

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: *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 – Pietro Vitullo*.

SEGRETERIA DI REDAZIONE: *Francesca Pioppi e Antonella Quirini*

GESTIONE DISTRIBUZIONE E ABBONAMENTI: *Antonella Quirini*

HANNO COLLABORATO INOLTRE AL PRESENTE FASCICOLO: *Diego Arocchi – Giuseppe Arpaia – Maila Bevilacqua – Valeria Camilli – Maria Antonia Chieco – Cinzia F. Coduti – Roberto Collacchi – Federico Dinelli – Riccardo Gai – Davide Giovannelli – Gregorio Mattera – Flavia Piquè – Valeria Santocchi – Susanna Screpanti – Giuseppe Stuppia – Rita Tuccio – Giuseppe 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 06U 01000 03245 350 0 10 2368 00, causale di versamento, indirizzo ove effettuare la spedizione, codice fiscale del versante.

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

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

TEMI ISTITUZIONALI

- Discorso dell'Avvocato Generale dello Stato Oscar Fiumara in occasione della Cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario. Roma, 25 gennaio 2008* pag. 1
- Indirizzi per la difesa delle amministrazioni statali in tema di invalidità civile (A.G.S. - Comunicazione di servizio del 23 aprile 2008 prot. 54340, n. 48 – Circolare del 23 aprile 2008 prot. 54346, n. 19; parere del 19 febbraio 2008 n. 23172)* » 5

CONTENZIOSO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE

- Oscar Fiumara, Paolo Gentili, *Aspetti giuridici del multilinguismo - Intervento dell'Avvocato Generale al convegno tenutosi nella sede della Accademia della Crusca. Firenze, 10 maggio 2008* » 11
- Maurizio Fiorilli, *Sentenze rese dalla Corte di giustizia nell'anno 2007, cause che hanno interessato l'Italia. Breve sintesi.* » 15

1.- Le decisioni

- Valeria Santocchi, dossier, *L'autorizzazione del Prefetto agli Istituti di vigilanza (Corte di Giustizia CE, sent. 13 dicembre 2007 nella causa C-465/05; C.d.S., sez. IV, sent. 5 settembre 2007 n. 4647; circolare del Ministero dell'interno 29 febbraio 2008 nr. 557/PAS/2731/10089.d(1))* . . . » 77
- Maria Antonia Chieco, *Violazione alla concorrenza - Imputazione responsabilità in caso di successione di imprese: il caso tabacchi italiani (Corte di Giustizia CE, sent. 11 dicembre 2007 nella causa C-280/06)* » 114

CONTENZIOSO NAZIONALE

- Valeria Camilli, Rita Tuccio, dossier, *Ingresso - soggiorno dello straniero e tutela dell'ordine pubblico: il problema dell'effetto delle precedenti condanne penali (C.d.S., sez. VI, sentt. 8 febbraio 2008 n. 415 e 13 marzo 2008, n. 1031; T.A.R. Umbria, Perugia, sez. I, sent. 6 giugno 2007 n. 505)* . . . » 133
- Diego Arocchi, *Applicabilità della normativa della Regione Friuli Venezia Giulia in materia di lavori pubblici (Corte Cost., sentt. 23 novembre 2007 n. 401 e 14 dicembre 2007 n. 431)* » 159
- Giuseppe Stuppia, *L'inammissibilità del regolamento preventivo di giurisdizione nei procedimenti cautelari (Cassaz., SS.UU., ord. 20 giugno 2007 n. 14293)* » 184
- Federico Dinelli, *Ancora "organi dello Stato con personalità giuridica"? (Cassaz., SS.UU., sent. 8 febbraio 2008 n. 3004)* » 188

Alfonso Mezzotero, Giuseppe Zuccaro, <i>La notificazione della sentenza di primo grado all'amministrazione statale costituita personalmente ex art. 417 bis c.p.c.: la Cassazione non persuade</i> (Cassaz., sez. lav., sent. 22 febbraio 2008 n. 4690).	pag. 208
Flavia Piquè, <i>I reati ambientali: le problematiche emerse di recente in materia di sequestro</i> (Cassaz., sez. I pen., sent. 8 settembre 2006, n. 29855; sez. III pen., sent. 12 giugno 2007 n. 22826). »	244
Davide Giovannelli, <i>Lex est araneae tela: l'esercizio della giurisdizione U.S.A. e l'accertamento delle violazioni dello ius in bello</i> (Corte d'Assise di Roma, sez. III, sent. 25 ottobre 2007 – 3 gennaio 2008 n. 21). . »	262
Giuseppe Arpaia, <i>Clausola compromissoria nulla per contrasto con norme imperative ed inserzione automatica di clausole</i> (Arbitro Unico, lodo Napoli 24-26 novembre 2007) »	281
Roberto Collacchi, <i>Annotazione dei dati nel casellario imprese: disapplicazione della delibera di esclusione dalla gara di appalto</i> (C.d.S., sez.VI, dec. 27 giugno 2007 n.3704) »	289
Cinzia F. Coduti, <i>La centralità del rischio nella concessione di servizio pubblico</i> (C.d.S., sez.V, sent. 15 gennaio 2008 n. 36) »	298
PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO. »	309
CONTRIBUTI DI DOTTRINA	
Maila Bevilacqua, <i>La responsabilità ambientale da cosa in custodia</i> »	347
Riccardo Gai, <i>Alcune riflessioni sulla tutela giurisdizionale nei confronti delle Autorità amministrative indipendenti</i> »	364
Gregorio Mattera, <i>Intermediazione finanziaria e violazione degli obblighi di informazione</i> »	378
Susanna Screpanti, <i>Il sindacato del Giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche e sui poteri sanzionatori dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato</i> »	393
INDICI SISTEMATICI. »	421

TEMI ISTITUZIONALI

Discorso dell'Avvocato Generale dello Stato Oscar Fiumara in occasione della Cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario

“Signor Presidente della Repubblica, Signor Presidente del Senato, Signor Presidente della Camera, Signor Presidente del Consiglio, Signor Presidente della Corte Costituzionale, Autorità, signore e signori,

l'Avvocatura dello Stato ha un ruolo importante nella vita giudiziaria del nostro Paese e questa è l'occasione per rappresentarne in estrema sintesi l'opera svolta e per formulare alcune brevi considerazioni quale contributo per rendere più efficiente il sistema giustizia.

Sinteticamente ricordo che gli affari nuovi da noi impiantati nel corso dell'anno 2007, raggiungono, in tutta Italia, il numero di 200.000 circa (50.000 circa nella sede centrale romana), con una lieve flessione rispetto ai 215.000 dell'anno precedente (conseguente – invero – solo alla opportuna sottrazione al patrocinio dell'Avvocatura della materia previdenziale e assistenziale): in particolare – e per grandi linee – 100 affari dinanzi ai giudici comunitari (dove la organicità e l'esclusività della difesa dello Stato da parte della sua Avvocatura è la conseguenza logica dell'interconnessione fra la giurisdizione comunitaria e quella nazionale); 800 dinanzi alla Corte costituzionale, 10.000 dinanzi alla Corte di cassazione (con una diminuzione rispetto all'anno precedente, per la definizione di alcune cause seriali, come quelle relative alle penalità dovute per lo sfioramento da parte dei produttori italiani delle c.d. “quote latte” comunitarie), 2.300 dinanzi al Consiglio di Stato, e così via. In particolare nella sede romana, quanto alla giurisdizione ordinaria, sono state aperte circa 1000 cause dinanzi ai giudici di pace, 6000 dinanzi ai Tribunali del distretto, altrettante dinanzi alla Corte di appello (in gran parte relative alla legge Pinto); e quanto alla giurisdizione amministrativa gli affari nuovi dinanzi al T.A.R. Lazio sono oltre 8000. La percentuale delle cause vinte è di gran lunga superiore a quella delle cause perdute (pur considerando formalmente perdute quelle in cui la soccombenza è minima, a volte addirittura infinitesimale): oltre il 60% in cassazione, il 73-74% dinanzi ai Tribunali ordinari e amministrativi; percentuale invece fortemente negativa per la Corte d'Appello per la inevitabile notevole incidenza degli

affari relativi alla legge Pinto. E la spesa globale per il nostro funzionamento è molto contenuta.

Questa mole di contenzioso non esaurisce certo la nostra attività. Molto impegnativa è una vasta attività consultiva e di supporto alle amministrazioni. E con orgoglio e soddisfazione che ricordo – ad esempio – il ruolo avuto dall'Avvocatura dello Stato, in splendida armonia con la Magistratura, il Ministero dei beni culturali e l'Arma dei carabinieri, nel recupero dai musei statunitensi di preziosissime opere d'arte, ora esposte nel palazzo del Quirinale, recupero culminato nei giorni scorsi con il rientro in Italia del celebre Vaso di Eufronio, che ha fatto la sua prima apparizione ufficiale nel nostro Paese proprio nella sede dell'Avvocatura generale dello Stato.

Se questa è in sintesi la nostra attività, non può non rilevarsi che la nostra funzionalità si riverbera su quella dell'intero sistema giudiziario. La natura e le funzioni del nostro cliente ci fanno assumere una posizione del tutto particolare nello svolgimento del nostro patrocinio, improntato certo alla piena e corretta difesa dell'Amministrazione, ma anche caratterizzato da una visione unitaria e ponderata degli interessi pubblici che la stessa persegue. E fra questi interessi assume rilievo anche quello funzionale di contribuire ad una resa di giustizia rapida ed efficiente.

Per consentirci di dare tale contributo è necessario che dall'esterno ci siano forniti i mezzi per funzionare meglio e dall'interno che siano da noi razionalizzati i mezzi a disposizione.

Mi limito a segnalare alcune esigenze e mi permetto di avanzare alcuni suggerimenti:

a) L'Avvocatura non chiede aumenti di organico del personale togato né nuove risorse finanziarie, se non adattamenti modestissimi; ma chiede misure che le consentano di rendere più agile il proprio lavoro, come l'autonomia finanziaria (così come la chiede la stessa Corte di Cassazione), l'istituzione di un ruolo minimo di dirigenti amministrativi (siamo l'unica amministrazione che ne è priva) e una maggiore attenzione per il personale amministrativo;

b) Plaudo all'istituzione, prevista nel disegno di legge all'esame del Parlamento, di un "ufficio del processo" in ciascuna sede giudiziaria; anche noi avremmo bisogno di "assistenti giudiziari" che possano affiancare gli avvocati;

c) L'informatica:

L'innovazione non si fa contando il numero di *personal computer* o misurando il traffico *internet*, ma si fa incidendo sul riordino dei processi, con un coinvolgimento partecipato di tutti gli attori interessati.

Così l'Avvocatura sta concentrando i propri sforzi soprattutto sul lento e difficile cambiamento culturale imposto dalla velocità insita nell'evoluzione tecnologica. Lavoriamo per dare alle amministrazioni difese un accesso sicuro ed immediato alle informazioni che le riguardano, sperimentando nuove modalità operative di scambio informatizzato, con evidente risparmio di tempi e ottimizzazione delle reciproche informazioni. La realizzazione interna del fascicolo elettronico, già anticipata da alcune iniziative parziali, è ormai alle porte, e intende costituire un primo concreto passo per realizzare quello scambio elettronico dei fascicoli che il processo telematico è teso a

realizzare. È però necessario “viaggiare insieme” con tutti gli attori coinvolti nel dominio “Giustizia” (amministrativa, ordinaria, tributaria) e definire “insieme” dei linguaggi, delle regole e dei percorsi comuni che, con il supporto dell’informatica, possano far raggiungere i risultati tanto sperati.

d) Un altro punto ci sembra molto importante.

L’approvazione della disposizione sulle azioni collettive o seriali o *class actions* (art. 2, co. 446, legge 24 dicembre 2007, n. 244) e il recente *revirement* delle Sezioni Unite civili sulla questione della frazionabilità del credito (Sez. Un., 15 novembre 2007, n. 23276) segnano due rilevanti passaggi di un processo evolutivo teso al miglioramento della qualità, dei tempi e dei costi dei giudizi.

Quanto alla *class action*, il nuovo meccanismo processuale si fonda sull’esercizio del diritto di richiedere l’estensione del giudizio collettivo da altri introdotto (c.d. *opt-in right*) avente ad oggetto una questione, di fatto o di diritto, comune alla classe cui si appartiene.

Analoghi effetti produce l’innovativo orientamento delle Sezioni Unite civili sul divieto di parcellizzazione abusiva del credito, che determina la concentrazione in un unico processo delle pretese creditorie derivanti dal medesimo rapporto obbligatorio.

L’Avvocatura dello Stato potrebbe contribuire in misura sensibile al descritto processo di miglioramento della qualità, dei tempi e dei costi della giustizia italiana attraverso l’utilizzazione di una *class action* aggiuntiva a quella ora prevista. Il contenzioso seriale che coinvolge lo Stato e gli altri enti difesi dall’Avvocatura presenta dimensioni quantitative e qualitative considerevoli. Basti pensare alle controversie lavoristiche (ad esempio quelle sul trattamento economico delle festività nazionali cadenti di domenica), a quelle tributarie, a quelle in materia di recuperi di restituzioni comunitarie in agricoltura, a quelle per i danni da emoderivati, a quelle relative a procedure concorsuali, ecc., casi tutti che danno luogo ad una mole enorme di cause, di decreti ingiuntivi, per somme talvolta di ammontare irrisorio.

Auspicio, quindi, che il Legislatore estenda in tempi brevi il nuovo strumento processuale al di là delle mere questioni consumeristiche, assicurando anche allo Stato convenuto in giudizio la possibilità di segnalare e far dichiarare l’instaurazione, in ogni stato e grado del giudizio, e segnatamente in grado di legittimità, della *class action* (c.d. *opt-out right*).

e) I punti problematici appena toccati portano a considerare alcune delle più rilevanti decisioni prese dalla Cassazione nel 2007 in materie di interesse pubblico.

– In controtendenza con il ruolo deflativo e vincolante dei precedenti pilota, in particolare delle Sezioni Unite, sembra andare la decisione di rimettere nuovamente in discussione avanti a queste il *regime fiscale delle Fondazioni bancarie*, pur dopo la sentenza delle Sezioni Unite di fine 2006 e ben 55 sentenze conformi della Sezione tributaria pronunciate dopo di essa.

– Altro profilo connesso con la gestione dei contenziosi ripetitivi è quello dell’*ultrattività del giudicato*. In proposito va ricordata la recentissima ordinanza 26996/07 con cui la Sezione tributaria ha rimesso alla Corte di

giustizia la questione della compatibilità dell'estensione dei giudicati tra anni di imposta diversi con il divieto comunitario di abuso del diritto, segnatamente in materia di IVA.

– Ancora, ma in modo improprio, con la tematica della deflazione del contenzioso si legano talune sentenze pronunciate a proposito del *principio di autosufficienza del ricorso per cassazione e dell'applicazione dell'art. 366 bis c.p.c.*. Segnalo, con una certa preoccupazione, l'emergere di una tendenza formalistica che intende l'autosufficienza in senso addirittura grafico, e che mostra quasi di voler assegnare al quesito di diritto un'importanza superiore a quella del motivo di ricorso.

– Segnalo ancora, perché connessa non solo con la tematica della deflazione e del controllo del contenzioso di massa, ma anche con la dolorosa questione dei rifiuti in Campania, l'importante e utile sent. 27187/07, con la quale si è affermato a Sezioni Unite un principio generale di diritto secondo cui tutte le controversie che toccano la gestione del territorio, comprese quelle coinvolgenti i provvedimenti adottati per fronteggiare l'emergenza rifiuti, competono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, anche se sia fatta valere la lesione del fondamentale diritto alla salute. In tal modo si consente una gestione più efficiente e coordinata di contenziosi inevitabilmente massicci e diffusi.

f) Infine una parola sulla legge Pinto. Se da un lato possiamo stare relativamente tranquilli sulla non applicabilità della norma al processo tributario, in armonia con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, da un altro lato preoccupa la generalizzata applicazione al processo dinanzi al giudice amministrativo, dove ora molti giudizi vengano coltivati dopo anni di letargo non per un effettivo interesse alla decisione ma solo per ottenere, magari dopo sentenza sfavorevole, l'indennizzo per la durata; e ancor più preoccupa la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sulla estensione dell'indennizzo a tutta la durata del processo irragionevolmente lungo anziché alla sola parte eccedente la durata ragionevole come da giurisprudenza nazionale da ultimo confermata dalla Corte di cassazione. Occorre trovare una soluzione. Nella passata legislatura avevamo proposto una via semplificata di risoluzione conciliativa in una fase preliminare a quella contenziosa: forse la strada potrebbe essere ripresa.

Concludo.

Nel suo discorso alla nazione di fine anno il Signor Presidente della Repubblica ha esortato a guardare con obiettività alle grandi risorse dell'Italia, che non è certo in declino ma soffre di difficoltà contingenti in parte comuni ad altri Stati. Da ciò ispirato, ribadisco di aver fiducia nel nostro Istituto e nella Giustizia nel nostro Paese, non per un ingenuo e facile ottimismo, ma per coscienza delle nostre capacità e orgoglio delle nostre tradizioni.

Grazie, signor Presidente della Repubblica, grazie a tutti per avermi ascoltato”.

