Lazio, 15 ottobre 2007.

che amministrazioni. L'ispirazione al principio d'integrazione politica prevale, pertanto, sul principio di sussidiarietà del potere politico rispetto alle esigenze della società civile. La presenza all'interno dei programmi di interventi realizzabili con capitali privati continua a rappresentare la *condicio sine qua non* per l'avvio della procedura. In quest'ottica pare quanto mai opportuna una rivisitazione della terminologia sin qui adoperata. Infatti, con la pubblicazione del terzo decreto correttivo non troverà più riscontri la differenziazione tra un'iniziativa pubblica ed una privata se non nel senso di un conferimento di una funzione surrogatoria e suppletiva prevista in capo al privato nel caso di inerzia della pubblica amministrazione nella pubblicazione di un bando per le opere inserite nell'elenco annuale dei lavori pubblici. D'altro canto pare innegabile che proprio attraverso questa possibilità, espressamente riconosciuta dal comma 16 dell'art. 153 (come ridisegnato dal terzo correttivo), si assista ad un ampliamento delle capacità propulsive del privato ovvero si forniscano strumenti utili per una sorta di "autotutela privatistica" di quell'aspettativa imprenditoriale cui la stessa amministrazione ha dato adito mediante l'esercizio della propria competenza esclusiva di programmazione. Complessivamente ne esce rafforzata anche la possibilità per il cd. *proponente* di presentare iniziative per opere non inserite in programma. "I soggetti, di cui al comma 8, in possesso dei requisiti previsti dal regolamento per il concessionario, nonché i soggetti di cui al comma 20 possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte d'intervento, a mezzo di studi di fattibilità, relative alla realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità non presenti" negli strumenti di programmazione normativamente previsti, senza che ciò determini in capo al proponente "alcun diritto al compenso per le prestazioni compiute, alla realizzazione degli interventi proposti, né alla gestione dei relativi servizi", nel caso in cui il progetto d'investimento concretamente proposto venga inserito negli atti di programmazione di cui sopra. A differenza che nelle precedenti edizioni, però, si introduce espressamente un obbligo di esame e valutazione in capo all'amministrazione. Quest'ultima, infatti, è tenuta a valutare le proposte "entro 6 mesi dal loro ricevimento" ed eventualmente può adottare, "nell'ambito dei propri programmi, gli studi di fattibilità ritenuti di pubblico interesse" (24).

(24) Così il comma 19 dell'art. 153: "19. I soggetti in possesso dei requisiti di cui al comma 8, nonché i soggetti di cui al comma 20 possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici, a mezzo di studi di fattibilità, proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità non presenti nella programmazione triennale di cui all'articolo 128 ovvero negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente. Le amministrazioni sono tenute a valutare le proposte entro sei mesi dal loro ricevimento e possono adottare, nell'ambito dei propri programmi, gli studi di fattibilità ritenuti di pubblico interesse; l'adozione non determina alcun diritto del proponente al compenso per le prestazioni compiute o alla realizzazione dei lavori, né alla gestione dei relativi servizi. Qualora le amministrazioni adottino gli studi di fattibilità, si applicano le disposizioni del presente articolo".

Conformemente a quanto disposto dall'art. 2 della legge n. 241/90, pare consolidarsi definitivamente per la pubblica amministrazione un obbligo di conclusione con provvedimento espresso del procedimento di valutazione, quale effetto proprio di un atto ad iniziativa privata come la presentazione di uno studio di fattibilità. Nel caso specifico, deve ben tenersi presente che il procedimento in questione, attivato dal proponente attraverso la sua proposta, è del tutto autonomo ed è finalizzato ad un provvedimento finale eventuale, quale l'inserzione nell'ambito della programmazione triennale, che non può dirsi propriamente a contenuto generale e, pertanto, non ricadrebbe nel campo di applicazione della deroga al principio dell'obbligo di motivazione, così come prevista dall'art. 3, comma 2, della legge n. 241/90. Qualora poi le amministrazioni adottino gli studi di fattibilità, troverà applicazione una delle diverse fattispecie procedurali previste dall'art. 153. Tuttavia, non può dirsi che la capacità propulsiva del privato ne esca rafforzata. Piuttosto si avrà modo di evidenziare come, quale che sia la fattispecie procedurale prescelta dall'amministrazione aggiudicatrice, ricadrà sempre nella competenza di quest'ultima la preventiva individuazione dell'intervento da realizzare. Tutto ciò, a ben vedere, ha comunque il merito di azzerare, in parte, i diversi profili critici posti, sotto la previgente disciplina, dalla cd. valutazione impropria delle proposte.

5. *L'ipotesi di una gara unica.*

Per la realizzazione di quei lavori pubblici o di pubblica utilità finanziabili in tutto o in parte con capitali privati ed inseriti nella programmazione triennale nonché nell'elenco annuale di cui all'art. 128 del Codice, ovvero negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente, la prima procedura, disciplinata ai commi da 1 a 14, recepisce l'istanza di una gara unica senza diritto di prelazione in favore del promotore, ipotesi più volte ventilata in seno alle parti sociali (25).

“Le amministrazioni aggiudicatrici possono, infatti, in alternativa all'affidamento mediante concessione ai sensi dell'articolo 143, affidare una concessione ponendo a base di gara uno studio di fattibilità, mediante pubblicazione di un bando finalizzato alla presentazione di offerte che contemplino l'utilizzo di risorse totalmente o parzialmente a carico dei soggetti proponenti” (art. 153, comma 1).