*Corte Suprema di Cassazione – Assemblea generale
Roma, 25 gennaio 2008*

Indirizzi per la difesa delle amministrazioni statali in tema di invalidità civile

**A.G.S. – Comunicazione di servizio del 23 aprile 2008 prot. 54340, n. 48
– Circolare del 23 aprile 2008 prot. 54346, n. 19.**

Contenzioso in materia di invalidità civile.

«Con l'allegato parere del Comitato Consultivo del 19 febbraio 2008 n. 23172 P, si è ritenuta non opportuna la costituzione in giudizio nelle cause in materia di invalidità civile, instaurate dopo il 1 aprile 2007, nelle quali venga ordinata l'integrazione del contraddittorio nei confronti del Ministero dell'economia e delle finanze, come disposto da alcuni giudici, in casi al momento ancora sporadici.

Come è noto, a seguito delle varie modifiche che si sono succedute in tema di legittimazione passiva nel contenzioso in materia di invalidità civile, con il definitivo passaggio delle funzioni dallo Stato all'INPS (art. 130 del decreto legislativo n. 112 del 1998; art. 42 del decreto legge del 30 settembre 2003, n. 269 convertito in legge 24 novembre 2003, n. 326; articolo 10 del decreto legge 30 settembre 2005, n. 203 convertito in legge 12 dicembre 2005, n. 248; articolo 5 del D.P.C.M. 30 marzo 2007) l'articolo 10, comma 6 del decreto legge 30 settembre 2005, n. 203 convertito in legge 12 dicembre 2005, n. 248, ancora prevede che gli atti introduttivi e le sentenze in materia di invalidità civile vadano notificate "anche" all'INPS e che questo sia "litisconsorte necessario" mentre lo stesso è ormai l'unico soggetto legittimato passivamente in dette cause, essendo stata definitivamente eliminata non solo l'originaria legittimazione passiva del Ministero dell'interno ma anche la residua legittimazione passiva del Ministero dell'economia e delle finanze. La predetta norma prevede altresì l'obbligo di notifica dei predetti atti presso l'Avvocatura dello Stato nonostante il venir meno di ogni coinvolgimento delle amministrazioni statali e benché l'INPS non si avvalga del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato.

In attesa di un auspicabile chiarimento normativo che elimini le richiamate discrasie, si reputa pertanto non necessario lo svolgimento di attività processuale, al solo fine di eccepire il difetto di legittimazione passiva, ove l'interpretazione che ritiene di disporre l'integrazione del contraddittorio nei confronti del Ministero dell'economia e delle finanze rimanga minoritaria, atteso il definitivo venir meno della titolarità del rapporto sostanziale in capo al predetto Ministero.

L'Avvocato Generale dello Stato Oscar Fiumara».

A.G.S. – Parere del 19 febbraio 2008 n. 23172.

Contenzioso in materia di invalidità civile – Nuove problematiche sorte in relazione ai giudizi incardinati in data successiva al 1 aprile 2007 (consultivo 47758/07, avvocato M. Russo).

«La questione che con la presente nota si intende portare all'attenzione di codesta Amministrazione⁽⁹⁾ attiene, ancora una volta, ai giudizi in materia di invalidità civile.

Al riguardo, come noto, negli ultimi anni si sono succedute diverse norme, che hanno inciso sia sull'individuazione dei soggetti legittimati a contraddire nei giudizi in materia di invalidità civile, sia sul patrocinio dell'Amministrazione statale nei suddetti giudizi.

Trattandosi di norme dalla formulazione tutt'altro che chiara e, come tale, potenzialmente fonte di equivoci, relativamente alle stesse si è reso necessario l'intervento interpretativo del Comitato Consultivo dell'Avvocatura Generale dello Stato, e segnatamente:

Sull'art. 42 del d.l. 269 del 30 settembre 2003 convertito in legge 326 del 24 novembre 2003 è stato reso il parere n. 45670 del 26 marzo 2004;

Sull'art. 10 del d.l. 203 del 30 settembre 2005, convertito in legge 248 del 12 dicembre 2005 è stato reso il parere in data 17 febbraio 2006 n. 20209.

Per agevolare la ricostruzione della fattispecie, si sintetizzano brevemente qui di seguito i punti salienti delle norme di cui sopra, nonché dei pareri resi al riguardo.

Con la norma di cui all'art. 42 *cit.*, il Ministero dell'Economia e Finanze è stato definito espressamente "*litisconsorte necessario*" nei procedimenti giurisdizionali in materia di invalidità civile (così definitivamente superando il diverso orientamento espresso da Cass. 11475/02); la stessa norma ha introdotto un particolare regime per quanto attiene al *patrocinio* dell'Amministrazione medesima. A tale proposito, nel citato parere 45670 del 26 marzo 2004, si è sostenuto: "...*Si viene ora alla questione inerente la difesa dell'Amministrazione, se – cioè – debba provvedervi questa direttamente ovvero l'Avvocatura dello Stato.*

In proposito si osserva quanto segue.

La regola generale in materia di rappresentanza, patrocinio ed assistenza in giudizio delle Amministrazioni dello Stato è espressa dall'art. 1 del R.D. 1611/33, che le attribuisce all'Avvocatura dello Stato.

In via di eccezione rispetto a tale principio, l'art. 3 R.D. cit. consente l'affidamento della difesa a funzionari, intesa l'Avvocatura dello Stato.

L'art. 42 I comma del d.l. 269/03 – a quanto pare specificazione ulteriore della possibilità già contemplata dall'art. 3 cit. – attribuisce all'Amministrazione, tra l'altro, la facoltà di essere difesa da propri funzionari. Contempla, inoltre, la possibilità di affidamento del patrocinio, sulla base di apposite convenzioni, ad avvocati dell'INAIL e dell'INPS.

Ciò posto, appare evidente che l'Avvocatura procede alla costituzione in giudizio in ragione della regola generale di cui all'art. 1 R.D. 1611/33.

L'eventuale determinazione di affidare il patrocinio a funzionari dell'Amministrazione potrà invece essere adottata sulla base di esplicita indicazione dell'Avvocatura, analogamente a quanto avviene nelle controversie di lavoro, secondo il procedimento delineato dall'art. 417 bis c.p.c.

Ciò al fine di... consentire all'Avvocatura l'individuazione di eventuali questioni di speciale rilevanza, nuove o comunque atipiche (potenzialmente originabili anche da ulteriori innovazioni normative future), che richiedano l'elaborazione di una difesa ad hoc da parte dell'organo dotato delle necessarie competenze tecniche.

Sempre nell'ottica di garantire, nelle controversie del tipo in questione, la continuità dell'apporto difensivo dell'Avvocatura, si ritiene poi che eventuali convenzioni con sogget-

⁽⁹⁾Ministero dell'Economia e delle Finanze.

ti estranei tanto all'Amministrazione quanto all'Avvocatura stessa (avvocati dell'INPS e dell'INAIL) vadano stipulate – previa acquisizione del favorevole avviso dell'Avvocatura Generale dello Stato, su proposta dei singoli Uffici Distrettuali – con esclusivo riferimento a questioni seriali standardizzate, nonché con l'espressa salvezza del preventivo vaglio dell'Avvocatura in ordine all'opportunità di sottrarre alla difesa “convenzionata” le medesime questioni rilevanti, nuove o di massima di cui si è detto sopra (e ciò in armonia con quanto disposto dall'art. 5 RD 1611/33).

... In ragione di tutto quanto si è fin qui esposto, spetterà a ciascuna Avvocatura comunicare all'Amministrazione se intenda riservarsi la difesa nelle controversie in materia di invalidità o se – al contrario – le stesse possano essere direttamente trattate dall'Amministrazione (ferma restando – ovviamente – la riserva dell'Avvocatura Generale per il giudizio di legittimità).

La norma di cui all'art. 10 *cit.*, a sua volta, ha ulteriormente innovato la materia, in particolare prevedendo il subentro dell'INPS nell'esercizio delle funzioni residue allo stato in materia di invalidità civile già di competenza del Ministero dell'Economia e Finanze.

Nel prevedere tale subentro, la norma ha disposto un regime processuale diversificato come segue:

Comma IV: “fino alla data stabilita con i decreti di cui al comma II, resta fermo, in materia processuale, quanto stabilito dall'art. 42 comma I del d.l. 30 settembre 2003, convertito con modificazioni dalla legge 24 novembre 2003 n. 326”.

Comma V: “per le controversie instaurate nel periodo compreso fra la data di entrata in vigore del presente decreto [4 ottobre 2005] e la data di effettivo esercizio da parte dell'INPS delle funzioni trasferite, la difesa in giudizio del Ministero dell'Economia e Finanze è assunta, ai sensi del predetto art. 42 comma I del citato d.l. 269/03, da propri funzionari ovvero da avvocati dipendenti dell'INPS”

Comma VI: a decorrere dalla data di effettivo esercizio da parte dell'INPS delle funzioni trasferite, gli atti introduttivi dei procedimenti giurisdizionali in materia di invalidità civile, cecità civile, sordomutismo, handicap e disabilità, nonché le sentenze ed ogni provvedimento resi in detti giudizi devono essere notificati anche all'INPS. La notifica va effettuata sia presso gli uffici dell'Avvocatura dello Stato ai sensi dell'art. 11 r.d. 1611/33, sia presso le sedi provinciali dell'INPS. Nei procedimenti giurisdizionali di cui al presente comma, l'INPS è litisconsorte necessario ai sensi dell'art. 102 del c.p.c. e, limitatamente al giudizio di primo grado è difeso da propri dipendenti”.

Ebbene, in considerazione di quanto sopra, con il parere del 17 febbraio 2006, il Comitato Consultivo ha chiarito che, mentre nel primo periodo (giudizi iniziati in epoca antecedente all'entrata in vigore del d.l. 203/05), continua ad applicarsi il regime delineato dall'art. 42 d.l. 269/03 (patrocinio affidato all'Avvocatura od ai funzionari a seconda delle intese intercorse con ciascuna Avvocatura Distrettuale), nel successivo periodo (fase transitoria, che comprende i giudizi iniziati a decorrere dalla data di entrata in vigore del d.l. 203/05 (cioè dal 4 ottobre 2005), e fino all'effettivo esercizio da parte dell'INPS delle funzioni trasferite, il regime delineato è nel senso di un patrocinio affidato in alternativa a funzionari dell'Amministrazione o avvocati dipendenti dell'INPS, con l'esclusione del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, sia per le fasi di merito che in sede di legittimità.

Venendo all'art. 10 comma VI (riferito al periodo decorrente dall'effettivo esercizio delle funzioni da parte dell'INPS), il Comitato Consultivo non ha potuto esimersi dal rilevare che trattasi di norma assolutamente non chiara, e dall'auspicare un (peraltro mai attuato) intervento correttivo del legislatore, ha comunque “*identifica[to] in essa una norma tran-*

sitoria, riferibile esclusivamente ai giudizi introdotti dopo il passaggio delle funzioni all'INPS, ma relativi a provvedimenti precedentemente adottati dall'Amministrazione statale, fermo restando tuttavia che "a regime", per i giudizi concernenti unicamente provvedimenti dell'INPS, sarà questo l'unico legittimato processuale e destinatario delle notifiche".

Con d.p.c.m. 30 marzo 2007, è stata data completa attuazione all'art. 10 d.l. 203/05 convertito in legge 248/05 sicché, a decorrere dal 1 aprile 2007, l'INPS subentra nell'esercizio delle funzioni residue allo Stato in materia di invalidità civile, nonché al Ministero dell'Economia e Finanze nei rapporti giuridici relativi alle funzioni ad esso trasferite.

Contestualmente, si dispone il necessario trasferimento delle risorse finanziarie e del personale già in servizio presso le Commissioni mediche di verifica.

A questo punto, può dirsi definitivamente completato il passaggio delle funzioni dallo Stato all'INPS, senza che al primo residui più competenza alcuna.

Ed infatti, esso non svolge più alcun tipo di attività in materia: non provvede all'erogazione dei benefici che, del resto, già da lungo tempo gravano su apposito fondo istituito presso l'INPS a mente dell'art. dall'art. 130 D.Lgs. 112/98; non svolge più ruolo alcuno in materia di accertamento del requisito sanitario: infatti, con legge 295/90 (art. 1) la verifica della sussistenza dell'invalidità ai fini dei benefici di legge, veniva affidata a commissioni istituite presso le USL (oggi ASL) i cui verbali di visita erano poi inviati alle Commissioni mediche periferiche per le pensioni di guerra e le invalidità civili (dette ora "Commissioni mediche di verifica", a mente dell'art. 2 bis II comma legge 157/1997), le quali svolgevano essenzialmente funzioni di supervisione sull'operato delle Commissioni ASL. I verbali negativi potevano formare oggetto di ricorso al Ministero del Tesoro, che decideva, sentita la Commissione Medica Superiore, con provvedimento impugnabile innanzi al giudice ordinario.

Tuttavia, mentre le funzioni delle Commissioni mediche di verifica (che erano articolazioni del Ministero dell'Economia e Finanze) sono ormai transitate all'INPS con il relativo personale, il ricorso alla Commissione Medica Superiore (anch'essa incardinata presso detto Ministero) è stato abrogato dal comma III dell'art. 42 d.l. 269/03 convertito in legge 326/03, entrato in vigore il 1 gennaio 2005.

Di qui, l'assoluta estraneità del Ministero al procedimento di accertamento del requisito sanitario in sede amministrativa.

Si evidenzia, da ultimo, che l'art. 5 del d.p.c.m. 30 marzo 2007 chiarisce con disposizione transitoria che l'INPS "subentra al Ministero dell'Economia e Finanze [anche] nelle controversie instaurate a decorrere dalla data del 1 aprile 2007, ancorché riferite a rapporti sorti anteriormente alla medesima data" (e, quindi, anche nei rapporti nei quali le Commissioni citate, secondo la disciplina previgente, potrebbero aver preso parte all'accertamento).

Nonostante tutta la normativa sin qui richiamata sia da intendere nel senso dell'individuazione nell'INPS del solo possibile interlocutore nei procedimenti amministrativi e giurisdizionali in materia di invalidità civile, nonché dell'esclusione di qualsivoglia coinvolgimento dell'Amministrazione statale nei medesimi, tuttavia l'art. 10 comma IV *cit.* desta non poche perplessità nel momento in cui dispone: "a decorrere dalla data di effettivo esercizio da parte dell'INPS delle funzioni trasferite, gli atti introduttivi dei procedimenti giurisdizionali in materia di invalidità civile, ..., nonché le sentenze ed ogni provvedimento resi in detti giudizi devono essere notificati anche all'Inps" (ciò che lascerebbe intendere la necessità di una notifica anche ad altri soggetti); soggiunge poi la norma: "La notifica va effettuata sia presso gli uffici dell'Avvocatura dello Stato ai sensi dell'art. 11 r.d. 1611/33, sia presso le sedi provinciali dell'INPS" (è difficile comprendere perché si debba effettuare una notifica

all'INPS presso l'Avvocatura dello Stato, ma di fatto è ciò che accade nella prassi: la norma è stata intesa pressoché dalla totalità degli avvocati del libero foro e dagli Ufficiali giudiziari proprio in questo senso); “*Nei procedimenti giurisdizionali di cui al presente comma, l'INPS è litisconsorte necessario ai sensi dell'art. 102 del c.p.c...*” (ancor più singolare è che si parli di litisconsorzio in un giudizio nel quale non sembra esservi spazio per altre parti in causa, salvo il ricorrente e l'INPS!)

Ebbene, finora, l'Avvocatura Generale dello Stato si è limitata a comunicare all'INPS ed al Ministero dell'Economia e Finanze, con note a firma del Segretario Generale, che degli atti notificati all'INPS presso l'Avvocatura Generale dello Stato non sarebbe stata trasmessa copia, stante l'obbligo di notifica anche presso la sede provinciale dell'INPS.

Nessuna attività processuale, poi, è mai stata svolta dall'Avvocatura nei giudizi introdotti dopo il 1 aprile 2007.

Tuttavia, è recentemente emerso che alcuni giudici del Tribunale Lavoro di Roma e di Tivoli danno dell'art. 10 VI comma un'interpretazione diversa.

Essi, infatti, dispongono l'integrazione del contraddittorio nei confronti del Ministero dell'Economia e Finanze, in quanto “*litisconsorte necessario*”.

Al momento, gli atti notificati presso la Scrivente sono un numero esiguo, ma sembra ugualmente opportuno esaminare la problematica che essi introducono, per l'eventualità in cui la prassi dovesse nel prossimo futuro generalizzarsi, con il conseguente concreto rischio di sentenze che pongano a carico del Ministero dell'Economia e Finanze, individualmente od in solido con l'INPS, l'onere delle spese processuali o addirittura del pagamento del beneficio con conseguente esposizione ad azioni esecutive.

L'interpretazione fondante la chiamata in causa del Ministero, peraltro, sembra – come detto – frutto di un equivoco, comprensibile in quanto generato dall'infelice formulazione della norma, tuttavia non corrispondente a quello che pare costituirne il fine ultimo, e cioè il passaggio di ogni competenza all'INPS e l'estromissione del Ministero.

Non sembra in alcun modo giustificabile dal punto di vista processuale, del resto, la partecipazione al giudizio di un soggetto del tutto estraneo al rapporto sostanziale per cui è causa, a meno di non voler teorizzare una figura processuale del tutto nuova per il nostro ordinamento.

In considerazione di quanto esposto, si ritiene opportuno procedere come segue.

All'Amministrazione in indirizzo si chiede innanzi tutto di volersi attivare nelle opportune sedi per cercare di ottenere una modifica dell'art. 10 comma VI *cit.*, nel senso di eliminare tutte le espressioni ivi utilizzate che costituiscono – come sopra esposto – fonte di equivoci, e segnatamente:

1. la previsione dell'obbligo di notifica di *degli atti introduttivi dei procedimenti giurisdizionali in materia di invalidità civile, delle sentenze e di ogni provvedimento resi in detti giudizi anche all'INPS*” (ciò che lascerebbe intendere la necessità di una notifica anche ad altri soggetti): sarebbe, in definitiva, corretto espungere dal testo la parola “anche”;

2. la previsione di un obbligo di notifica sia *presso gli uffici dell'Avvocatura dello Stato ai sensi dell'art. 11 r.d. 1611/33, sia presso le sedi provinciali dell'INPS*: come detto, la notifica presso l'Avvocatura dello Stato non ha senso né come notifica all'INPS (che non è patrocinato dall'Avvocatura), né come notifica all'Amministrazione, che non può ragionevolmente considerarsi parte in causa;

3. la qualificazione dell'INPS quale “*litisconsorte necessario*” (che lascerebbe intendere la necessaria partecipazione al giudizio anche di altri soggetti diversi da ricorrente ed INPS, quando invece è quest'ultimo il solo soggetto ad esser parte del rapporto sostanziale).

Nelle more dell'auspicato intervento legislativo a modifica dell'art. 10 *cit.*, che ci si augura avvenga il più celermente possibile in quanto rappresenterebbe il mezzo migliore per porre fine a tutte le problematiche rappresentate, la Scrivente (cui si ritiene spetti ora nuovamente il patrocinio di codesto Ministero, essendo evidentemente cessata l'applicabilità delle norme transitorie di cui ai commi IV e V dell'art. 10 stesso, che diversamente regolamentavano tale profilo) non reputa opportuno – almeno al momento – procedere alla costituzione nei giudizi ove il Ministero sia chiamato in causa.

Va premesso che una costituzione in giudizio potrebbe avvenire al solo, limitato fine di eccepire il difetto di legittimazione passiva dell'Amministrazione statale, non essendo possibile lo svolgimento di ulteriori difese in mancanza di titolarità del rapporto sostanziale e, pertanto, di qualsivoglia interesse dell'Amministrazione nella causa.

Tale considerazione, unitamente ai non indifferenti problemi e costi organizzativi impliciti nello svolgimento della descritta attività processuale (specie ove il contenzioso coinvolgente il Ministero dovesse tornare ai livelli numerici del passato) induce a non ritenere opportuno attivarsi per partecipare, costituendosi, ai giudizi in questione rispetto ai quali, si ribadisce, l'Amministrazione statale appare sostanzialmente estranea.

Quanto sopra, salva restando ogni valutazione della Scrivente in ordine ad eventuali iniziative (anche processuali in cause-pilota) presso i competenti organi giurisdizionali volta a favorire la formazione di un uniforme e corretto orientamento giurisprudenziale in materia.

Peraltro – poiché, come sopra accennato, rimane allo stato aperta la possibilità che vengano rese pronunzie di condanna in danno del Ministero dell'Economia e Finanze, che pongano a carico del medesimo (individualmente od in solido con l'INPS), l'onere delle spese processuali o addirittura del pagamento del beneficio, con conseguente esposizione dell'Amministrazione statale ad azioni esecutive – si ritiene quanto mai opportuno che l'Amministrazione in indirizzo si attivi prontamente presso l'INPS, onde conseguire con il medesimo un'intesa volta a garantire quanto segue:

- nella denegata ipotesi di sentenze di condanna, che pongano a carico del solo Ministero o del medesimo in solido con l'INPS l'onere delle spese legali o del beneficio assistenziale, l'INPS si impegni a provvedere comunque al pagamento di dette somme tenendone indenne il Ministero;

- in caso di azioni esecutive intraprese e portate a termine in danno del Ministero dell'Economia e Finanze sulla base delle sentenze di cui al precedente punto, l'INPS si impegni a ripianare, in via amministrativa, l'esborso sostenuto dal Ministero dell'Economia per effetto della procedura di esecuzione forzata.

A tal proposito si rammenta che già nella vigenza del sistema precedente a quello introdotto con l'art. 10 *cit.* (sistema che vedeva parte in causa sia il Ministero che l'INPS) quest'ultimo in via di prassi provvedeva, sulla base di intese intercorse con l'Amministrazione dell'Economia, al pagamento delle spese di lite in caso di condanna solidale del Ministero e dell'INPS.

La Scrivente, nel rimanere in attesa di un sollecito cenno di riscontro, è a disposizione per qualsivoglia chiarimento (...).

IL CONTENZIOSO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE

Aspetti giuridici del multilinguismo

di Oscar Fiumara e Paolo Gentili^()*

Il tema del multilinguismo non appare subito nel diritto comunitario – oggi dovremmo meglio dire diritto europeo – nella sua configurazione attuale.

In una fase iniziale, appunto quella strettamente “comunitaria” del diritto europeo, il tema viene posto come tema del regime linguistico delle neonate istituzioni europee; cioè, a prima vista, come un tema interno o organizzativo, non come un tema di principio. Ma anche in questa fase è già significativo come l’art. 290 del Trattato CE (uso, naturalmente, la numerazione attuale) lo affronti: l’art. 290 attribuisce al Consiglio la competenza a deliberare sul regime linguistico delle istituzioni, e prevede che tale competenza sia esercitata all’unanimità.

Quindi la materia linguistica, anche in questa proiezione meramente interna, venne da subito considerata come riserva propria degli Stati membri (dei quali il Consiglio è l’espressione istituzionale), e sottratta sia alla Comunità come tale (di cui la Commissione è l’espressione istituzionale), sia alle mutevoli maggioranze che possono formarsi in seno al Consiglio, e che talvolta hanno segnato nella storia della costruzione comunitaria la prevalenza di “assi” e di interessi di taluni Stati rispetto all’insieme della Comunità stessa.

In sostanza, l’art. 290 diceva (e dice, poiché anche il Trattato di Lisbona lo ha lasciato immutato) che il regime linguistico non è un fatto puramente tecnico, (per questo è sottratto alla Commissione), e che non è un fatto pura-

^(*) Intervento dell’Avvocato Generale dello Stato nel convegno organizzato dall’Accademia della Crusca “Per il multilinguismo nell’Unione europea – La parità delle lingue nell’Unione europea”. Convegno tenutosi a Firenze il 10 maggio 2008 nella sede della Accademia. Testo redatto in collaborazione con l’Avvocato dello Stato Paolo Gentili.

mente politico (per questo, nell'ambito del Consiglio, lo ha sottratto al gioco delle maggioranze).

Già in questa disciplina della materia, si vede quindi che tutto ciò che, in ambito comunitario, tocca le lingue, viene considerato come attinente ai fondamenti della costruzione comunitaria stessa, cioè come un qualcosa che riguarda in modo immediato la ragione d'essere e gli scopi essenziali della costruzione comunitaria, per cui va regolato attraverso competenze e procedimenti di pregnante garanzia. In breve, già l'art. 290 CE dichiara che in materia linguistica non sono ammessi interventi di cui non siano certi la legittimazione democratica e la approfondita ponderazione.

Ed è significativo che questa configurazione della materia linguistica come materia attinente ad interessi fondamentali della Comunità venga posta innanzitutto in una norma, come l'art. 290 CE, che apparentemente, come dicevo, si occupa di un problema meramente organizzativo interno della Comunità, cioè della lingua di funzionamento delle Istituzioni comunitarie: in tal modo l'art. 290 viene a dire non solo che la lingua non è mai un mero fatto organizzativo ed è sempre un fatto di importanza giuridica fondamentale nella costruzione comunitaria. Molto di più, viene a dire che la garanzia fondamentale della lingua opera nell'ordinamento comunitario innanzitutto con riferimento alle espressioni giuridiche della Comunità. Dalle istituzioni comunitarie promana infatti il diritto comunitario, e tale diritto, dichiara, l'art. 290, deve esprimersi in tutte le lingue comunitarie.

Del resto, è noto che il diritto è sempre, in origine, un fatto linguistico: la norma ha sempre la forma di una proposizione linguistica (soprattutto, ma non solo, nel diritto scritto; ciò rimane vero, *mutatis mutandis*, anche nel diritto fondato sul precedente giurisprudenziale): il potere giuridico è, quindi, innanzitutto potere linguistico. Ne discende che in una Comunità, anzi, ormai, un'Unione, fondata sull'eguaglianza degli Stati e dei loro cittadini, tutte le lingue debbono possedere la medesima dignità giuridica: il diritto europeo è destinato, per sua natura, a manifestarsi in tutte le lingue europee. Il giorno in cui talune lingue soltanto acquisissero il ruolo di lingue specifiche dell'espressione giuridica europea, il diritto così espresso non sarebbe più autenticamente europeo.

Se queste premesse sono vere, bisogna allora esaminare lo sviluppo del tema successivamente alla posizione dell'art. 290 CE.

Il primo sviluppo fu proprio il regolamento 1/58 che oggi celebriamo. E fu uno sviluppo coerente perché quel regolamento stabilì che tutte le lingue degli Stati membri sono non solo le lingue ufficiali, ma anche le lingue di lavoro della Comunità, cioè le lingue dell'attuazione pratica del diritto europeo, che dunque neppure a livello pratico conosce lingue privilegiate.

Decisivo fu poi l'impulso dato dal Trattato di Amsterdam, che introdusse nell'art. 6 del Trattato dell'Unione il paragrafo 3, secondo il quale l'Unione rispetta l'identità nazionale dei suoi Stati membri. E l'espressione ineliminabile dell'identità nazionale è, ovviamente, la lingua.

Il Trattato di Amsterdam introdusse poi nell'art. 21 del trattato CE il paragrafo 3, in base al quale ogni cittadino dell'Unione può scrivere alle

Istituzioni nella propria lingua e ha diritto di ottenere una risposta nella stessa lingua.

Questa innovazione è importantissima dal punto di vista sistematico perché si collega immediatamente con la grande innovazione del Trattato di Amsterdam, che è l'introduzione, con il nuovo articolo 17 del Trattato CE, della cittadinanza dell'Unione. Il diritto alla propria lingua nei rapporti giuridici con le Istituzioni comunitarie è quindi uno dei contenuti fondamentali e inalienabili della cittadinanza comunitaria. Privato di questo contenuto, il principio della cittadinanza comunitaria rischierebbe di scadere a proclamazione retorica.

L'art. 21 n. 3 e l'art. 17 del Trattato CE modificati dal Trattato di Amsterdam completano quindi quel processo di affermazione del multilinguismo fin dall'inizio intuito dall'originaria (e non a caso mai mutata) formulazione dell'art. 290 CE: il multilinguismo come valore fondante dell'Unione, e quindi non solo come fatto organizzativo ma, ben di più, come garanzia giuridica fondamentale dei cittadini europei.

Corona questo sviluppo il recente Trattato di Lisbona, che modifica l'art. 2 del Trattato dell'Unione introducendo il principio secondo cui l'Unione rispetta la diversità linguistica. In tal modo viene data definitiva rilevanza giuridica al principio del multilinguismo, che negli stessi termini era stato fino ad ora affermato soltanto dall'art. 22 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il cui valore giuridico, come si sa, non può giungere fino a modificare i trattati fondamentali.

Insomma, il multilinguismo è sempre, in tutte le sue manifestazioni, un valore giuridico, non soltanto un valore culturale. La vicenda normativa che ho riassunto esclude che si possano stabilire due piani: quello delle lingue europee intese come fatto di espressione culturale (che sono ovviamente tutte, poiché ogni paese europeo è portatore di una cultura secolare), e quello delle lingue europee da intendere come fatto di espressione giuridica (che potrebbero anche non essere tutte le lingue europee). No: l'espressione giuridica europea è necessariamente multilingue al pari dell'espressione culturale. Se vogliamo, rappresenta la cultura europea che si fa diritto.

In questa prospettiva, il Trattato di Lisbona avrebbe forse potuto fare ancora di più, cioè confermare l'art. 81 della seconda parte della Costituzione europea, che costituzionalizzava direttamente il principio dell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, contenente il divieto di discriminazione in base alla lingua. Il Trattato di Lisbona si è limitato a riformulare l'art. 6 del Trattato dell'Unione, includendo in esso un rinvio espresso alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, quindi anche all'art. 21, e la previsione che quest'ultima ha lo stesso valore giuridico dei Trattati.

Un percorso un po' più lungo per affermare comunque un principio irrinunciabile: la lingua nazionale fa parte del patrimonio giuridico inalienabile di ciascun cittadino europeo allo stesso modo nei suoi rapporti con gli altri cittadini e con le Istituzioni comunitarie. Ogni restrizione in proposito sarebbe discriminatoria.

A conclusione non può farsi a meno di citare il contributo della giurisprudenza comunitaria. La Corte di giustizia a Grande sezione nella recente sentenza dell'11 dicembre 2007 (causa C-161/06) ha statuito che nessun obbligo giuridico di fonte comunitaria può esser imposto a cittadini comunitari se il testo normativo da cui l'obbligo discende non è tradotto e pubblicato ufficialmente nella lingua nazionale del cittadino interessato; e ha anche, preliminarmente, statuito che rientra nella sua competenza valutare le implicazioni che sui diritti dell'interessato può avere la mancata pubblicazione del testo normativo nella lingua nazionale, anche se tale mancata pubblicazione sia imputabile non alla comunità bensì allo Stato membro di cui il cittadino fa parte.

In tal modo si è ribadito che il diritto comunitario si deve necessariamente esprimere in tutte le lingue dell'Unione; e, ciò, vorrei aggiungere, deve valere non solo per l'espressione strettamente normativa di tale diritto, bensì anche per le sue espressioni giurisdizionali e amministrative. La dottrina della divisione dei poteri infatti insegna che i poteri sono tre, ma il diritto è uno, e identica dev'essere la sua espressione.

Ma si è anche stabilito, e questo è forse il contributo più innovativo e rilevante ai nostri fini, che il diritto individuale al multilinguismo nei rapporti giuridici comunitari ha un proprio giudice naturale appunto nel giudice comunitario: il rapporto giuridico concernente il multilinguismo, insomma, non è mai un rapporto puramente interno, sottratto al sindacato della Corte.

Ciò completa il percorso che ho tracciato: infatti nessuna garanzia è veramente tale fino a che non trova il proprio giudice.

Sentenze rese dalla Corte di giustizia nell'anno 2007, cause che hanno interessato l'Italia^(*)

*Sintesi a cura di Maurizio Fiorilli^(**)*

AIUTI DI STATO

– *Obbligo di recupero*

(Sentenza della Corte (Terza Sezione) 6 dicembre 2007. Causa C-280/05)

Con il suo ricorso, la Commissione delle Comunità europee chiede alla Corte di dichiarare che la Repubblica italiana, non avendo preso, entro i termini prescritti, i provvedimenti necessari per sopprimere e recuperare presso i beneficiari gli aiuti dichiarati illegittimi e incompatibili con il mercato comune dalla decisione della Commissione 30 marzo 2004, 2004/800/CE, relativa al regime di aiuto di Stato concernente disposizioni urgenti in materia di occupazione cui l'Italia ha dato esecuzione (GU L 352, pag. 10), o comunque avendo omissso di informare la Commissione in merito ai provvedimenti adottati, è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza degli artt. 2-4 della decisione nonché dal Trattato CE.

«(Omissis)

18 Occorre anzitutto ricordare che, per giurisprudenza consolidata, la soppressione di un aiuto illegittimo mediante recupero è la logica conseguenza dell'accertamento della sua illegittimità e che tale conseguenza non può dipendere dalla forma in cui l'aiuto è stato concesso (v., in particolare, sentenze 1 aprile 2004, causa C-99/02, Commissione/Italia, *Racc.* pag. I-3353, punto 15, nonché 1 giugno 2006, causa C-207/05, Commissione/Italia, non pubblicata nella Raccolta, punto 39 e giurisprudenza ivi citata).

19 Secondo una giurisprudenza altrettanto consolidata, se la decisione della Commissione che dispone la soppressione di un aiuto di Stato incompatibile con il mercato comune non è stata impugnata con un ricorso diretto o se un ricorso siffatto è stato respinto, il solo argomento di difesa che uno Stato membro può opporre al ricorso per inadempimento proposto dalla Commissione sulla base dell'art. 88, n. 2, CE è quello relativo all'impossibilità assoluta di dare correttamente esecuzione alla decisione che ingiunge il recupero (v., in particolare, sentenze 1 aprile 2004, Commissione/Italia, cit., punto 16, nonché 1° giugno 2006, Commissione/Italia, cit., punto 45 e giurisprudenza ivi citata).

^(*) Non si riassumono le sentenze già pubblicate e commentate dalla "Rassegna *Avvocatura dello Stato*" nel corso del 2007.