Quest'ultimo avrà un contenuto particolarmente dettagliato. Anzitutto, dovrà specificare che: “a) l'amministrazione aggiudicatrice ha la possibilità di richiedere al promotore prescelto di apportare al progetto preliminare presentato, le modifiche eventualmente intervenute in fase di approvazione” e la cui accettazione è determinante ai fini dell'aggiudicazione della concessione (26); “b) che in caso di mancata accettazione da parte del promotore

(25) In questa direzione muove la proposta di riforma presentata congiuntamente da ABI e ANCE.

(26) In proposito, infatti, il comma 11 dell'art. 153, così come riformulato dal terzo correttivo, prevede espressamente: “11. *La stipulazione del contratto di concessione può avvenire*

(...)” delle modifiche di cui sopra, ai fini dell’aggiudicazione della concessione, “l’amministrazione ha facoltà” di rivolgersi ai concorrenti successivi in graduatoria, proponendo loro le stesse condizioni presentate al promotore e non accettate dallo stesso. Il bando, inoltre, deve indicare, “secondo l’ordine di importanza loro attribuita, i criteri in base ai quali” l’amministrazione procederà “alla valutazione comparativa tra le diverse proposte” (art. 153, comma 6) (27). Al fine di garantire che le proposte stesse siano presentate secondo “presupposti omogenei”, il bando dovrà richiamare “espressamente il disciplinare di gara” in modo da specificare “l’ubicazione e la descrizione dell’intervento da realizzare, la destinazione urbanistica, la consistenza, le tipologie del servizio da gestire”.

In relazione alle più recenti osservazioni formulate dalla Commissione, mediante la già citata nota d’infrazione del 30 gennaio 2008, deve vedersi con favore l’espresso richiamo alle modalità di pubblicazione di cui agli artt. 66 e 122 (28), garantendosi, in tal modo, la necessaria dimensione comunitaria del regime pubblicitario del bando.

Quanto ai requisiti soggettivi del promotore, *rectius* concorrente, la disciplina sembrerebbe essere particolarmente innovativa. Si prevede che siano ammessi alla procedura di cui all’art. 153 soltanto “i soggetti in possesso dei requisiti previsti dal regolamento per il concessionario, anche associando o consorziando con altri soggetti, fermo restando i requisiti di cui all’art. 38” del Codice (art. 153, comma 8) (29). La previsione apparentemente sembra chiarire una volta per tutte la delicata questione relativa al

nire solamente a seguito della conclusione, con esito positivo, della procedura di approvazione del progetto preliminare e della accettazione delle modifiche progettuali da parte del promotore, ovvero del diverso concorrente aggiudicatario”.

(27) Così i commi 3 e 6 dell’art. 153, a proposito del contenuto del bando: “3. Il bando, oltre al contenuto previsto dall’articolo 144, specifica: a) che l’amministrazione aggiudicatrice ha la possibilità di richiedere al promotore prescelto, di cui al comma 10, lettera b), di apportare al progetto preliminare, da esso presentato, le modifiche eventualmente intervenute in fase di approvazione del progetto e che in tal caso la concessione è aggiudicata al promotore solo successivamente all’accettazione, da parte di quest’ultimo, delle modifiche progettuali nonché del conseguente eventuale adeguamento del piano economico-finanziario; b) che, in caso di mancata accettazione da parte del promotore di apportare modifiche al progetto preliminare, l’amministrazione ha facoltà di chiedere progressivamente ai concorrenti successivi in graduatoria l’accettazione delle modifiche da apportare al progetto preliminare presentato dal promotore alle stesse condizioni proposte al promotore e non accettate dallo stesso.[...] 6. Il bando indica i criteri, secondo l’ordine d’importanza loro attribuita, in base ai quali si procede alla valutazione comparativa tra le diverse proposte”.

(28) Così, infatti, il comma 2 dell’art. 153: “2. Il bando di gara è pubblicato con le modalità di cui all’articolo 66 ovvero di cui all’articolo 122, secondo l’importo dei lavori, ponendo a base di gara lo studio di fattibilità predisposto dall’amministrazione aggiudicatrice o adottato ai sensi del comma 19”.

(29) Così il comma 8 dell’art. 153: “Alla procedura sono ammessi solo i soggetti in possesso dei requisiti previsti dal regolamento per il concessionario anche associando o consorziando altri soggetti, fermi restando i requisiti di cui all’art. 38”.

momento in cui bisogna possedere i requisiti richiesti per il concessionario. In realtà, è l'ulteriore conferma dell'assoluta mancanza di una funzione realmente propulsiva in capo al promotore. Nell'ipotesi della gara unica, poi, si tratta di una conseguenza quasi fisiologica. Infatti, il secondo passaggio della procedura diviene l'indizione di una gara per l'aggiudicazione della concessione, per cui non ha più senso distinguere tra i requisiti del concessionario e quelli del promotore. Ed anzi, non avrebbe neanche senso continuare a parlare di promotore relativamente ad un soggetto al più configurabile quale concessionario o concorrente, a seconda del momento procedurale cui si faccia riferimento.

“Le offerte devono contenere un progetto preliminare, una bozza di convenzione, un piano economico-finanziario asseverato” dai soggetti abilitati, “nonché la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione” (art. 153, comma 9). Il piano economico-finanziario deve, tra l'altro, indicare, conformemente a quanto già previsto dalla precedente disciplina, “l'importo delle spese sostenute per la predisposizione delle offerte, comprensivo anche dei diritti sulle opere di ingegno di cui all'art. 2578 del Codice civile”, entro il limite massimo del 2,5% “del valore dell'investimento, come desumibile dallo studio di fattibilità posto a base di gara” (art. 153, comma 9). Tuttavia, come si avrà modo di constatare, completamente diverso, è il regime previsto per il rimborso delle stesse (*infra*).