^(**) Avvocato dello Stato, Capo di Gabinetto del Ministro per le politiche europee.

20 La Corte ha statuito che uno Stato membro, il quale in occasione dell'esecuzione di una decisione della Commissione in materia di aiuti di Stato incontri difficoltà impreviste e imprevedibili o si renda conto di conseguenze non considerate dalla Commissione, deve sottoporre tali problemi alla valutazione di quest'ultima, proponendo appropriate modifiche della decisione stessa. In tal caso lo Stato membro e la Commissione devono – in forza del principio che impone agli Stati membri e alle istituzioni comunitarie doveri reciproci di leale collaborazione, al quale è ispirato in particolare l'art. 10 CE – collaborare in buona fede per superare le difficoltà nel pieno rispetto delle disposizioni del Trattato, soprattutto di quelle relative agli aiuti (v., segnatamente, sentenze 4 aprile 1995, causa C-348/93, Commissione/Italia, *Racc.* pag. I-673, punto 17; 1° aprile 2004, Commissione/Italia, cit., punto 17, e 1° giugno 2006, Commissione/Italia, cit., punto 47).

21 A questo proposito, occorre ricordare, in primo luogo, che un ricorso di annullamento proposto contro una decisione che ingiunge il recupero di un aiuto non ha effetto sospensivo, e che, nel caso di specie, come indicato al punto 5 della presente sentenza, nessuna delle parti ricorrenti dinanzi al Tribunale ha chiesto la sospensione dell'esecuzione della decisione. Ad ogni modo, tali ricorsi sono stati respinti dal Tribunale.

22 In secondo luogo, occorre constatare come, nei suoi contatti con la Commissione, nonché nell'ambito del procedimento dinanzi alla Corte, la Repubblica italiana non abbia invocato un'impossibilità assoluta di dare esecuzione alla decisione.

25 Inoltre, secondo una giurisprudenza consolidata, la condizione attinente all'impossibilità assoluta di esecuzione non è soddisfatta qualora lo Stato membro convenuto si limiti a comunicare alla Commissione le difficoltà giuridiche, politiche o pratiche che l'attuazione della decisione presenta, senza intraprendere alcuna iniziativa presso le imprese interessate al fine di recuperare l'aiuto e senza proporre alla Commissione modalità alternative di messa in atto della decisione idonee a permettere il superamento di tali difficoltà (v., segnatamente, sentenze 29 gennaio 1998, causa C-280/95, Commissione/Italia, *Racc.* pag. I-259, punto 14; 1° aprile 2004, Commissione/Italia, cit., punto 18, e 1° giugno 2006, Commissione/Italia, cit., punto 48).

26 Tale situazione sussiste nel caso di specie. Risulta infatti che la Repubblica italiana non ha effettuato alcun tentativo per recuperare gli aiuti in questione, neppure presso l'impresa Brandt Italia SpA. Pertanto, la Repubblica italiana non ha dimostrato l'impossibilità assoluta di dare esecuzione alla decisione.

27 Quanto all'argomento della Repubblica italiana secondo cui, qualora occorresse procedere al recupero, presso le imprese beneficiarie, degli aiuti versati a motivo del vantaggio concorrenziale da esse ottenuto, tale recupero non avrebbe più alcuna utilità sotto il profilo concorrenziale, proprio per il fatto che il regime di aiuti riguardava precisamente imprese in stato di fallimento o di cessazione dell'attività, occorre considerarlo privo di qualsiasi fondamento, atteso che la ricorrente non invoca difficoltà di esecuzione, bensì contesta la legittimità dell'ingiunzione di recupero. Orbene, risulta dalla giurisprudenza citata al punto 18 della presente sentenza che l'illegittimità di una decisione siffatta non può essere addotta a propria difesa da uno Stato membro nell'ambito di un ricorso per inadempimento proposto dalla Commissione a norma dell'art. 88, n. 2, CE.

28 La Repubblica italiana sostiene inoltre che, tenuto conto dello stato di cessazione dell'attività delle imprese beneficiarie, il recupero degli aiuti sarebbe senza alcun rapporto con l'obiettivo perseguito. A questo proposito, il fatto che imprese beneficiarie siano in difficoltà o in stato di fallimento non incide sull'obbligo di recupero dell'aiuto, stante l'obbligo dello Stato membro, a seconda dei casi, di provocare la liquidazione della società (v., in

particolare, sentenze 15 gennaio 1986, causa 52/84, Commissione/Belgio, *Racc.* pag. 89, punto 14, e 8 maggio 2003, cause riunite C-328/99 e C-399/00, Italia e SIM 2 Multimedia/Commissione, *Racc.* pag. I-4035, punto 69), di far iscrivere il proprio credito nel passivo dell'impresa (v., in particolare, sentenze 21 marzo 1990, causa C-142/87, Belgio/Commissione, detta «Tubemeuse», *Racc.* pag. I-959, punti 61-64, e Italia e SIM 2 Multimedia/Commissione, cit., punto 85) o di adottare qualsiasi altra misura che consenta la restituzione dell'aiuto».

** *** **

AMBIENTE

- *Informazione alla Commissione*
- *Rifiuti*
- *Piani di gestione*

(Sentenza della Corte (Ottava Sezione) 14 giugno 2007. Causa C-82/06)

La Commissione delle Comunità europee chiede che la Corte voglia dichiarare che, non avendo elaborato né comunicato: – il piano di gestione dei rifiuti per la Provincia di Rimini, conformemente all'art. 7, n. 1, della direttiva del Consiglio 15 luglio 1975, 75/442/CEE relativa ai rifiuti (GU L 194, pag. 39), come modificata con direttiva del Consiglio 18 marzo 1991, 91/156/CEE (GU L 78, pag. 32; in prosieguo: la «direttiva 75/442»); – i piani di gestione dei rifiuti comprendenti i luoghi o impianti adatti per lo smaltimento dei rifiuti e dei rifiuti pericolosi per la Regione Lazio, conformemente all'art. 7, n. 1, quarto trattino, della direttiva 75/442, e – i piani di gestione dei rifiuti per le Regioni Friuli-Venezia Giulia e Puglia, nonché per la Provincia autonoma di Bolzano-Alto Adige e la Provincia di Rimini, conformemente all'art. 6 della direttiva del Consiglio 12 dicembre 1991, 91/689/CEE, relativa ai rifiuti pericolosi (GU L 377, pag. 20), la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza delle dette direttive.

«(Omissis)

21 Per quanto riguarda la Regione Friuli-Venezia Giulia, la Repubblica italiana sostiene di essersi conformata alla normativa comunitaria, anche se l'adozione del piano di gestione dei rifiuti pericolosi è avvenuta dopo la scadenza del termine fissato nel parere motivato. A giustificazione del ritardo deduce la complessità tecnica dell'elaborazione di un piano di gestione dei rifiuti.

22 Secondo la Commissione, le circostanze invocate dalla Repubblica italiana vanno disattese poiché l'obbligo di elaborare un piano di gestione dei rifiuti pericolosi esiste fin dall'entrata in vigore della direttiva 91/689 e la detta Regione si sarebbe preoccupata del suo adempimento solo dopo l'inizio del presente procedimento. Il piano comunicato dalle autorità italiane, inoltre, sarebbe di fatto solo una proposta di piano che, contrariamente a quanto richiesto dall'art. 6 della direttiva 91/689, si limiterebbe a enunciare i criteri che consentono di determinare i luoghi o impianti adatti per lo smaltimento dei rifiuti e non di designarli in modo preciso.

23 Nella controp replica, la Repubblica italiana considera che il fatto di indicare criteri specifici per la determinazione dei luoghi di smaltimento dei rifiuti è una tecnica di pianificazione che conduce ad un risultato identico a quello richiesto dalla direttiva, evitando l'aggravio del compito delle autorità preposte all'elaborazione dei piani di gestione dei rifiuti.

24 Per quanto riguarda la Provincia autonoma di Bolzano-Alto Adige, il detto Stato membro sostiene che una proposta di piano di gestione dei rifiuti è stata adottata dopo la scadenza del termine fissato nel parere motivato. La Commissione replica che si tratta solo di una proposta di piano non ancora approvata dalla competente autorità. 25 Si deve ricordare che, secondo la costante giurisprudenza della Corte, 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 e che la Corte non può tenere conto dei mutamenti successivi (v., in particolare, sentenze 14 luglio 2005, causa C-433/03, Commissione/Germania, *Racc.* pag. I-6985, punto 32 e 16 novembre 2006, causa C-357/05, Commissione/Spagna, *Racc.* pag. I-118, punto 6). Nella specie, basta constatare che i piani di gestione dei rifiuti di cui la Repubblica italiana fa menzione nel controricorso sono stati adottati solo dopo la scadenza del termine di due mesi fissato nel parere motivato, circostanza che il detto Stato membro non contesta.

26 Inoltre, risulta altresì da costante giurisprudenza che uno Stato membro non può eccepire disposizioni, prassi o situazioni del proprio ordinamento giuridico interno per giustificare il mancato rispetto degli obblighi e dei termini prescritti da una direttiva (v., tra l'altro, sentenze 13 dicembre 1991, causa C-33/90, Commissione/Italia, *Racc.* pag. I-5987, punto 24; 21 gennaio 1999, causa C-347/97, Commissione/Belgio, *Racc.* pag. I-309, punto 15, e 25 settembre 2003, causa C-74/02, Commissione/Germania, *Racc.* pag. I-9877, punto 18). Di conseguenza, l'argomento dedotto dalla Repubblica italiana circa la complessità tecnica dell'elaborazione di un piano di gestione dei rifiuti va disatteso.

27 Del resto, se è vero che, secondo l'art. 249, terzo trattino, CE, una direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi, dalla giurisprudenza della Corte risulta, tuttavia, che l'obbligo di elaborare piani di gestione dei rifiuti rappresenta un obbligo di risultato che non può essere adempiuto a mezzo di misure preparatorie o dirette all'elaborazione di piani ovvero alla predisposizione di un quadro regolamentare idoneo a realizzare tale obiettivo (sentenze 2 maggio 2002, causa C-292/99, Commissione/Francia, *Racc.* pag. I-4097, punto 39 e 14 aprile 2005, causa C-163/03, Commissione/Grecia, non pubblicata nella Raccolta, punto 74). Nella specie, come giustamente sostenuto dalla Commissione, la tecnica utilizzata dalle autorità della Regione Friuli-Venezia Giulia non permette, contrariamente a quanto prescritto dalla direttiva 91/689, di individuare i luoghi o impianti adatti per lo smaltimento dei rifiuti pericolosi. Infatti, una mera enumerazione dei criteri di determinazione di tali luoghi costituisce solo una cornice regolamentare che, in quanto tale, non garantisce che il risultato richiesto venga raggiunto. L'argomento della Repubblica italiana va pertanto disatteso.

29 Per quanto riguarda la Provincia di Rimini, la Repubblica italiana sostiene che il procedimento di adozione di un nuovo piano di gestione dei rifiuti per tale Provincia è in corso. Ciò nondimeno, le principali disposizioni del nuovo piano provinciale già sarebbero contenute in un piano adottato nel corso del 1996 che resta applicabile.

30 La Commissione ritiene che le disposizioni attualmente in vigore in questa Provincia non possano essere considerate un piano di gestione dei rifiuti ai sensi delle diret-

tive 75/442 e 91/689 in quanto l'adozione del piano del 1996 è anteriore alla normativa italiana che traspone tali direttive.

31 Nella contropetizione la Repubblica italiana considera che l'affermazione della Commissione secondo la quale il piano elaborato in attuazione della direttiva 75/442 non sarebbe idoneo a risolvere i problemi relativi alla gestione dei rifiuti pericolosi oggetto della direttiva 91/689 è una petizione di principio.

32 Per quanto riguarda la Regione Puglia, il detto Stato membro sostiene che è già stato dato inizio ai passi necessari per l'elaborazione di un piano di gestione dei rifiuti. Poiché una parte delle disposizioni di tale piano è già in vigore sotto altre forme, la censura della Commissione dovrebbe tutt'al più limitarsi alla «incompletezza» delle disposizioni in vigore in tale Regione.

33 Per la Commissione, l'adozione di tali disposizioni non soddisfa in pieno le esigenze di pianificazione previste dall'art. 6 della direttiva 91/689.

34 Occorre ricordare che la trasposizione nel diritto interno di una direttiva non esige necessariamente una riproduzione formale e letterale del suo contenuto in una disposizione di legge espressa e specifica e può essere sufficiente, a seconda del suo contenuto, in un contesto giuridico generale, ma solo a condizione che quest'ultimo garantisca effettivamente la piena applicazione della direttiva in maniera sufficientemente chiara e precisa (v., tra l'altro, sentenze 7 ottobre 2004, causa C-103/02, Commissione/Italia, *Racc.* pag. I-9127, punto 33; 20 ottobre 2005, causa C-6/04, Commissione/Regno Unito, *Racc.* pag. I-9017, punti 21 e 24, nonché Commissione/Lussemburgo, cit., punto 34).

35 Tuttavia, dal momento che la Commissione ha fornito sufficienti elementi da cui risulta la persistenza dell'inadempimento, spetta allo Stato membro interessato contestare in modo approfondito e particolareggiato i dati prodotti e le conseguenze che ne derivano (v. sentenze 9 novembre 1999, causa C-365/97, Commissione/Italia, detta «San Rocco», *Racc.* pag. I-7773, punti 84-87; 12 luglio 2005, causa C-304/02, Commissione/Francia, *Racc.* pag. I-6263, punto 56, e 18 luglio 2006, causa C-119/04, Commissione/Italia, *Racc.* pag. I-6885, punto 41).

36 Nella specie, la Repubblica italiana non ha dimostrato l'esistenza di un contesto giuridico generale tale da rendere inutile la trasposizione delle direttive 75/442 e 91/689. Quindi, la circostanza che tale Stato membro abbia dato inizio ad un procedimento di trasposizione di tali direttive è tale da rendere inoperante la sua argomentazione intesa a sostenere che la normativa nazionale esistente già soddisfa le esigenze delle medesime direttive.

37 Del resto, la Repubblica italiana stessa riconosce l'incompletezza delle disposizioni adottate dalla Provincia di Rimini e dalla Regione Puglia. Orbene, secondo giurisprudenza costante, ciascuno degli Stati membri destinatari di una direttiva ha l'obbligo di adottare, nell'ambito del proprio ordinamento giuridico, tutti i provvedimenti necessari per garantire la piena efficacia della direttiva, conformemente allo scopo che essa persegue (v., tra altre, sentenze 5 dicembre 2002, causa C-324/01, Commissione/Belgio, *Racc.* pag. I-11197, punto 18; 24 giugno 2003, causa C-72/02, Commissione/Portogallo, *Racc.* pag. I-6597, punto 18, e 28 aprile 2005, causa C-410/03, Commissione/Italia, *Racc.* pag. I-3507, punto 39).

38 Si deve a questo proposito ricordare che l'inadempimento di uno Stato membro sussiste finché esso non si è conformato del tutto alla direttiva, anche se la legislazione nazionale già consente, in gran parte, il conseguimento delle finalità della detta direttiva (sentenza 18 marzo 1980, causa 92/79, Commissione/Italia, *Racc.* pag. 1115, punto 6). Azioni materiali parziali o normative regolamentari frammentarie non possono soddisfare l'obbligo, incombente ad uno Stato membro, di elaborare un programma globale per raggiungere taluni obiettivi (sen-

tenze 28 maggio 1998, causa C-298/97, Commissione/Spagna, *Racc.* pag. I-3301, punto 16, e 4 luglio 2000, causa C-387/97, Commissione/Grecia, *Racc.* pag. I-5047, punto 75).

41 La Repubblica italiana sostiene che la Regione Lazio ha adottato tre piani differenti, e cioè un piano di gestione dei rifiuti, un piano degli interventi di emergenza e un piano di individuazione dei siti ritenuti idonei ad ospitare impianti di termovalorizzazione al fine di conformarsi agli obblighi derivanti dalla direttiva 75/442.

42 La Commissione ritiene che questi tre documenti non consentano di individuare i luoghi o impianti adatti allo smaltimento dei rifiuti, in particolare per quanto riguarda rifiuti pericolosi. Inoltre, il piano di gestione dei luoghi considerati adatti per ospitare impianti di termovalorizzazione si applicherebbe soltanto ad una categoria di impianti di riutilizzo di rifiuti urbani.

43 Dall'argomentazione svolta dalla Commissione risulta che i piani in vigore nella Regione Lazio non hanno un grado di precisione sufficiente per assicurare la piena efficacia della direttiva (v., in tal senso, sentenza 1° aprile 2004, cause riunite C-53/02 e C-217/02, *Commune de Braine-le-Château e a.*, *Racc.* pag. I-3251, punti 31 e 32). Tale argomentazione non è stata contestata nella controreplica dalla Repubblica italiana.

44 Ciò considerato, si deve constatare che la Repubblica italiana non ha elaborato i piani di gestione dei rifiuti ai sensi della direttiva 75/442 per quanto riguarda la Regione Lazio».