Una volta ricevute le offerte, la pubblica amministrazione procederà alla loro valutazione secondo i parametri di cui all'art. 83 del Codice. L'esame, peraltro, sarà “esteso agli aspetti relativi alla qualità del progetto preliminare presentato, al valore economico e finanziario del piano e al contenuto della bozza di convenzione” (art. 153, comma 4 e 5) (30). Al riguardo è bene evidenziare come non sia previsto alcun termine entro cui deve svolgersi suddetta attività di valutazione (31). All'esito della stessa l'amministrazione provvederà “a redigere una graduatoria delle offerte ritenute di pubblico interesse ed a nominare promotore il soggetto” che avrà presentato quella valutata come la migliore (art. 153, comma 10, lett. *b*). L'amministrazione, quindi, convocherà una Conferenza di servizi istruttoria cui sottoporre l'approvazione del progetto preliminare precedentemente selezionato tra le proposte pervenute. “In tale fase è onere del promotore procedere alle modifiche progettuali necessarie ai fini dell'approvazione, nonché a tutti gli adempimenti di legge anche ai fini della VIA, senza che ciò comporti alcun compenso aggiuntivo, né incremento delle spese sostenute per la predisposizione delle offerte indicate nel piano finanziario” (art. 153, comma 10, lett. *c*). Pertanto, il Legislatore, nell'inserire un esplicito riferimento alla collocazione sincro-

(30) Così i commi 4 e 5 dell'art. 153: “4. Le amministrazioni aggiudicatrici valutano le offerte presentate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art. 83. 5. Oltre a quanto previsto dall'art. 83 per il caso delle concessioni, l'esame delle proposte è esteso agli aspetti relativi alla qualità del progetto preliminare presentato, al valore economico e finanziario del piano e al contenuto della bozza di convenzione”.

(31) La cui fissazione è, pertanto, rimandata al bando di gara.

nica di una conferenza di servizi preliminare, non sembra aver seguito l'impostazione rivoluzionaria, peraltro discutibile, proposta da ABI ed ANCE (32), quanto piuttosto si è limitato a recepire, in un contesto procedurale completamente rivisto, le considerazioni già svolte da una certa giurisprudenza (33) sotto la normativa vigente.

Qualora, invece, non si rendano necessarie modifiche "si procederà direttamente alla stipula del contratto di concessione" (art. 153, comma 10, lett. d)) (34). La procedura negoziata, pertanto, rappresenta soltanto un sub-procedimento eventuale da svolgersi, qualora il progetto sia sottoposto a modifiche, prima con il promotore e, dopo, facoltativamente con gli altri concorrenti, secondo l'ordine di graduatoria e sempreché il primo tentativo non sia andato a buon fine.

A ben vedere, il diritto al rimborso spese, previsto in capo al promotore nella misura del 2,5% del valore complessivo dell'investimento, come desumibile dallo studio di fattibilità posto a base di gara, potrebbe configurarsi come una sorta di corrispettivo forfettario, "a carico dell'aggiudicatario" (art. 153, comma 12) (35), per l'acquisizione stessa, da parte dell'amministrazione, del progetto proposto. Invero la disciplina, così delineata, potrebbe destare qualche perplessità. Difatti, da una lettura in combinato disposto dei commi 10, lett. e) e 12 dell'art. 153, il rimborso delle spese del promotore, *rectius* aggiudicatario-primo classificato, non opera automaticamente, bensì sembra sottoposto ad una sorta di *condicio juris* meramente potestativa, prevista in capo all'amministrazione. In altre parole, esso matura soltanto qualora a seguito della procedura negoziata risulti aggiudicatario un concorrente diverso dal promotore (art. 153, comma 12). Perché ciò avvenga, poi, sarà

(32) Nel documento citato in nota 18, le associazioni di categoria suggeriscono l'introduzione di una Conferenza di servizi in una fase ancora più *a monte*, cioè sullo studio di fattibilità predisposto dalla pubblica amministrazione nella redazione degli atti programmatici di cui all'art. 128 del Codice dei contratti.

(33) Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 9 giugno 2005, n. 3043.

(34) Così il comma 10 dell'art. 153: "10. L'amministrazione aggiudicatrice: a) prende in esame le offerte che sono pervenute nei termini indicati nel bando; b) redige una graduatoria e nomina promotore il soggetto che ha presentato la migliore offerta; la nomina del promotore può aver luogo anche in presenza di una sola offerta; c) pone in approvazione il progetto preliminare presentato dal promotore, con le modalità indicate all'articolo 97. In tale fase è onere del promotore procedere alle modifiche progettuali necessarie ai fini dell'approvazione del progetto, nonché a tutti gli adempimenti di legge anche ai fini della valutazione di impatto ambientale, senza che ciò comporti alcun compenso aggiuntivo, né incremento delle spese sostenute per la predisposizione delle offerte indicate nel piano finanziario; d) quando il progetto non necessita di modifiche progettuali, procede direttamente alla stipula della concessione; e) qualora il promotore non accetti di modificare il progetto, ha facoltà di richiedere progressivamente ai concorrenti successivi in graduatoria l'accettazione delle modifiche al progetto presentato dal promotore alle stesse condizioni proposte al promotore e non accettate dallo stesso".