– *Veicoli fuori uso*

(Sentenza della Corte (Quinta Sezione) 24 maggio 2007. Causa C-394/05)

La Commissione delle Comunità europee chiede alla Corte di dichiarare che la Repubblica italiana, avendo adottato il decreto legislativo 24 giugno 2003, n. 209, il quale traspone in diritto nazionale le disposizioni della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 18 settembre 2000, 2000/53/CE, relativa ai veicoli fuori uso (GU L 269, pag. 34) in maniera non conforme a quest'ultima, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza dell'art. 2, punti 2 e 5, dell'art. 3, n. 5, del combinato disposto dell'art. 4, n. 2, lett. a), con l'allegato II, dell'art. 5, nn. 1-4, dell'art. 6, nn. 3, lett. a), e 4, dell'art. 7, nn. 1 e 2, dell'art. 8, nn. 3 e 4, dell'art. 10, n. 3, nonché dell'art. 12, n. 2, della direttiva 2000/53.

«(Omissis)

20 Per quanto riguarda, in primo luogo, l'art. 3, n. 5, della direttiva 2000/53, la Commissione censura la Repubblica italiana per non aver essa previsto, per quanto riguarda i veicoli a motore a tre ruote, disposizioni volte ad assicurare che gli operatori economici istituiscano sistemi di raccolta di tutti i veicoli fuori uso e, nella misura in cui ciò sia tecnicamente fattibile, delle parti usate allo stato di rifiuto, asportate al momento della riparazione di veicoli, e ad assicurare un'adeguata presenza di centri di raccolta sul territorio nazionale. Tali obblighi, previsti all'art. 5, n. 1, della direttiva 2000/53, si applicano ai veicoli a tre ruote in forza dell'art. 3, n. 5, della medesima.

21 In secondo luogo, l'art. 5, n. 1, della direttiva 2000/53 non sarebbe stato trasposto correttamente, in quanto la Repubblica italiana, con l'art. 5, n. 3, del decreto legislativo

n. 209/2003, che traspone tale disposizione, non ha istituito sistemi di raccolta, non appena ciò sia tecnicamente fattibile, delle parti usate allo stato di rifiuto e asportate al momento della riparazione dei veicoli.

22 Per quanto riguarda, in terzo luogo, l'art. 7, n. 2, della direttiva 2000/53, la Commissione ha precisato, nel suo atto di rinuncia parziale agli atti, che essa manteneva in essere solo la censura con cui contestava alla Repubblica italiana di non avere fornito informazioni alla Commissione e agli altri Stati membri sulle ragioni che hanno portato tale Stato ad avvalersi della possibilità prevista all'art. 7, n. 2, lett. a), secondo comma, della detta direttiva.

23 In quarto luogo, per quanto riguarda la trasposizione dell'art. 8, nn. 3 e 4, della direttiva 2000/53 mediante l'art. 10, nn. 1 e 2, del decreto legislativo n. 209/2003, la Commissione censura la Repubblica italiana per aver essa omesso di specificare che le informazioni da fornire da parte dei produttori di veicoli e componenti devono corrispondere a quanto richiesto dagli impianti di trattamento. Inoltre, l'art. 10, n. 2, del decreto legislativo n. 209/2003 si riferirebbe erroneamente ai «centri di raccolta» anziché agli «impianti di trattamento autorizzati».

24 La fondatezza di tali censure sollevate dalla Commissione è stata riconosciuta dal governo italiano in fase di procedimento precontenzioso e non è stata contestata dinanzi alla Corte. Il governo italiano ha tuttavia osservato che il ricorso della Commissione è divenuto privo di oggetto in seguito alle modifiche apportate dal decreto legislativo n. 149/2006.

25 A tal proposito, risulta da una giurisprudenza costante che l'esistenza di un inadempimento dev'essere valutata in relazione alla situazione dello Stato membro quale si presentava alla scadenza del termine stabilito nel parere motivato e che la Corte non può tener conto dei mutamenti successivi (v., in particolare, sentenze 24 ottobre 2002, causa C-455/00, Commissione/Italia, *Racc.* pag. I-9231, punto 21; 2 ottobre 2003, causa C-348/02, Commissione/Italia, *Racc.* pag. I-11653, punto 7, e 26 gennaio 2006, causa C-514/03, Commissione/Spagna, *Racc.* pag. I-963, punto 44)».

– *Politica comunitaria in materia di acque*

(Sentenza della Corte (Ottava Sezione) 18 dicembre 2007. Causa C-85/07)

«*Omissis*»

13 Alla data di scadenza del termine fissato nel parere motivato, data alla quale deve essere valutata l'esistenza di un inadempimento (v., in tal senso, sentenze 14 settembre 2004, causa C-168/03, Commissione/Spagna, *Racc.* pag. I-8227, punto 24, e 27 ottobre 2005, causa C-23/05, Commissione/Lussemburgo, *Racc.* pag. I-9535, punto 9), la relazione sintetica richiesta in forza dell'art. 15, n. 2, della direttiva non era stata presentata e le analisi nonché l'esame di cui all'art. 5, n. 1, della direttiva 2000/60/CE – che istituisce un quadro per l'azione comunitaria in materia di acque – non erano stati effettuati per quanto riguarda il distretto idrografico pilota del Serchio e una parte dei distretti idrografici delle Alpi orientali, dell'Appennino settentrionale, centrale e meridionale.

14 Occorre aggiungere che, anche se la Repubblica italiana ha effettivamente comunicato alla Commissione quasi tutti i dati richiesti relativi ai bacini idrografici nazionali, come essa sostiene, tale affermazione non può essere intesa nel senso che detto Stato membro contesta l'obbligo di informazione di cui agli artt. 5 e 15 della direttiva sui vari bacini idrogra-

fici regionali e la mancanza di tali informazioni. Inoltre, il fatto che la maggior parte dei vari bacini regionali sia di scarsa importanza, tenuto conto della loro portata e delle dimensioni dei bacini, è irrilevante quanto all'esistenza dell'inadempimento addebitato».

– *Inquinamento atmosferico*

(Sentenza della Corte (Sesta Sezione) 19 aprile 2007. Causa C-313/06)

La Commissione delle Comunità europee chiede alla Corte di dichiarare che la Repubblica italiana, non avendo messo in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 21 aprile 2004, 2004/26/CE, che modifica la direttiva 97/68/CE concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative ai provvedimenti da adottare contro l'emissione di inquinanti gassosi e particolato inquinante prodotti dai motori a combustione interna destinati all'installazione su macchine mobili non stradali (GU L 146, pag. 1, e – rettifiche – GU L 225, pag. 3), o, in ogni caso, non avendole comunicato tali disposizioni, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi dell'art. 3, n. 1, di tale direttiva.

«(Omissis)

2 Ai sensi di tale articolo, gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessari per conformarsi alla direttiva 2004/26 entro il 20 maggio 2005, e ne informano immediatamente la Commissione.

5 Nel suo controricorso, la Repubblica italiana sostiene che la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 dicembre 1997, 97/68/CE, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative ai provvedimenti da adottare contro l'emissione di inquinanti gassosi e particolato inquinante prodotti dai motori a combustione interna destinati all'installazione su macchine mobili non stradali (GU 1998, L. 59, pag. 1), modificata dalla direttiva 2004/26, è stata recepita da un decreto ministeriale 20 dicembre 1999 (in prosieguo: il «decreto ministeriale del 1999»). Essa dichiara l'intenzione di accertare se la direttiva 2004/26 possa essere considerata recepita anticipatamente da tale decreto, o se sia necessario un nuovo decreto al fine di armonizzare l'ordinamento giuridico italiano con le disposizioni di quest'ultima direttiva. La Repubblica italiana annuncia che tale esame del decreto ministeriale del 1999 è in corso di ultimazione e che in tempi brevi sarà adottato un «decreto che formalizzi l'esito della verifica». Essa confida che la Commissione vorrà allora rinunciare al suo ricorso per inadempimento.

6 Secondo una costante giurisprudenza, l'esistenza di un inadempimento dev'essere valutata in relazione alla situazione dello Stato membro quale si presentava alla scadenza del termine stabilito nel parere motivato e non possono essere prese in considerazione dalla Corte modifiche successivamente intervenute (v., in particolare, sentenze 14 settembre 2004, causa C-168/03, Commissione/Spagna, *Racc.* pag. I-8227, punto 24, e 12 gennaio 2006, causa C-118/05, Commissione/Portogallo, non pubblicata nella Raccolta, punto 7).

7 Nel caso di specie, la Repubblica italiana si è limitata, nel suo controricorso, ad annunciare l'adozione di un nuovo decreto che esponga l'esito dell'esame del decreto mini-

steriale del 1999 per quanto riguarda le disposizioni della direttiva 2004/26. Tale Stato membro riconosce quindi la necessità di un nuovo decreto per garantire la completa trasposizione di detta direttiva, la quale non poteva dunque considerarsi realizzata sulla sola base del decreto ministeriale del 1999. Ne deriva che la Repubblica italiana non ha contestato in maniera assoluta l'addebito secondo cui tutte le misure necessarie per garantire la trasposizione della direttiva 2004/26 nell'ordinamento giuridico italiano non erano state adottate entro la scadenza del termine previsto nel parere motivato».

– *Valutazione dell'impatto ambientale*

(Sentenza della Corte (Seconda Sezione) 5 luglio 2007. Causa C-255/05)

Viene meno agli obblighi ad esso derivanti dagli artt. 2, n. 1, e 4, n. 1, della direttiva 85/337, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici o privati, come modificata dalla direttiva 97/11, uno Stato membro che – in applicazione di una normativa nazionale che consente che i progetti di impianti di recupero di rifiuti pericolosi e i progetti di impianti di recupero di rifiuti non pericolosi con capacità superiore a 100 tonnellate al giorno, rientranti nell'allegato I della stessa direttiva, siano sottratti alla procedura di valutazione di impatto ambientale prevista ai detti artt. 2, n. 1, e 4, n. 1, se sono oggetto di una procedura semplificata ai sensi dell'art. 11 della direttiva 75/442, relativa ai rifiuti – non sottopone alla procedura di valutazione di impatto ambientale prevista dagli artt. 5-10 della direttiva 85/337, prima della concessione dell'autorizzazione alla costruzione, un progetto relativo ad un impianto di incenerimento di rifiuti che rientra nella categoria degli impianti di smaltimento dei rifiuti non pericolosi mediante incenerimento o trattamento chimico con capacità superiore a 100 tonnellate al giorno, prevista all'allegato I, punto 10, della direttiva 85/337.

** *** **

APPALTI PUBBLICI

– *Appalti di lavori*

(Sentenza della Corte (Seconda Sezione) 4 ottobre 2007. Causa C-217/06)

La Commissione delle Comunità europee chiede alla Corte di dichiarare che, avendo il Comune di Stintino attribuito direttamente alla Maresar Soc. cons. a r.l. (in prosieguo: la «Maresar»), mediante la convenzione 2 ottobre 1991, n. 7 (in prosieguo: la «convenzione»), e mediante gli atti aggiuntivi alla medesima connessi, l'appalto di lavori pubblici avente ad oggetto la realizzazione delle opere menzionate nella deliberazione del Consiglio comunale di Stintino 14 dicembre 1989, n. 48, e segnatamente la «progettazione esecutiva e costruzione delle opere per l'adeguamento tecnologico e strutturale, riordino e completamento delle reti idriche e fognanti,

della rete viaria, delle strutture ed attrezzature di servizio dell'abitato, dei nuclei di insediamento turistico esterni e del territorio del Comune di Stintino, compreso il risanamento ed il disinquinamento della costa e dei centri turistici dello stesso», senza ricorrere alle procedure di aggiudicazione previste dalla 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, in particolare, senza pubblicare alcun bando di gara nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza della citata direttiva, e in particolare degli artt. 3 e 12 della medesima. La convenzione, conclusa tra il Comune di Stintino e la Maresar senza pubblicità né procedura di messa in concorrenza, è stata seguita, nel periodo 1992-2001, dalla stipula, intervenuta tra le stesse parti, di undici atti aggiuntivi che affidano alla Maresar la realizzazione di opere determinate rientranti nella convenzione, nonché quella di tutte le attività tecnico-amministrative necessarie fino al collaudo dei lavori. Il corrispettivo di ciascuno di tali interventi è fissato nei detti atti.

«(Omissis)

19 Nella fattispecie, tenuto conto degli elementi adottati dal governo italiano, al momento della scadenza del termine fissato nel parere motivato, l'esecuzione della convenzione irregolare proseguiva soltanto per la realizzazione definitiva di un'opera, il bacino di regolazione idraulica, previsto dall'atto aggiuntivo n. 10. Altre opere erano terminate. Peraltro, la Commissione non dimostra che le affermazioni del governo italiano secondo cui il Comune di Stintino aveva ritirato alla Maresar l'esecuzione delle altre prestazioni ad essa affidate dalla convenzione controversa sarebbero erranee.

20 Il governo italiano non contesta più che il Comune di Stintino sia venuto meno agli obblighi ad esso incombenti, approvando la convenzione senza procedura di messa in concorrenza. Esso sostiene tuttavia, in primo luogo, che il ricorso è privo di oggetto in quanto l'appalto controverso aveva, alla scadenza del termine fissato nel parere motivato, esaurito quasi tutti i suoi effetti. A tale data, tenuto conto della fine della realizzazione del bacino di regolazione idraulica, i lavori di cui trattasi sarebbero stati compiuti per l'82%. Pertanto, non sarebbe più stato materialmente possibile conformarsi al parere motivato.

21 Tuttavia, sebbene sia vero che, in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, la Corte abbia giudicato che un ricorso per inadempimento è irricevibile se, alla data di scadenza del termine fissato nel parere motivato, il contratto di cui trattasi aveva già esaurito tutti i suoi effetti (v., in tal senso, sentenze 31 marzo 1992, causa C-362/90, Commissione/Italia, *Racc.* pag. I-2353, punti 11 e 13, nonché 2 giugno 2005, causa C-394/02, Commissione/Grecia, *Racc.* pag. I-4713, punto 18), nella fattispecie la Corte non può che constatare che la convenzione era, a tale data, in corso di esecuzione, in quanto i lavori non erano del tutto compiuti. L'appalto non aveva, pertanto, esaurito tutti i suoi effetti.

22 In secondo luogo, per dimostrare che non era stato legittimamente possibile conformarsi al parere motivato, le autorità italiane sostengono che esse non avevano potuto risolvere l'atto aggiuntivo riguardante la realizzazione del bacino di regolazione, tenuto conto del legittimo affidamento che era potuto sorgere in capo alla Maresar, a causa della durata del rapporto contrattuale protrattosi per più di dieci anni prima dell'avvio della fase precontrattuale del procedimento.

23 Tuttavia, il comportamento di un'autorità nazionale incaricata di applicare il diritto comunitario, che sia in contrasto con quest'ultimo, non può giustificare l'esistenza, in capo ad un operatore economico, di un legittimo affidamento sul fatto di poter beneficiare di un trattamento in contrasto con il diritto comunitario (v. sentenze 26 aprile 1988, causa C-316/86, Krücken, *Racc.* pag. 2213, punto 24, e 1° aprile 1993, cause riunite da C-31/91 a C-44/91, Lageder e a., *Racc.* pag. I-1761, punto 38).

24 La circostanza che la convenzione controversa sia stata firmata più di dieci anni fa è priva di rilievo per quanto concerne l'irregolarità rispetto al diritto comunitario e, di conseguenza, l'impossibilità che essa faccia sorgere un legittimo affidamento in capo alla Maresar (v., in tal senso, sentenza 24 settembre 1998, causa C-35/97, Commissione/Francia, *Racc.* pag. I-5325, punto 45)».

– *Soggetti ammessi ad accedere alla procedura di ricorso*

(Ordinanza della Corte (Sesta Sezione) 4 ottobre 2007. Causa C-492/06)

La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'art. 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), come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE (GU L 209, pag. 1).

Tale domanda è stata proposta nell'ambito di una controversia pendente tra il Consorzio Elisoccorso San Raffaele e la Elilombarda Srl, capofila di un'associazione temporanea in via di costituzione, e riguardante un procedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico.

In data 30 novembre 2004 l'Azienda Ospedaliera Ospedale Niguarda Ca' Granda di Milano faceva pubblicare, in quanto autorità aggiudicatrice, un bando di gara avente ad oggetto, segnatamente, un servizio di elisoccorso per un importo di EUR 25 900 000.

Venivano depositate due offerte. La prima, da parte della Elilombarda in qualità di capofila di un'associazione temporanea in via di costituzione tra la detta impresa e la Helitalia SpA, mentre la seconda veniva depositata dal Consorzio, composto dalla Elilario Italia SpA e dalla Air Viaggi San Raffaele Srl.

Il 28 aprile 2005 l'autorità aggiudicatrice attribuiva l'appalto al Consorzio, al quale veniva notificata la decisione con nota 10 maggio 2005.

La Elilombarda proponeva dinanzi al Tribunale amministrativo regionale della Lombardia (in prosieguo: il «TAR Lombardia»), in nome proprio e a titolo individuale, un ricorso rivolto, tra l'altro, contro tale decisione.

Nell'ambito di tale procedimento, il Consorzio sollevava un'eccezione d'inammissibilità sostenendo che il ricorso era stato proposto non dall'associazione temporanea in via di costituzione stessa, la quale, a suo parere, sarebbe stata l'unica legittimata ad agire in giudizio per la tutela del proprio interesse a vedersi aggiudicare l'appalto, bensì da uno solo degli operatori economici componenti tale associazione.

«(Omissis)

19 Con la sua questione, il giudice del rinvio chiede se l'art. 1 della direttiva 89/665 debba essere interpretato nel senso che osta a che, secondo il diritto nazionale, il ricorso contro una decisione di aggiudicazione di un appalto pubblico possa essere proposto a titolo individuale da uno solo dei membri di un'associazione temporanea priva di personalità giuridica, la quale abbia partecipato in quanto tale alla procedura di aggiudicazione dell'appalto suddetto e non se lo sia visto attribuire.

20 A tale riguardo occorre ricordare che, ai sensi dell'art. 1, n. 3, della citata direttiva, gli Stati membri sono tenuti a garantire che le procedure di ricorso da questa previste siano accessibili «per lo meno» a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione denunciata del diritto comunitario in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che hanno recepito tale diritto.

21 Ne deriva che la direttiva 89/665 stabilisce solamente i requisiti minimi che le procedure d'impugnazione previste dagli ordinamenti giuridici nazionali devono rispettare per garantire l'osservanza delle disposizioni comunitarie in materia di appalti pubblici (v. sentenza 19 giugno 2003, causa C-315/01, GAT, *Racc.* pag. I-6351, punto 45 e giurisprudenza ivi citata).

22 Nella sentenza *Espace Trianon e Sofibail*, la Corte ha interpretato l'art. 1 della direttiva 89/665 in una situazione in cui l'ordinamento giuridico interno esigeva che un ricorso di annullamento contro una decisione di aggiudicazione di un appalto pubblico venisse proposto da tutti i membri componenti un'associazione temporanea offerente.

23 Riferendosi ad una situazione quale quella contemplata dalle questioni pregiudiziali che le erano state sottoposte, la Corte ha rilevato, ai punti 19-21 di tale sentenza, che: – un'associazione temporanea poteva essere considerata come un soggetto avente interesse a ottenere l'aggiudicazione di un appalto pubblico ai sensi dell'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665, dal momento che, avendo presentato un'offerta per l'appalto pubblico in questione, essa aveva dimostrato il proprio interesse ad ottenerlo; – nella causa principale nulla impediva che i membri dell'associazione temporanea proponessero tutti insieme, in quanto associati o in nome proprio, un ricorso di annullamento contro le decisioni controverse.

24 La Corte è pertanto pervenuta alla conclusione, al punto 22 della citata sentenza, che la disposizione procedurale nazionale in questione non limitava l'accessibilità ad un ricorso in modo contrario all'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665.

25 Di conseguenza, essa ha statuito che l'art. 1 di tale direttiva non osta a che, secondo il diritto nazionale di uno Stato membro, il ricorso contro una decisione di aggiudicazione di un appalto pubblico possa essere proposto unicamente dalla totalità dei membri di un'associazione temporanea priva di personalità giuridica, la quale abbia partecipato in quanto tale alla procedura di aggiudicazione dell'appalto suddetto e non se lo sia visto attribuire.

26 Così facendo la Corte ha solamente stabilito, con riferimento alle circostanze proprie della causa principale, una soglia minima di accesso ai ricorsi in materia di appalti garantita dalla direttiva 89/665.

27 Essa non ha assolutamente escluso che, secondo il diritto nazionale, il ricorso contro una decisione di aggiudicazione di un appalto pubblico possa essere proposto a titolo individuale da uno soltanto dei membri di un'associazione temporanea priva di personalità giuridica la quale abbia partecipato in quanto tale alla procedura di aggiudicazione dell'appalto suddetto e non se lo sia visto attribuire».

– *Appalto di servizi*

(Sentenza della Corte (Terza Sezione) 29 novembre 2007. Causa C-119/06)

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, – 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), e, in particolare, dei suoi artt. 11, 15 e 17.

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.

«(Omissis)

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).

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 9.

47 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.

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.

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.

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 rivol-

to in relazione all'appalto in esame non è sufficiente a dimostrare che detto appalto presentasse un interesse transfrontaliero certo e, di conseguenza, a costatare l'esistenza di un adempimento (v., in tal senso, sentenza 13 novembre 2007 Commissione/Irlanda, cit., punto 34)».

** *** **

APPELLO

- *Atti delle istituzioni*
- *Legittimazione*

(Sentenza della Corte (Quinta Sezione) 22 marzo 2007. Causa C-15/06 P)

Con la sua impugnazione, la Regione Siciliana chiede l'annullamento della sentenza del Tribunale di primo grado delle Comunità europee 18 ottobre 2005, causa T-60/03, Regione Siciliana/Commissione (Racc. pag. II-4139), con cui quest'ultimo ha respinto il ricorso diretto all'annullamento della decisione della Commissione 11 dicembre 2002, C(2002) 4905, relativa alla soppressione del contributo concesso alla Repubblica italiana con decisione della Commissione 17 dicembre 1987, C(87) 2090 026, concernente la concessione del contributo del Fondo europeo di sviluppo regionale in favore di un investimento per infrastrutture, di importo uguale o superiore a 15 milioni di [euro] in Italia (regione: Sicilia), e al recupero dell'anticipo versato dalla Commissione a titolo di tale contributo.

In base all'art. 230, quarto comma, CE, un ente regionale o locale, qualora goda della personalità giuridica ai sensi del diritto nazionale, può proporre un ricorso contro le decisioni prese nei suoi confronti e contro le decisioni che, pur appearing come un regolamento o una decisione presa nei confronti di altre persone, la riguardano direttamente e individualmente. La condizione secondo cui una persona fisica o giuridica dev'essere direttamente interessata dalla decisione che costituisce oggetto del ricorso richiede che il provvedimento comunitario contestato produca direttamente effetti sulla situazione giuridica del singolo e non lasci alcun potere discrezionale ai destinatari del provvedimento incaricati della sua applicazione, la quale ha carattere meramente automatico e deriva dalla sola normativa comunitaria senza intervento di altre norme intermedie.

Orbene, la designazione di un ente regionale o locale come autorità responsabile della realizzazione di un progetto del Fondo europeo di sviluppo regionale non implica che tale ente sia esso stesso titolare del diritto al contributo finanziario controverso. È parimenti privo di pertinenza il fatto che, nell'allegato della decisione di concessione del detto contributo, il detto ente regionale sia menzionato come autorità responsabile della domanda di contributo finanziario. Infatti, la posizione di «autorità responsabile della domanda» a cui fa riferimento l'allegato della decisione di concessione non comporta come conseguenza che tale autorità si trovi in un rapporto diretto con il contributo comunitario, che – come precisa del resto la stessa decisione – è stato richiesto dal governo di uno Stato membro ed è stato concesso a quest'ultimo.

I singoli devono poter beneficiare di una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti loro riconosciuti dall'ordinamento giuridico comunitario. La tutela giurisdizionale delle persone fisiche o giuridiche che non possono impugnare direttamente, a causa dei requisiti di ricevibilità di cui all'art. 230, quarto comma, CE, gli atti comunitari deve essere garantita efficacemente mediante rimedi giurisdizionali dinanzi ai giudici nazionali. Questi, in conformità al principio di leale collaborazione sancito dall'art. 10 CE, sono tenuti, per quanto possibile, ad interpretare e applicare le norme procedurali nazionali che disciplinano l'esercizio delle azioni in maniera da consentire alle dette persone di contestare in sede giudiziale la legittimità di ogni decisione o di qualsiasi altro provvedimento nazionale relativo all'applicazione nei loro confronti di un atto comunitario, eccettuandone l'invalidità e inducendo così i giudici a interpellare a tale proposito la Corte mediante questioni pregiudiziali.

- Ricevibilità
- Esecuzione della cosa giudicata

(Sentenza della Corte (Terza Sezione) 29 novembre 2007. Causa C-417/06 P)

Con la sua impugnazione, la Repubblica italiana chiede l'annullamento della sentenza del Tribunale di primo grado delle Comunità europee 13 luglio 2006, causa T-225/04, Italia/Commissione (non pubblicata nella Raccolta; in prosieguo: la «sentenza impugnata»), mediante la quale il Tribunale ha respinto il ricorso diretto all'annullamento della decisione della Commissione 26 novembre 2003, C(2003) 3971 def., che stabilisce una ripartizione indicativa fra gli Stati membri degli stanziamenti d'impegno nel quadro delle iniziative comunitarie per il periodo 1994-1999 (in prosieguo: la «decisione controversa»), nonché di tutti gli atti connessi e presupposti.

Per realizzare il rafforzamento della sua coesione economica e sociale e, segnatamente, ridurre il divario tra i livelli di sviluppo delle varie regioni e il ritardo di quelle meno favorite, la Comunità europea può agire, in particolare, attraverso fondi a finalità strutturale.

Per raggiungere questi scopi e disciplinare i compiti dei fondi, il Consiglio dell'Unione europea ha adottato il regolamento (CEE) 24 giugno 1988, n. 2052, relativo alle missioni dei Fondi a finalità strutturali, alla loro efficacia e al coordinamento dei loro interventi e di quelli della Banca europea per gli investimenti e degli altri strumenti finanziari esistenti (GU L 185, pag. 9), modificato, in particolare, mediante regolamento (CEE) del Consiglio 20 luglio 1993, n. 2081 (GU L 193, pag. 5; in prosieguo: il «regolamento n. 2052/88»), e il regolamento (CEE) 19 dicembre 1988, n. 4253, recante disposizioni di applicazione del regolamento n. 2052/88 per quanto riguarda il coordinamento tra gli interventi dei vari Fondi strutturali, da un lato, e tra tali interventi e quelli della Banca europea per gli investimenti e degli altri strumenti finanziari esistenti, dall'altro (GU L 374, pag. 1), modi-

ficato, in particolare, mediante regolamento (CEE) del Consiglio 20 luglio 1993, n. 2082 (GU L 193, pag. 20).

La Repubblica italiana ha presentato due capi di conclusioni, uno diretto all'annullamento della decisione controversa, l'altro diretto all'annullamento di tutti gli atti connessi e presupposti. Il Tribunale ha dichiarato il secondo irricevibile, per mancanza di un grado di precisione sufficiente con riferimento all'oggetto della domanda. Il primo capo della domanda, quanto a esso, era basato su tre motivi: difetto di fondamento normativo, violazione di norme procedurali e difetto di motivazione.

Quanto al difetto di fondamento normativo, il Tribunale ha giudicato che l'art. 12, nn. 4 e 5, del regolamento n. 2052/88 costituiva un fondamento normativo atto a consentire alla Commissione di modificare le ripartizioni indicative già disposte in conformità al testo stesso di tali ripartizioni, al dovere fondamentale di buona gestione finanziaria per l'esecuzione del bilancio comunitario e all'assenza, in capo allo Stato membro, di un diritto a percepire fondi comunitari. Esso ha anche considerato che la Commissione aveva, nel contesto dell'esecuzione della citata sentenza Italia/Commissione, il diritto di modificare tali ripartizioni indicative, essendo soltanto tenuta nella fattispecie a rispettare le forme sostanziali violate, cioè ad autenticare la sua decisione, fatto salvo il suo potere di riesaminare ed eventualmente modificare le ripartizioni indicative. Il primo motivo di ricorso è stato pertanto respinto.

Per quanto riguarda la violazione delle norme procedurali, la Repubblica italiana ha fatto valere che la Commissione non avrebbe ottemperato all'obbligo di trasparenza stabilito dall'art. 12, n. 4, del regolamento n. 2052/88. Al riguardo, il Tribunale ha giudicato che, anche ipotizzando che fosse stato necessario chiedere il parere del comitato di gestione per le iniziative comunitarie preliminarmente all'adozione della decisione 16 dicembre 1998, in seguito annullata, non incombeva alla Commissione l'onere di chiedere nuovamente tale parere prima di adottare la decisione controversa, poiché l'annullamento è intervenuto soltanto a causa di un difetto di autenticazione e non per motivi di merito. Per di più, le modifiche introdotte non presentavano un carattere sostanziale che avrebbe giustificato la reiterazione degli atti procedimentali compiuti in precedenza, in quanto l'importo totale degli stanziamenti assegnati ai programmi italiani non era stato modificato. Il Tribunale ha giudicato inoltre che la consultazione del CSRR doveva essere considerata equivalente alla precedente consultazione ai fini del deferimento obbligatorio al comitato di gestione per le iniziative comunitarie e del rispetto dell'obbligo di trasparenza. Anche il secondo motivo di ricorso è stato pertanto respinto.

Infine, l'obbligo di motivazione è stato considerato rispettato da parte della Commissione, in quanto il Tribunale ha osservato che i 'considerando' 8-10 della decisione controversa costituivano un'esposizione chiara e sufficientemente precisa delle principali fasi seguite dalla Commissione nell'adozione della sua decisione. L'istituzione comunitaria non può, infatti, essere considerata obbligata a menzionare nella sua decisione tutti i punti di

fatto e di diritto sollevati nel corso del procedimento amministrativo. Il terzo motivo di ricorso è stato pertanto respinto così come, di conseguenza, il ricorso nel suo insieme; la Repubblica italiana è stata condannata alle spese.

«(Omissis)

25 Occorre ricordare che dagli artt. 225 CE, 58, primo comma, dello Statuto della Corte di giustizia e 112, n. 1, lett. c), del regolamento di procedura della Corte risulta che un'impugnazione deve indicare in modo preciso gli elementi contestati della sentenza di cui si chiede l'annullamento, nonché gli argomenti di diritto dedotti a specifico sostegno di tale domanda (sentenze 4 luglio 2000, causa C-352/98 P, Bergaderm e Goupil/Commissione, *Racc.* pag. I-5291, punto 34, nonché 8 gennaio 2002, causa C-248/99 P, Francia/Monsanto e Commissione, *Racc.* pag. I-1, punto 68).

26 Pertanto, non integra gli obblighi di motivazione derivanti da tali disposizioni l'impugnazione che si limiti a ripetere o a riprodurre letteralmente i motivi e gli argomenti già presentati dinanzi al Tribunale, inclusi quelli basati su circostanze in fatto espressamente dichiarate infondate da tale giudice. Infatti, un'impugnazione di tal genere costituisce in realtà una domanda diretta ad ottenere un semplice riesame del ricorso presentato dinanzi al Tribunale, il che esula dalla competenza della Corte (v. sentenze Bergaderm e Goupil/Commissione, cit., punto 35, e 19 gennaio 2006, causa C-240/03 P, Comunità montana della Valnerina/Commissione, *Racc.* pag. I-731, punto 106)».

** *** **

ATTI DELLE ISTITUZIONI

- *Decisione*
- *Effetto diretto orizzontale*

(Sentenza della Corte (Terza Sezione) 7 giugno 2007. Causa C-80/06)

La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione, sull'invocabilità e sulla validità degli artt. 2 e 3 nonché degli allegati II e III della decisione della Commissione 25 gennaio 1999, 1999/93/CE, relativa alla procedura per l'attestazione di conformità dei prodotti da costruzione a norma dell'articolo 20, paragrafo 2, della direttiva 89/106/CEE del Consiglio, riguardo a porte, finestre, imposte, persiane, portoni e relativi accessori (GU L 29, pag. 51).

Tale domanda è stata proposta nell'ambito di una controversia tra la società Carp Snc di L. Moleri e V. Corsi (in prosieguo: la «Carp») e la Ecorad Srl (in prosieguo: la «Ecorad»), controversia vertente sull'esecuzione di un contratto di vendita di porte munite di maniglioni detti «antipanico».

La Ecorad ordinava alla Carp, nel corso del mese di aprile 2005, la fornitura e la posa di tre porte esterne munite di maniglioni antipanico. A seguito dell'installazione della prima di queste, la Ecorad riteneva, nel maggio 2005, che il prodotto installato non fosse conforme alla normativa comunitaria, dato che la Carp non disponeva di un certificato di conformità rila-

sciato da un organismo di certificazione riconosciuto di cui alla decisione 1999/93 (o «sistema di certificazione n. 1»). Di conseguenza, la Ecorad rifiutava di adempiere i propri obblighi contrattuali.

La Carp adiva quindi il Tribunale ordinario di Novara al fine di ottenere il risarcimento del danno subito. Nell'ambito di tale controversia, la Ecorad si basa sulla non conformità della cosa venduta alla normativa comunitaria e fa valere, al riguardo, l'inosservanza da parte della Carp delle disposizioni della decisione 1999/93.

Nella sua ordinanza di rinvio, il Tribunale ordinario di Novara ritiene che la controversia richieda l'interpretazione della decisione 1999/93 e si pone la questione della validità di quest'ultima, qualora essa sia direttamente applicabile.

«(Omissis)

18 L'esame delle questioni prima e terza, rispettivamente relative all'interpretazione e alla validità della decisione 1999/93, presuppone che sia stata preliminarmente risolta in senso affermativo la seconda questione con cui il giudice del rinvio chiede, sostanzialmente, se tale decisione produca effetti giuridicamente vincolanti. Si deve tuttavia verificare innanzi tutto se tale decisione possa essere fatta valere in una controversia tra singoli.