(35) Così il comma 12 dell'art. 153: "Nel caso in cui risulti aggiudicatario della concessione un soggetto diverso dal promotore, quest'ultimo ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese di cui al comma 9, terzo periodo".

necessario che l'amministrazione eserciti la facoltà, normativamente prevista (art. 153, comma 10, lett. e)), "di richiedere progressivamente ai concorrenti successivi in graduatoria, alle stesse condizioni proposte al promotore e dallo stesso non accettate, l'accettazione delle modifiche apportate al progetto" del primo classificato. La norma prevista, per quanto rappresenti una forte garanzia nei confronti della pubblica amministrazione, può sollevare qualche interrogativo circa la sua reale capacità di incentivare/disincentivare gli investimenti dei privati ed il livello qualitativo delle proposte presentate cui, verosimilmente, sarebbe difficile rispondere prescindendo da un riscontro applicativo del meccanismo.

In ultimo, è bene segnalare come nel disciplinare le garanzie che devono essere presentate a corredo dell'offerta, il Legislatore pare recepire quanto suggerito nel documento predisposto dall'ABI e dall'ANCE. Le offerte, infatti, "sono corredate dalla cauzione di cui all'articolo 75 e da un'ulteriore cauzione fissata dal bando in misura pari al 2,5 per cento del valore dell'investimento, come desumibile dallo studio fattibilità posto a base di gara. Il soggetto aggiudicatario è tenuto a prestare la cauzione definitiva di cui all'art. 113. Dalla data di inizio dell'esercizio del servizio, da parte del concessionario, è dovuta una cauzione a garanzia delle penali relative al mancato o inesatto adempimento di tutti gli obblighi contrattuali relativi alla gestione dell'opera, da prestarsi nella misura del 10% del costo annuo operativo di esercizio e con le modalità di cui all'art. 113. La mancata presentazione della stessa costituisce grave inadempimento contrattuale." (art. 153, comma 13).

6. La gara in due fasi. Il ritorno della prelazione.

La seconda procedura, disciplinata al comma 15 dell'art. 153, adottabile in alternativa alla precedente, prevede che l'amministrazione individui il concessionario mediante l'espletamento di due distinte procedure selettive: la prima, volta esclusivamente all'individuazione del promotore dal quale acquisire il progetto preliminare; la successiva, volta all'individuazione dell'affidatario della concessione, con diritto di prelazione del promotore. Qualora le amministrazioni aggiudicatrici si avvalgano di tale fattispecie, è espressamente previsto che non trovino applicazione il comma 10, lettere d), e), il comma 11 e il comma 12, "ferma restando l'applicazione degli altri commi" (art. 153, comma 15) (36). In virtù di questo inciso, e contrariamen-

(36) Così il comma 15 dell'art. 153: "15. Le amministrazioni aggiudicatrici, ferme restando le disposizioni relative al contenuto del bando previste dal comma 3, primo periodo, possono, in alternativa a quanto prescritto dal comma 3, lettere a) e b), procedere come segue: a) pubblicare un bando precisando che la procedura non comporta l'aggiudicazione al promotore prescelto, ma l'attribuzione allo stesso del diritto di essere preferito al migliore offerente individuato con le modalità di cui alle successive lettere del presente comma, ove il promotore prescelto intenda adeguare la propria offerta a quella ritenuta più vantaggiosa; b) provvedere alla approvazione del progetto preliminare in conformità al comma 10, lettera c); c) bandire una nuova procedura selettiva, ponendo a base di gara il progetto preliminare approvato e le condizioni economiche e contrattuali offerte dal promo-

te a quanto si possa pensare, il Legislatore non pare essersi limitato a reintrodurre *sic et simpliciter* la disciplina precedente al secondo decreto correttivo.

Le amministrazioni, pertanto, pubblicheranno un bando, “con le modalità di cui all’articolo 66 ovvero di cui all’articolo 122, secondo l’importo dei lavori, ponendo a base di gara lo studio di fattibilità” (art. 153, comma 2) precedentemente predisposto o adottato su iniziativa di un proponente secondo quanto chiarito dal comma 19 dell’art. 153. Nello stesso documento di gara dovrà, inoltre, precisarsi “che la procedura non comporta l’aggiudicazione al promotore prescelto, ma l’attribuzione allo stesso del diritto di essere preferito al migliore offerente” (art. 153, comma 15, lett. a)) successivamente individuato. In particolare, poi, il bando specificherà “i criteri, secondo l’ordine di importanza loro attribuita, in base ai quali si procede alla valutazione comparativa tra le diverse proposte” e indicherà, mediante il richiamo espresso al disciplinare di gara, “l’ubicazione e la descrizione dell’intervento da realizzare, la destinazione urbanistica, la consistenza, le tipologie del servizio da gestire” (art. 153, commi 6 e 7). In tal modo le proposte saranno presentate secondo presupposti omogenei. Viene pertanto azzerata l’eventualità, particolarmente discussa in passato, di una cd. valutazione comparativa impropria. L’esame delle proposte presentate, da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, avverrà con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa e sarà “esteso agli aspetti relativi alla qualità del progetto preliminare presentato, al valore economico e finanziario del piano e al contenuto della bozza di convenzione”. Il momento valutativo finalizzato all’individuazione del promotore assume evidentemente i contenuti tipici della concorsualità. D’altro canto, però, anche nella fattispecie procedurale a gara doppia si denota una decisa *deminutio* della capacità propulsiva dei privati, essendo l’amministrazione stessa ad individuare l’intervento specifico da realizzare. In definitiva si assiste alla consacrazione dell’iniziativa pubblica del procedimento. Allo stesso saranno “ammessi solo i soggetti in possesso dei requisiti previsti dal regolamento per il concessionario anche associando