20 A questo proposito, e senza che sia necessario esaminare preliminarmente la validità della decisione 1999/93, occorre ricordare che, secondo una giurisprudenza costante, una direttiva non può di per sé stessa creare obblighi a carico di un singolo e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti. Ne consegue che anche una disposizione chiara, precisa e incondizionata di una direttiva volta a conferire diritti o ad imporre obblighi ai privati non può trovare applicazione in quanto tale nell'ambito di una controversia che veda contrapposti esclusivamente dei singoli (sentenze 26 febbraio 1986, causa 152/84, Marshall, *Racc.* pag. 723, punto 48; 14 luglio 1994, causa C-91/92, Faccini Dori, *Racc.* pag. I-3325, punto 20; 7 marzo 1996, causa C-192/94, El Corte Inglés, *Racc.* pag. I-1281, punti 16 e 17; 7 gennaio 2004, causa C-201/02, Wells, *Racc.* pag. I-723, punto 56, e 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, Pfeiffer e a., *Racc.* pag. I-8835, punti 108 e 109).

21 La decisione 1999/93 è stata adottata sulla base dell'art. 13, n. 4, della direttiva 89/106 ed è rivolta agli Stati membri. Essa costituisce un atto di portata generale che precisa i tipi di procedure di attestazione di conformità rispettivamente applicabili a porte, finestre, imposte, persiane, portoni e relativi accessori e conferisce mandato al CEN/Cenelec di specificarne il contenuto nelle norme armonizzate pertinenti che saranno poi destinate ad essere trasposte dagli organismi di normalizzazione di ciascuno Stato membro. A norma dell'art. 249 CE, la decisione 1999/93 è quindi unicamente vincolante per gli Stati membri, che, ai sensi dell'art. 4, ne sono i soli destinatari. Di conseguenza, le considerazioni alla base della giurisprudenza ricordata al punto precedente riguardo alle direttive sono applicabili, *mutatis mutandis*, per quanto riguarda la possibilità di far valere la detta decisione contro un singolo.

22 Occorre pertanto risolvere la seconda questione del giudice del rinvio nel senso che un singolo non può far valere, nell'ambito di una controversia per responsabilità contrattuale che lo vede opposto ad un altro singolo, la violazione da parte di quest'ultimo degli artt. 2 e 3 nonché degli allegati II e III della decisione 1999/93».

– Interpretazione

(Sentenza della Corte (Terza Sezione) 12 ottobre 2007. Causa C-173/06)

Secondo una costante giurisprudenza, ai fini dell'interpretazione di una norma di diritto comunitario si deve tener conto non soltanto della lettera della stessa, ma anche del suo contesto e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte (sentenze 17 novembre 1983, causa 292/82, Merck, Racc. pag. 3781, punto 12, nonché 8 settembre 2005, cause riunite C-544/03 e C-545/03, Mobistar e Belgacom Mobile, Racc. pag. I 7723, punto 39), così come dell'insieme delle disposizioni del diritto comunitario (sentenza 6 ottobre 1982, causa 283/81, Cilfit e a., Racc. pag. 3415, punto 20). Inoltre, il primato degli accordi internazionali conclusi dalla Comunità sui testi di diritto comunitario derivato impone di interpretare questi ultimi, per quanto possibile, in conformità a tali accordi.

** *** **

COOPERAZIONE DI POLIZIA E GIUDIZIARIA IN MATERIA PENALE

– Decisione quadro 2001/220/GAI

– Nozione di “vittima “

(Sentenza della Corte (Terza Sezione) 28 giugno 2007. Causa C-467/05)

La decisione quadro 2001/220, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, dev'essere interpretata nel senso che, nell'ambito di un procedimento penale e, più specificamente, di un procedimento di esecuzione successivo ad una sentenza definitiva di condanna, la nozione di vittima ai sensi della decisione quadro non include le persone giuridiche che hanno subito un pregiudizio causato direttamente da atti o omissioni che costituiscono una violazione del diritto penale di uno Stato membro.

Infatti, interpretare la decisione quadro nel senso che essa riguardi anche le persone giuridiche che asseriscono aver subito un pregiudizio causato direttamente da una violazione del diritto penale sarebbe contrario al dettato stesso dell'art. 1, lett. a), della decisione quadro, che riguarda unicamente le persone fisiche che hanno subito un pregiudizio causato direttamente da comportamenti contrari alla legge penale di uno Stato membro. Inoltre, non vi è alcun'altra disposizione della decisione quadro contenente un'indicazione secondo cui il legislatore dell'Unione europea avrebbe inteso estendere la nozione di vittima alle persone giuridiche ai fini dell'applicazione della decisione quadro in parola. Ben al contrario, diverse disposizioni di quest'ultima, tra cui in particolare gli artt. 2, nn. 1 e 2, e 8, n. 1, confermano che lo scopo del legislatore è stato quello di prendere in considerazione unicamente le persone fisiche vittime di un pregiudizio causato da una violazione del diritto penale.

La direttiva 2004/80, relativa all'indennizzo delle vittime di reato, non è tale da inficiare siffatta interpretazione. Infatti, anche supponendo che le disposizioni di una direttiva adottata sul fondamento del Trattato CE possano in qualche modo incidere sull'interpretazione delle disposizioni di una decisione quadro fondata sul Trattato UE e che la nozione di vittima ai sensi della direttiva possa essere interpretata nel senso che essa riguarda le persone giuridiche, la direttiva e la decisione quadro non si trovano comunque in un rapporto tale da imporre un'interpretazione uniforme della nozione di cui trattasi.

– *Indennizzo alle vittime*

(Sentenza della Corte (Quinta Sezione) 29 novembre 2007. Causa C-112/07)

Con il suo ricorso, la Commissione delle Comunità europee chiede alla Corte di dichiarare che, non avendo adottando le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva del Consiglio 29 aprile 2004, 2004/80/CE, relativa all'indennizzo delle vittime di reato (GU L GU L 261, pag. pag. 15; in prosieguo: la «direttiva»), o comunque non avendole comunicato tali disposizioni, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza di detta direttiva.

Ai sensi dell'art. 18, n. 1, della direttiva, gli Stati membri dovevano mettere in vigore le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative necessarie per conformarsi a tale direttiva entro il 1° gennaio 2006, fatta eccezione per l'art. 12, n. 2, di quest'ultima per il quale tale data era fissata al 1° luglio 2005, e dovevano informarne immediatamente la Commissione.

Nel suo controricorso, la Repubblica italiana non contesta la fondatezza del ricorso proposto dalla Commissione. Essa osserva tuttavia che determinate leggi già vigenti nell'ordinamento giuridico italiano prevedono l'indennizzo delle vittime di atti di terrorismo e della criminalità organizzata nonché delle vittime di richieste estorsive e di usura. Peraltro, tale Stato membro fa valere che l'iter legislativo diretto ad assicurare il recepimento integrale della direttiva nel suo ordinamento giuridico è in via di conclusione.

A tale proposito occorre rilevare che, secondo una giurisprudenza costante, 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 e che la Corte non può tenere conto dei mutamenti successivi (v., in particolare, sentenze 30 maggio 2002, causa C-323/01, Commissione/Italia, Racc. pag. I-4711, punto 8, e 27 ottobre 2005, causa C-23/05, Commissione/Lussemburgo, Racc. pag. I-9535, punto 9).

Nel caso di specie, è pacifico che, alla scadenza del termine fissato nel parere motivato, tutti i provvedimenti necessari per procedere all'attuazione della direttiva nell'ordinamento giuridico nazionale non erano stati adottati dalla Repubblica italiana.

** *** **

DOGANA

– *Perfezionamento attivo*

(Sentenza della Corte (Terza Sezione) 18 ottobre 2007. Causa C-173/06) (idem Ordinanza della Corte (Sezione settima) 7 dicembre 2007. Causa C-505/06)

La domanda di pronuncia pregiudiziale riguarda l'interpretazione degli artt. 216 e 220 del regolamento (CEE) del Consiglio 12 ottobre 1992, n. 2913, che istituisce un codice doganale comunitario (GU L 302, pag. 1), come modificato dal regolamento (CE) del Parlamento europeo e del Consiglio 16 novembre 2000, n. 2700 (GU L 311, pag. 17; in prosieguo: il «codice doganale»).

Tale domanda è stata proposta nell'ambito di un ricorso di annullamento presentato dall'Agrover Srl (in prosieguo: l'«Agrover») avverso l'avviso di recupero di dazi doganali emesso dall'Agenzia Dogane Circonscrizione Doganale di Genova.

L'Agrover è una società con sede in Italia che dispone di un'autorizzazione di perfezionamento attivo per risone. Nel corso del dicembre 2000, detta società ha esportato in Ungheria, con tre operazioni, riso lavorato di origine comunitaria ed importato poi, nel febbraio 2001, quantità equivalenti di riso semigreggio dalla Thailandia, in esenzione daziaria.

Il 26 gennaio 2004, le autorità italiane, basandosi sull'art. 216 del codice doganale, hanno rilevato che tali operazioni non potevano beneficiare del regime di perfezionamento attivo. Dette autorità hanno infatti considerato che l'esenzione dai dazi avrebbe potuto essere concessa unicamente qualora le importazioni compensatrici avessero riguardato merci importate da un paese che avesse concluso un accordo preferenziale con la Comunità; ma tale non è il caso del Regno di Thailandia. Le autorità di cui trattasi hanno pertanto predisposto il recupero dei dazi relativi all'importazione di riso (EUR 73 767,88). L'Agrover ha impugnato questa decisione dinanzi alla Commissione Tributaria Provinciale di Genova. Con decisione 2 luglio 2004, quest'ultima ha respinto il ricorso dell'Agrover, che ha interposto appello avverso detta sentenza dinanzi al giudice del rinvio.

L'accordo europeo che istituisce un'associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Ungheria, dall'altra, firmato a Bruxelles il 16 dicembre 1991, è stato approvato a nome delle Comunità europee con decisione del Consiglio e della Commissione 13 dicembre 1993, 93/742/Euratom, CECA, CE (GU L 347, pag. 1). Il protocollo n. 4 a tale accordo, relativo alla definizione della nozione di «prodotti originari» e ai metodi di cooperazione amministrativa, così come modificato dalla decisione del Consiglio di associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Ungheria, dall'altra, 28 dicembre 1996, n. 3 (GU 1997, L 92, pag. 1; in prosieguo: il «protocollo n. 4»), all'art. 15, intitolato «Divieto di restituzione dei dazi doganali o di esenzione da tali dazi», contiene le disposizioni seguenti:

«1. a) I materiali non originari utilizzati nella fabbricazione di prodotti originari della Comunità, dell'Ungheria o di uno degli altri paesi di cui all'articolo 4, per i quali viene rilasciata o compilata una prova dell'origine conformemente alle disposizioni del titolo V non sono soggetti, nella Comunità o in Ungheria, ad alcun tipo di restituzione dei dazi doganali o di esenzione da tali dazi. (...)

2. Il divieto di cui al paragrafo 1 si applica a tutti gli accordi relativi a rimborsi, sgravi o mancati pagamenti, parziali o totali, di dazi doganali o tasse di effetto equivalente applicabili nella Comunità o in Ungheria ai materiali utilizzati nella fabbricazione e ai prodotti di cui al paragrafo 1, lettera b), qualora tali rimborsi, sgravi o mancati pagamenti si applichino, di diritto o di fatto, quando i prodotti ottenuti da detti materiali sono esportati, ma non quando sono destinati al consumo interno.

3. L'esportatore di prodotti coperto da una prova dell'origine deve essere pronto a presentare in qualsiasi momento, su richiesta dell'autorità doganale, tutti i documenti atti a comprovare che non è stata ottenuta alcuna restituzione per quanto riguarda i materiali non originari utilizzati nella fabbricazione dei prodotti in questione e che tutti i dazi doganali o le tasse di effetto equivalente applicabili a tali materiali sono stati effettivamente pagati».

L'art. 114, n. 1, del codice doganale stabilisce in particolare che il regime di perfezionamento attivo consente di sottoporre a lavorazione sul territorio doganale della Comunità, per far subire loro una o più operazioni di perfezionamento, merci non comunitarie destinate ad essere riesportate fuori del territorio doganale in parola sotto forma di prodotti compensatori, senza essere soggette ai dazi all'importazione né a misure di politica commerciale. Detta forma del regime di perfezionamento attivo è definita «sistema della sospensione» [art. 114, n. 2, lett. a), del codice doganale]. Dall'art. 114, n. 2, lett. c) e d), del medesimo codice risulta che sono prodotti compensatori tutti i prodotti risultanti da operazioni di perfezionamento, quali la lavorazione o la trasformazione di merci.

L'art. 115, n. 1, lett. a), del codice doganale consente altresì che i prodotti compensatori siano ottenuti da «merci equivalenti», definite all'art. 114, n. 2, lett. e), del codice in questione come «le merci comunitarie utilizzate al posto delle merci d'importazione per la fabbricazione dei prodotti compensatori», purché tali merci siano equivalenti alle merci d'importazione sotto il profilo tecnico e commerciale. Si tratta del sistema denominato «della compensazione per equivalenza». L'art. 115, n. 1, lett. b), del codice doganale stabilisce inoltre che i prodotti compensatori ottenuti da merci equivalenti possono essere esportati fuori della Comunità prima che vengano importate le merci di origine terza (sistema denominato dell'«esportazione anticipata» o «EX/IM»).

Secondo l'art. 115, n. 3, del codice doganale, il ricorso alla compensazione per equivalenza comporta la modificazione della posizione doganale: «Le merci d'importazione si trovano nella posizione doganale delle merci equivalenti e queste ultime nella posizione doganale delle merci d'importazione».

Secondo l'art. 216 del codice doganale: «1. Nella misura in cui gli accordi conclusi tra la Comunità e taluni paesi terzi prevedono la concessione all'importazione in questi ultimi di un trattamento tariffario preferenziale per le merci originarie della Comunità ai sensi di tali accordi, con la riserva che, quando esse siano state ottenute in regime di perfezionamento attivo, le merci non comunitarie incorporate in dette merci siano soggette al pagamento dei relativi dazi all'importazione, la convalida dei documenti necessari per ottenere, nei paesi terzi, tale trattamento tariffario preferenziale fa nascere un'obbligazione doganale all'importazione.

2. Il momento in cui nasce tale obbligazione doganale è il momento in cui l'autorità doganale accetta la dichiarazione di esportazione delle merci in questione.

3. Il debitore è il dichiarante. In caso di rappresentanza indiretta è parimenti debitrice la persona per conto della quale è fatta la dichiarazione.

4. L'importo dei dazi all'importazione corrispondente all'obbligazione doganale è stabilito allo stesso modo come se si trattasse di un'obbligazione doganale risultante dall'accettazione, alla medesima data, della dichiarazione di immissione in libera pratica delle merci in questione per porre fine al regime di perfezionamento attivo».

L'art. 220, n. 2, del codice doganale così dispone:

«Eccetto i casi di cui all'articolo 217, paragrafo 1, secondo e terzo comma, non si procede alla contabilizzazione a posteriori quando:

(...)

b) l'importo dei dazi legalmente dovuto non è stato contabilizzato per un errore dell'autorità doganale, che non poteva ragionevolmente essere scoperto dal debitore avendo questi agito in buona fede e rispettato tutte le disposizioni previste dalla normativa in vigore riguardo alla dichiarazione in dogana;

(...).».

«(Omissis)

17 Va preliminarmente osservato che, secondo costante giurisprudenza della Corte, ai fini dell'interpretazione di una norma di diritto comunitario si deve tener conto non soltanto della lettera della stessa ma anche del suo contesto e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte (sentenze 17 novembre 1983, causa 292/82, Merck, *Racc.* pag. 3781, punto 12, nonché 8 settembre 2005, cause riunite C-544/03 e C-545/03, Mobistar e Belgacom Mobile, *Racc.* pag. I-7723, punto 39), così come dell'insieme delle disposizioni del diritto comunitario (sentenza 6 ottobre 1982, causa 283/81, Cilfit e a., *Racc.* pag. 3415, punto 20). Inoltre, il primato degli accordi internazionali conclusi dalla Comunità sui testi di diritto comunitario derivato impone di interpretare questi ultimi, per quanto possibile, in conformità a tali accordi (sentenza 12 gennaio 2006, causa C-311/04, Algemene Scheeps Agentuur Dordrecht, *Racc.* pag. I-609, punto 25 e giurisprudenza ivi citata).

18 Per quanto riguarda la finalità dell'art. 216 del codice doganale, risulta che tale disposizione è diretta a garantire l'osservanza degli obblighi internazionali della Comunità derivanti da taluni accordi preferenziali [v., a tale riguardo, il settimo 'considerando' del regolamento (CEE) del Consiglio 13 luglio 1987, n. 2144, relativo all'obbligazione doganale (GU L 201, pag. 15), relativo alle disposizioni dell'art. 9, n. 1, del detto regolamento, che

sono in seguito state riprodotte all'art. 216 del codice doganale]. In forza di clausole dette di «non ristono», infatti, gli accordi in parola possono stabilire che, ove si tratti di prodotti compensatori ottenuti nella Comunità in regime di perfezionamento attivo, l'applicazione del trattamento tariffario preferenziale che da essi deriva è subordinata al pagamento dei dazi all'importazione relativi alle merci terze contenute o utilizzate nei prodotti compensatori.