tore, con il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa; d) ove non siano state presentate offerte valutate economicamente più vantaggiose rispetto a quella del promotore, il contratto è aggiudicato a quest’ultimo; e) ove siano state presentate una o più offerte valutate economicamente più vantaggiose di quella del promotore posta a base di gara, quest’ultimo può, entro quarantacinque giorni dalla comunicazione dell’amministrazione aggiudicatrice, adeguare la propria proposta a quella del migliore offerente, aggiudicandosi il contratto. In questo caso l’amministrazione aggiudicatrice rimborsa al migliore offerente, a spese del promotore, le spese sostenute per la partecipazione alla gara, nella misura massima di cui al comma 9, terzo periodo; f) ove il promotore non adegui nel termine indicato alla precedente lettera e) la propria proposta a quella del miglior offerente individuato in gara, quest’ultimo è aggiudicatario del contratto e l’amministrazione aggiudicatrice rimborsa al promotore, a spese dell’aggiudicatario, le spese sostenute nella misura massima di cui al comma 9, terzo periodo. Qualora le amministrazioni aggiudicatrici si avvalgano delle disposizioni del presente comma, non si applicano il comma 10, lettere d), e), il comma 11 e il comma 12, e ferma restando l’applicazione degli altri commi che precedono.

o consorziando altri soggetti, fermi restando i requisiti di cui all'art. 38" (art. 153, comma 8). Le offerte dovranno presentare i medesimi contenuti già specificati nell'esame della procedura a gara unica (37). Una volta valutate le offerte, redatta la graduatoria e nominato il promotore, l'amministrazione procede all'approvazione del progetto preliminare convocando una Conferenza di servizi istruttoria, secondo quanto previsto dal comma 10, lett. c) dell'art. 153 del Codice. In tale fase, pertanto, "è onere del promotore procedere alle modifiche progettuali necessarie ai fini dell'approvazione del progetto, nonché a tutti gli adempimenti di legge anche ai fini della valutazione di impatto ambientale, senza che ciò comporti alcun compenso aggiuntivo, né incremento delle spese sostenute per la predisposizione delle offerte indicate nel piano finanziario". Il progetto, così approvato, verrà posto a base della nuova gara, finalizzata all'aggiudicazione finale del contratto. All'esito di quest'ulteriore fase procedimentale interviene il meccanismo, a dire il vero già noto, del diritto di prelazione. Così, nel caso in cui entro 45 giorni dalla comunicazione dell'amministrazione il promotore adegui la propria offerta a quella eventualmente risultata economicamente più vantaggiosa, lo stesso risulterà aggiudicatario e si farà carico delle spese sostenute dal miglior concorrente. Diversamente, qualora il promotore lasci decorrere il suddetto termine, maturerà solamente il diritto al rimborso delle spese sostenute, questa volta a carico del concorrente aggiudicatario. Nell'uno come nell'altro caso le spese saranno rimborsate dall'amministrazione entro il limite del 2,5 % del valore complessivo dell'investimento.

A ben vedere, però, vista l'approvazione del progetto mediante Conferenza di servizi, appare poco chiaro perché sia stata espressamente esclusa, nel caso di mancata accettazione da parte del promotore delle modifiche ritenute necessarie, la facoltà per l'amministrazione di rivolgersi agli altri concorrenti in graduatoria.

7. L'iniziativa privata nel caso di inerzia della pubblica amministrazione.

La fattispecie procedurale decisamente più interessante è quella disciplinata dai commi 16, 17 e 18 (38). Come anticipato, si prevede una sorta di ini-

(37) Specificamente, secondo quanto disposto dall'art. 153, comma 9: "Le offerte devono contenere un progetto preliminare, una bozza di convenzione, un piano economico-finanziario asseverato da una banca nonché la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione; il regolamento detta indicazioni per chiarire e agevolare le attività di asseverazione ai fini della valutazione degli elementi economici e finanziari. Il piano economico-finanziario comprende l'importo delle spese sostenute per la predisposizione delle offerte, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'articolo 2578 del codice civile. Tale importo, non può superare il 2,5 per cento del valore dell'investimento, come desumibile dallo studio di fattibilità posto a base di gara".

(38) Così i commi 16, 17 e 18 dell'art. 153: "16. In relazione a ciascun lavoro inserito nell'elenco annuale di cui al comma 1, per il quale le amministrazioni aggiudicatrici non provvedano alla pubblicazione dei bandi entro sei mesi dalla approvazione dello stesso elenco annuale, i soggetti in possesso dei requisiti di cui al comma 8 possono presentare, entro e non oltre quattro mesi dal decorso di detto termine, una proposta avente il contenu-

ziativa privata suppletiva e surrogatoria, nel caso in cui “le amministrazioni aggiudicatrici non provvedano, entro sei mesi dalla approvazione dello stesso elenco annuale, alla pubblicazione dei bandi” relativi agli interventi ivi inseriti.

Evidentemente rimane quale *conditio sine qua non* per l’avvio della procedura, il preventivo inserimento, di competenza dell’amministrazione, dello stesso intervento negli atti di programmazione, nonché nell’elenco annuale. È in virtù di tale considerazione che l’operazione di finanza di progetto non può dirsi ad iniziativa privata in senso stretto. Entro e non oltre i quattro mesi successivi alla scadenza del predetto termine, “i soggetti in possesso dei requisiti previsti dal regolamento per il concessionario, anche associando o consorziando altri soggetti (39), possono presentare una proposta”, avente ad oggetto il progetto preliminare, “garantita dalla cauzione di cui all’articolo 75, corredata dalla documentazione dimostrativa del possesso dei requisiti soggettivi e dell’impegno a prestare una cauzione nella misura dell’importo” pari al 2,5% del valore complessivo dell’investimento, per l’eventuale successiva indizione della relativa gara. L’amministrazione, entro sessanta giorni dalla scadenza del termine per la ricezione delle proposte, anche qualora sia pervenuta una sola proposta, pubblica, “con le modalità di cui all’art. 66 ovvero di cui all’art. 122, secondo l’importo dei lavori”, un avviso contenente

to dell’offerta di cui al comma 9, garantita dalla cauzione di cui all’articolo 75, corredata dalla documentazione dimostrativa del possesso dei requisiti soggettivi e dell’impegno a prestare una cauzione nella misura dell’importo di cui al comma 9, terzo periodo, nel caso di indizione di gara ai sensi delle lettere a), b), c) del presente comma. Entro sessanta giorni dalla scadenza del termine di quattro mesi di cui al periodo precedente, le amministrazioni aggiudicatrici provvedono, anche nel caso in cui sia pervenuta una sola proposta, a pubblicare un avviso con le modalità di cui all’articolo 66 ovvero di cui all’articolo 122, secondo l’importo dei lavori, contenente i criteri in base ai quali si procede alla valutazione delle proposte pervenute; le amministrazioni aggiudicatrici esaminano le proposte pervenute entro sei mesi giorni dalla pubblicazione di detto avviso e, verificato preliminarmente il possesso dei requisiti, individuano la proposta ritenuta di pubblico interesse, procedendo poi in via alternativa a: a) se il progetto preliminare necessita di modifiche, indire un dialogo competitivo ponendo a base di esso il progetto preliminare e la proposta; b) se il progetto preliminare non necessita di modifiche, previa approvazione del progetto preliminare presentato dal promotore, bandire una concessione ai sensi dell’articolo 143, ponendo lo stesso progetto a base di gara ed invitando alla gara il promotore; c) se il progetto preliminare non necessita di modifiche, previa approvazione del progetto preliminare presentato dal promotore, procedere ai sensi del comma 15, lettere c), d), e), f), ponendo lo stesso progetto a base di gara e invitando alla gara il promotore.[...] 17. Se il soggetto che ha presentato la proposta prescelta ai sensi del comma 16 non partecipa alle gare di cui alle lettere a), b) e c) del comma 16, l’amministrazione aggiudicatrice incamera la garanzia di cui all’articolo 75. Nelle gare di cui al comma 16, lettere a), b), c), si applica il comma 13. [...] 18. Il promotore che non risulti aggiudicatario nella procedura di cui al comma 16, lettera a), ha diritto al rimborso, con onere a carico dell’affidatario, delle spese sostenute nella misura massima di cui al comma 9, terzo periodo. Al promotore che non risulti aggiudicatario nelle procedure di cui al comma 16, lettere b) e c), si applica quanto previsto dal comma 15, lettere e) ed f).

(39) Fermi restando i requisiti di cui all’art. 38.

te i criteri di valutazione delle proposte stesse sotto il profilo del pubblico interesse. L'esame delle proposte pervenute si conclude entro sei mesi dalla suddetta pubblicazione. Così individuate le proposte ritenute di pubblico interesse, e previa verifica del possesso dei requisiti in capo al proponente, la pubblica amministrazione sceglierà il tipo di procedura da attivare a seconda che il progetto necessiti, o meno, di eventuali modifiche.

Nel primo caso, verrà indetto un dialogo competitivo con a base il progetto preliminare e la proposta stessa. In tal caso, il promotore che all'esito della procedura non risulti aggiudicatario avrà diritto al rimborso delle spese, a carico dell'aggiudicatario stesso, nella misura del 2,5% del valore complessivo dell'investimento.

Qualora, invece, il progetto non necessiti di alcuna modifica, l'amministrazione potrà alternativamente bandire una concessione ai sensi dell'art. 143 ovvero procedere direttamente con la seconda fase di gara disciplinata dalle lett. c), d), e), f) del comma 15, dello stesso art. 153. In entrambe le procedure, il progetto preliminare, previa apposita approvazione, verrà posto a base di gara ed il promotore sarà invitato a partecipare, potendo giovare, peraltro, del cd diritto di prelazione (40). Qualsiasi sia la fattispecie procedurale seguita, poi, nel caso in cui il soggetto che ha presentato la proposta ritenuta di pubblico interesse, ai sensi del comma 16, non partecipi alle gare, l'amministrazione aggiudicatrice potrà incamerare la garanzia di cui all'art. 75 (art. 153, comma 17).

A ben vedere il disegno complessivamente introdotto dal Legislatore è tutt'altro che semplice e lineare. In parte riemerge quella struttura tipica del *project financing* all'italiana che potremmo definire a "fasatura variabile". In definitiva ci si trova dinanzi ad una procedura complessa costituita da diversi sub-procedimenti autonomi tra di loro interconnessi. Il primo, necessario, ha evidentemente lo scopo precipuo di individuare la proposta del promotore ritenuta di pubblico interesse. Il secondo, poi, finalizzato all'aggiudicazione della concessione, risulta essere del tutto eventuale, in quanto subordinato al precedente, e denota una natura in un certo senso alternativa ed in fin dei conti a discrezione della pubblica amministrazione. Quest'ultima, infatti, potrà, a seconda dei casi, indire un dialogo competitivo, bandire una concessione ai sensi dell'art. 143 ovvero procedere ai sensi del comma 15 lett. c), d), e), f) dell'art. 153. Alla luce di queste considerazioni e dell'esperienza passata sorge, inevitabilmente, qualche perplessità.

Prescindendosi dalla tipologia di gara che verrà successivamente adottata, pare poco conforme ai principi di trasparenza e concorrenza la possibilità che un avviso, seppur su scala comunitaria, possa essere pubblicato dopo

(40) Così stabilisce il comma 15, lett. e), espressamente richiamato dal comma 18. Quest'ultimo infatti stabilisce che: "18. Il promotore che non risulti aggiudicatario nella procedura di cui al comma 16, lettera a), ha diritto al rimborso, con onere a carico dell'affidatario, delle spese sostenute nella misura massima di cui al comma 9, terzo periodo. Al promotore che non risulti aggiudicatario nelle procedure di cui al comma 16, lettere b) e c), si applica quanto previsto dal comma 15, lettere e) ed f)".

la presentazione delle proposte. Con quali criteri, poi, l'amministrazione dovrebbe valutare la rispondenza al pubblico interesse delle proposte pervenute? È un interrogativo questo più che legittimo, soprattutto se si tiene in considerazione che in due ipotesi su tre, quelle di cui alle lett. *b)* e *c)* dell'art. 153, il proponente potrà avvalersi, in virtù di detta valutazione, del diritto di prelazione nella successiva fase di gara volta all'aggiudicazione del contratto. In altri termini sembra riecheggiare il problema della qualificazione giuridica della valutazione di rispondenza delle proposte al pubblico interesse. In realtà, quale che sia la natura di detta attività valutativa rimane il dubbio circa la reale trasparenza di una procedura così strutturata. In definitiva il Legislatore si è inutilmente "complicato la vita". In alternativa poteva forse prevedersi che in caso di inerzia dell'amministrazione i privati potessero presentare delle offerte in busta chiusa e sigillata, sollecitando così la pubblica amministrazione a pubblicare i relativi bandi. Ancora una volta tutto l'impianto procedurale poggia su un equivoco di fondo. Ci si riferisce, ancora una volta, alla carenza di capacità programmatiche della pubblica amministrazione che rappresenta il "compromesso costante" della finanza di progetto all'italiana. Evidentemente, qualora si fosse seguita la strada dell'offerta in busta chiusa, l'amministrazione nel redigere un avviso indicativo di sollecitazione al mercato non avrebbe avuto nessun altro riferimento se non il proprio studio di fattibilità, precedentemente predisposto al momento dell'inserzione dell'intervento negli atti di programmazione di cui all'art. 128 del Codice. In tal caso, però, non avrebbe avuto più senso mantenere la struttura a fasatura variabile della procedura complessivamente considerata. In conclusione ben potrebbe sospettarsi che, nel disegno previsto dal Legislatore, l'avviso indicativo possa essere per così dire "cucito su misura" ad una delle proposte precedentemente presentate o comunque sottratto a qualsiasi canone di trasparenza. Non ci si meraviglierebbe, pertanto, se proprio su questo punto sorgessero in futuro nuovi contrasti con l'ordinamento comunitario.

INDICI SISTEMATICI

1. ARTICOLI, NOTE, DOTTRINA, RECENSIONI

ROBERTO BIN, <i>La leale collaborazione nel nuovo Titolo V della Costituzione</i> (intervento al Convegno “Gli strumenti di politica economica nel nuovo Titolo V della Costituzione”) pag.	34
BENEDETTO BRANCOLI BUSDRAGHI, <i>Diritto comunitario e lavoratori distaccati: dopo Ruffert, l'accento è sui servizi</i> »	178
FLORIANA CERNIGLIA, <i>Le vicende e le prospettive del federalismo fiscale in Italia</i> (relazione per il Convegno “Gli strumenti di politica economica nel nuovo Titolo V della Costituzione”) »	64
SARA D'AMARIO, <i>Appalti pubblici: tutela delle informazioni riservate e diritto ad un equo processo</i> »	203
AURELIANA DI MATTEO, <i>Sull'affidamento diretto di servizi di trasporto sanitario, ad associazioni di volontariato</i> »	162
FABRIZIO FEDELI, <i>La sussidiarietà nell'articolo 118 della Costituzione</i> (intervento al Convegno “Gli strumenti di politica economica nel nuovo Titolo V della Costituzione”) »	41
ANDREA MORRONE, <i>Gli strumenti di politica economica nel nuovo Titolo V della Costituzione</i> (intervento al Convegno “Gli strumenti di politica economica nel nuovo Titolo V della Costituzione”) »	9
GLAUCO NORI, <i>Parzialità della contestazione nella condanna dell'Italia sul condono IVA</i> »	151
GLAUCO NORI, <i>Presentazione al Convegno “Gli strumenti di politica economica nel nuovo Titolo V della Costituzione”</i> »	1
MARIAELENA PANACCI, <i>Gli studi di settore dalla Finanziaria del 2007 a quella del 2008: quali novità?</i> »	287
MAURO PRINZIVALLI, EMANUELA PAZZANO, <i>L'accertamento del nesso causale e la conseguente responsabilità del Ministero passa attraverso un giudizio controfattuale: “L'azione ipotizzata ed omessa avrebbe impedito l'evento?”</i>	

<i>La Corte d'appello di Torino sottopone a critica i recenti indirizzi giurisprudenziali maturati in seno alle S.U. in tema di danno da emotrasfusione</i> pag.	296
ALBERTO QUADRIO CURZIO, <i>Riflessioni sul principio di sussidiarietà per lo sviluppo italiano</i> (relazione per il Convegno “ <i>Gli strumenti di politica economica nel nuovo Titolo V della Costituzione</i> ”) »	93
DANIELE ROSATO, <i>Concessioni e appalti di servizi tra diritto comunitario e diritto nazionale</i> »	107
ALESSANDRO ZUCCARO, <i>Dalla procedura di infrazione al terzo decreto correttivo del Codice dei contratti. Verso un project financing di quinta generazione</i> »	319

2 – SENTENZE

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE	
Sent. 29 novembre 2007 nella causa C-119/06 »	168
Sent. 14 febbraio 2008 nella causa C-450/06 »	207
Sent. 3 aprile 2008 nella causa C-346/06 »	194
Sent. 17 luglio 2008 nella causa C-132/06 »	153
GIUDIZI IN CORSO	
Causa C-445/06, Libera circolazione delle merci »	216
Causa C-226/07, Fiscalità »	225
Causa C-275/07, Risorse proprie delle Comunità »	228
Causa C-317/07, Ambiente e consumatori »	235
Causa C-375/07, Unione doganale »	239
Causa C-509/07, Ravvicinamento delle legislazioni »	243
Causa C-523/07, Spazio di libertà, sicurezza e giustizia »	246
Causa C-538/07, Diritto delle imprese »	250
Cause riunite C-570/07 e C 571/07, Libertà di stabilimento »	254
Causa C-14/08, Spazio di libertà, sicurezza e giustizia »	259

3 – ARGOMENTI

COMUNITÀ EUROPEA – Appalti pubblici – Ricorso – Direttiva 89/665/CEE – Ricorso efficace – Nozione – Equilibrio tra il principio del contraddittorio e il diritto al rispetto dei segreti commerciali – Tutela, da parte dell'organo responsabile dei ricorsi, della riservatezza delle informazioni fornite dagli operatori economici »	207
COMUNITÀ EUROPEA – Inadempimento di uno Stato - Art. 10 CE - Sesta direttiva IVA - Obblighi in regime interno - Controllo delle operazioni imponibili – Condono »	153
COMUNITÀ EUROPEA – Inadempimento di uno Stato – Violazione della direttiva 92/50/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi – Aggiudicazione di un appalto senza bando di gara –	

Aggiudicazione dei servizi di trasporto sanitario in Toscana	<i>pag.</i>	168
COMUNITÀ EUROPEA – Libera prestazione dei servizi – Art. 49 CE – Restrizioni – Direttiva 96/71/CE – Distacco dei lavoratori nell’ambito di una prestazione di servizi – Procedure di aggiudicazione di appalti pubbli- ci di lavori – Tutela previdenziale dei lavoratori »		194

4 – PARERI, COMUNICAZIONI, CIRCOLARI

A.G.S. – Parere del 7 giugno 2008 n. 75402.

Istituto Superiore per la Prevenzione e la Sicurezza del Lavoro (ISPESL) – Registrazione e utilizzo da parte di una società privata di un marchio suscet- tibile di ingenerare confusione (ISPEL) – Possibilità di instaurazione di azio- ni a tutela del marchio e di concorrenza sleale <i>ex art. 2598 c.c. (consultivo</i> <i>9940/08, avvocato G. d’Elia)</i> »		265
--	--	-----

A.G.S. – Parere del 19 giugno 2008 n. 80615.

Art. 14, co.3, d.lgs. n. 252 del 5 dicembre 2005 (<i>consultivo 14850/08,</i> <i>avvocato A. Grumetto)</i> »		269
--	--	-----

A.G.S. – Parere del 26 giugno 2008 n. 83419.

Trattamento dati sensibili attinenti lo stato di salute dell’interessato – Sospensione o revoca della patente militare e/o della patente civile (<i>consulti- vo 40716/07, avvocato M. Greco)</i> »		273
---	--	-----

A.G.S. – Parere del 3 luglio 2008 n. 86285.

Liquidazione enti disciolti – Art. 1, c. 91 legge 23 dicembre 2005, n. 266 come sostituito dall’art. 1, c. 486 legge 27 dicembre 2006 n. 296. Accordo con l’INPDAP (<i>consultivo 13463/08, avvocato A. Grumetto)</i> »		276
--	--	-----

A.G.S. – Parere del 29 luglio 2008 n. 95295.

Fondo Immobili Pubblici - Esclusione dal conferimento di porzioni immobiliari ai sensi dell’art. 4 del D.L. 351/2001 (<i>consultivo 47020/07, avvo- cato A.L. Caputi Iambrenghi)</i> »		278
--	--	-----

A.G.S. – Parere del 6 agosto 2008 n. 97937.

Accordo di Cooperazione ed Unione Doganale CEE/San Marino. Potere di accertamento e sanzionatorio nei confronti della Repubblica di San Marino (<i>consultivo 14909/08, avvocato G. Albenzio)</i> »		282
--	--	-----

Finito di stampare nel mese di ottobre 2008
Stabilimenti Tipografici Carlo Colombo S.p.A.
Via Roberto Malatesta n. 296 - Roma