19 Quindi, una clausola di non ristono, quale quella prevista dall'art. 15 del protocollo n. 4, ha la conseguenza di privare il titolare di un'autorizzazione di perfezionamento attivo del beneficio della sospensione dei dazi all'importazione di una merce di origine terza utilizzata ai fini del perfezionamento, allorché il prodotto compensatore è esportato nel paese partner. Conformemente alla finalità di integrazione economica bilaterale che si propone un accordo preferenziale quale l'accordo europeo che istituisce un'associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Ungheria, dall'altra, tali clausole di non ristono favoriscono l'impiego di merci originarie del territorio doganale delle parti dell'accordo assoggettando al pagamento di dazi all'importazione le merci terze utilizzate nelle operazioni di perfezionamento attivo. In tal modo esse impediscono il cumulo di vantaggi doganali che potrebbe risultare dall'applicazione in concomitanza del regime di perfezionamento attivo e della tariffa preferenziale.

20 Tali elementi dimostrano che, fra lo scopo di promozione delle esportazioni delle imprese comunitarie cui mira il regime doganale di perfezionamento attivo (v., in questo senso, sentenze 29 giugno 1995, causa C-437/93, *Temic Telefunken*, *Racc.* pag. I-1687, punto 18, e 13 marzo 1997, causa C-103/96, *Eridania Beghin-Say*, *Racc.* pag. I-1453, punto 26) e quello d'integrazione economica inerente agli accordi preferenziali, il legislatore, adottando l'art. 216 del codice doganale, ha ritenuto di dare la priorità a quest'ultimo.

21 Certo, ai sensi dell'art. 216 del codice doganale sono espressamente gravate di dazi doganali solamente le merci terze «incorporate» in prodotti compensatori originari. Tuttavia, tenuto conto della finalità e dell'economia generale della disposizione in esame, occorre considerare che essa si presta altresì ad essere applicata in caso di esportazione anticipata dei prodotti compensatori.

24 Va rilevato che le modalità di attuazione dell'art. 115, n. 3, del codice doganale in caso di ricorso all'esportazione anticipata sono precisate nell'art. 572 del regolamento (CEE) della Commissione 2 luglio 1993, n. 2454, che fissa talune disposizioni d'applicazione del regolamento (CEE) n. 2913/92 (GU L 253, pag. 1), così come modificato dal regolamento (CE) della Commissione 21 dicembre 1993, n. 3665 (GU L 335, pag. 1), secondo cui il cambiamento di posizione doganale avviene «per i prodotti compensatori esportati, al momento dell'accettazione della dichiarazione di esportazione, sempreché le merci d'importazione siano vincolate al regime» di perfezionamento attivo, e, «per le merci d'importazione e le merci equivalenti, al momento dello svincolo delle merci d'importazione che hanno formato oggetto di una dichiarazione di vincolo al [detto] regime». In caso di operazione di tipo EX/IM, l'art. 577 di tale regolamento prevede inoltre che il regime è appurato «quando la dichiarazione di cui sono oggetto le merci non comunitarie sia stata accettata dall'autorità doganale».

25 Conformemente a tali disposizioni, in caso di operazioni di tipo EX/IM, quindi, solo al momento in cui le merci di origine terza sono state importate le autorità doganali sono in grado di verificare che siano soddisfatti tutti i requisiti per il regime di perfezionamento attivo e che l'art. 216 del codice doganale non osti alla sospensione dei dazi all'importazione.

30 Secondo l'art. 220, n. 2, lett. b), del codice doganale, le autorità competenti non procedono alla contabilizzazione a posteriori dei dazi all'importazione solo qualora ricorrono

tre condizioni cumulative. Occorre, anzitutto, che i dazi non siano stati riscossi a causa di un errore delle autorità competenti stesse, inoltre, che l'errore commesso da queste ultime sia stato di natura tale da non poter essere ragionevolmente rilevato da un debitore in buona fede e, infine, che quest'ultimo abbia rispettato tutte le prescrizioni della normativa in vigore relative alla sua dichiarazione in dogana (v., per analogia, sentenze 12 luglio 1989, causa 161/88, Binder, *Racc.* pag. 2415, punti 15 e 16; 14 maggio 1996, cause riunite C-153/94 e C-204/94, Faroe Seafood e a., *Racc.* pag. I-2465, punto 83; ordinanze 9 dicembre 1999, causa C-299/98 P, CPL Imperial 2 e Unifrigio/Commissione, *Racc.* pag. I-8683, punto 22, e 11 ottobre 2001, causa C-30/00, William Hinton & Sons, *Racc.* pag. I-7511, punti 68, 69, 71 e 72). Allorché detti requisiti sono soddisfatti, il debitore ha diritto a che non si proceda al recupero (sentenza 27 giugno 1991, causa C-348/89, Mecanarte, *Racc.* pag. I-3277, punto 12).

31 Per quanto riguarda il primo dei requisiti menzionati, occorre ricordare che l'art. 220, n. 2, lett. b), del codice doganale ha l'obiettivo di tutelare il legittimo affidamento del debitore circa la fondatezza dell'insieme degli elementi che intervengono nella decisione di recuperare o meno i dazi doganali. Il legittimo affidamento del debitore merita la tutela prevista in tale articolo solo se sono state le autorità competenti «medesime» a porre in essere i presupposti sui quali riposa il legittimo affidamento del debitore. Così, solo gli errori imputabili ad un comportamento attivo delle autorità competenti danno diritto al non recupero dei dazi doganali (v., per analogia, sentenza Mecanarte, cit., punti 19 e 23).

32 Quanto al secondo dei requisiti in parola, la rilevabilità di un errore commesso dalle autorità doganali competenti deve essere valutata tenendo conto della natura dell'errore, dell'esperienza professionale degli operatori interessati e della diligenza di cui questi ultimi hanno dato prova. La natura dell'errore è correlata alla complessità ovvero alla sufficiente semplicità della normativa di cui trattasi e al lasso di tempo durante il quale le autorità hanno perseverato nel loro errore (sentenza 3 marzo 2005, causa C-499/03 P, Biegi Nahrungsmittel e Commonfood/Commissione, *Racc.* pag. I-1751, punti 47 e 48 e giurisprudenza ivi citata).

33 Per quanto riguarda il terzo requisito, il dichiarante deve fornire alle competenti autorità doganali tutte le informazioni necessarie previste dalle norme comunitarie e da quelle nazionali che, se del caso, le integrano o le recepiscono tenuto conto del trattamento doganale richiesto per la merce considerata (sentenza Faroe Seafood e a., cit., punto 108).

34 Conformemente alla ripartizione dei compiti stabilita dall'art. 234 CE, in forza della quale il ruolo della Corte si limita a fornire al giudice a quo gli elementi di interpretazione necessari alla soluzione della causa di cui è investito, spetta a quest'ultimo applicare queste norme e valutare, in funzione dell'insieme degli elementi concreti della controversia ad esso sottoposta, e in particolare delle prove fornite a tal fine dal ricorrente nella causa principale, se sia soddisfatto ognuno dei requisiti necessari per avere diritto a che non si proceda al recupero dei dazi all'importazione, ai sensi dell'art. 220, n. 2, lett. b), del codice doganale.

35 (...) quando, nell'appuramento di un'operazione di perfezionamento attivo (sistema della sospensione) con compensazione per equivalenza ed esportazione anticipata, le autorità competenti non hanno sollevato obiezioni, in base all'art. 216 del codice doganale, all'esenzione dai dazi all'importazione di merce di origine terza, esse devono rinunciare alla contabilizzazione a posteriori di tali dazi all'importazione, ai sensi dell'art. 220, n. 2, lett. b), del detto codice, allorché tre requisiti cumulativi sono presenti. In primo luogo, occorre che i dazi in questione non siano stati riscossi a causa di un errore delle autorità competenti medesime, inoltre, che l'errore di cui trattasi sia stato di natura tale da non poter essere ragionevolmente rilevato da un debitore in buona fede e, infine, che quest'ultimo abbia

rispettato tutte le prescrizioni della normativa in vigore relative alla sua dichiarazione in dogana. Spetta al giudice del rinvio valutare se ciò si verifichi nella fattispecie della causa principale in funzione dell'insieme degli elementi concreti della controversia ad esso sottoposta, e in particolare delle prove fornite a tal fine dal ricorrente nella causa principale».

** *** **

ETICHETTATURA

– *Mangimi composti*

(Sentenza della Corte (Terza Sezione) 8 novembre 2007. Causa C-421/06)

La domanda di pronuncia pregiudiziale verte essenzialmente sulle conseguenze che occorre trarre dalla sentenza 6 dicembre 2005, cause riunite C-453/03, C-11/04, C-12/04 e C-194/04, ABNA e a. (Racc. pag. I-10423), con la quale la Corte ha risposto, in particolare, a talune questioni poste dal giudice del rinvio in una fase precedente della causa principale.

Tale domanda è stata proposta nel quadro dell'esame di un ricorso proposto dalla Fratelli Martini & C. SpA, nonché dalla Cargill Srl, produttrici di mangimi composti, mirante all'annullamento della normativa adottata al fine di recepire nell'ordinamento nazionale talune disposizioni controverse della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 28 gennaio 2002, 2002/2/CE, che modifica la direttiva 79/373/CEE del Consiglio relativa alla circolazione dei mangimi composti per animali e che abroga la direttiva 91/357/CEE della Commissione (GU L 63, pag. 23).

Con le sue questioni quarta e quinta, il Consiglio di Stato chiede se il regolamento n. 183/2005, letto in combinato disposto con gli artt. 8 e 16 del regolamento n. 178/2002, debba essere interpretato nel senso che esso vieta ai produttori di mangimi di apporre sui loro prodotti etichette che possano indurre i consumatori in errore e se si debba ritenere ingannevole per il consumatore l'etichetta di mangimi quando le percentuali degli ingredienti elencati sull'etichetta possono essere indicati intenzionalmente dai produttori con scarti del 15%, per ogni ingrediente presente nella composizione del prodotto.

Le ricorrenti nella causa principale ritengono che l'obbligo di etichettatura previsto dalla direttiva 2002/2 sia contrario, nel contempo, agli artt. 8 e 16 del regolamento n. 178/2002 e al sistema di tolleranza generalmente applicato nell'ordinamento giuridico italiano, il quale richiede la buona fede del produttore. Pertanto, il rischio di violazione di norme penali non sarebbe escluso. Esse rilevano inoltre che, in seguito alla citata sentenza ABNA e a., con la quale è stato dichiarato invalido l'obbligo di comunicare la composizione esatta dei mangimi composti, l'obbligo relativo all'indicazione delle percentuali in peso delle materie prime presenti nella composizione dei detti mangimi sarebbe totalmente privo di motivazione e, di conseguenza, dovrebbe essere dichiarato parimenti invalido.

«(Omissis)

29 Nella citata sentenza ABNA e a., la Corte ha dichiarato che l'esame delle questioni ad essa sottoposte non aveva evidenziato alcun elemento atto ad inficiare la validità dell'art. 1, punto 4, della direttiva 2002/2 in relazione al fondamento normativo in base al quale tale direttiva era stata adottata, al principio della parità di trattamento e al divieto di discriminazione, nonché al principio di proporzionalità.

30 Per quanto concerne il principio di proporzionalità, la Corte ha anzitutto ricordato (punto 69 della motivazione) l'ampio potere discrezionale che occorre riconoscere al legislatore comunitario in un settore come quello del caso di specie, che richiede da parte sua scelte di natura politica, economica e sociale, e nel quale esso è chiamato ad effettuare valutazioni complesse.

31 Nel punto 76 della detta sentenza, la Corte ha giudicato che l'obbligo di indicare le percentuali degli ingredienti di un alimento costituisce una misura idonea a contribuire all'obiettivo di protezione della salute animale ed umana.

32 Interrogata sulla validità, nel contempo, dell'art. 1, punto 1, lett. b), della direttiva 2002/2 e dell'art. 1, punto 4, della stessa direttiva, la Corte, nella medesima sentenza, ha dichiarato che solo la prima di tali disposizioni, che impone ai produttori di mangimi composti di fornire, dietro richiesta del cliente, la composizione esatta di un alimento, è invalida in relazione al principio di proporzionalità, in quanto lede gravemente gli interessi economici dei produttori, senza poter essere giustificata dall'obiettivo di protezione della salute perseguito, ed eccede manifestamente la misura necessaria per conseguire quest'obiettivo.

33 Viceversa, quanto all'obbligo di cui all'art. 1, punto 4, della direttiva 2002/2, la Corte ha illustrato, nel punto 83 della citata sentenza ABNA e a., che, come risulta dalle spiegazioni fornite e dagli esempi presentati alla Corte, l'indicazione, sull'etichetta, delle percentuali all'interno di forchette di valori dovrebbe normalmente consentire l'identificazione di un alimento che si sospetta contaminato, al fine di valutare la sua pericolosità in funzione del peso indicato e di disporre eventualmente il suo ritiro provvisorio in attesa dei risultati delle analisi di laboratorio o per consentire la rintracciabilità del prodotto da parte delle autorità pubbliche interessate. È proprio in ragione dell'esistenza di quest'obbligo che la Corte ha giudicato, nel detto punto 83, che l'obbligo previsto dall'art. 1, punto 1, lett. b), della direttiva 2002/2, eccedeva manifestamente la misura necessaria per conseguire l'obiettivo di protezione della salute perseguito.

34 Pertanto, da questa sentenza risulta che la Corte ha giudicato che il legislatore comunitario non aveva violato il principio di proporzionalità imponendo, con l'art. 1, punto 4, della direttiva 2002/2, per motivi di sanità pubblica, l'obbligo di indicare, sull'etichetta dei mangimi composti, le percentuali in peso delle materie prime presenti nella composizione del mangime con un margine di tolleranza del $\pm 15\%$ del valore dichiarato per quanto riguarda le dette percentuali.

36 Poiché gli obblighi previsti dall'art. 1, punto 1, lett. b), della direttiva 2002/2, da un lato, e dall'art. 1, punto 4, della medesima direttiva, dall'altro, sono distinti e possono essere osservati indipendentemente l'uno dall'altro, nessun motivo di coerenza imponeva di dichiarare invalido il detto art. 1, punto 4, in conseguenza dell'invalidità del citato art. 1, punto 1, lett. b).

37 Quanto all'asserita incoerenza tra l'art. 1, punto 4, della direttiva 2002/2 ed il regolamento n. 183/2005, letto in combinato disposto con gli artt. 8 e 16 del regolamento n. 178/2002, occorre rilevare preliminarmente che il regolamento n. 183/2005 non contiene nessuna disposizione relativa all'etichettatura dei mangimi.

38 Gli artt. 8 e 16 del regolamento n. 178/2002 hanno come scopo la tutela del consumatore. Il detto art. 8 è una disposizione di carattere generale la quale mira a prevenire qualsiasi comportamento che possa indurre in errore il consumatore, mentre il detto art. 16, riguardante specificamente i prodotti offerti in vendita, prevede, in particolare, che l'etichetta e la presentazione dei mangimi non debbono indurre in errore il consumatore

40 Inoltre, l'art. 16 del detto regolamento pone il principio appena illustrato «fatte salve disposizioni più specifiche della legislazione alimentare». Quest'articolo deve essere letto pertanto tenendo in considerazione l'art. 1, punto 4, della direttiva 2002/2, la cui validità è stata confermata dalla Corte. Di conseguenza, il margine di tolleranza previsto dal detto art. 1, punto 4, deve essere considerato tale da non indurre in errore il consumatore ai sensi del citato art. 16.

41 Ad ogni modo, poiché è una direttiva comunitaria a prevedere l'esistenza del margine di tolleranza del $\pm 15\%$ del valore dichiarato sull'etichetta per quanto riguarda le percentuali in peso delle materie prime presenti nella composizione di un mangime composto, non risulta possibile ritenere che il produttore o il venditore di un mangime etichettato in tal modo intendano indurre in errore un acquirente potenziale quanto alla composizione del detto mangime. Infatti, questi operatori economici si limiterebbero a far uso del margine di tolleranza loro concesso dal legislatore comunitario.

43 Per quanto riguarda l'asserita contraddizione tra le disposizioni della direttiva 2002/2 e talune norme dell'ordinamento nazionale, che autorizzano scostamenti solo fortuiti relativamente alle indicazioni sull'etichetta, occorre ricordare che risulta da una giurisprudenza costante che il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito di propria competenza, le norme di diritto comunitario ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale (v., in particolare, sentenze 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*, *Racc.* pag. 629, punto 24, e 18 luglio 2007, causa C-119/05, *Lucchini*, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 61).

44 Una direttiva non può certamente creare di per sé obblighi a carico di un soggetto e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti (v., in particolare, sentenze 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer e a.*, *Racc.* pag. I-8835, punto 108, nonché 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi e a.*, *Racc.* pag. I-3565, punto 73). Nel caso di specie, tuttavia, dalle indicazioni fornite dal giudice del rinvio risulta che la direttiva 2002/2 impone obblighi meno vincolanti di quelli previsti dall'ordinamento nazionale.

45 Dall'insieme delle considerazioni sin qui svolte risulta che l'art. 1, punto 4, della direttiva 2002/2, il quale prevede l'obbligo di indicare, sull'etichetta dei mangimi composti, le percentuali in peso delle materie prime presenti nella composizione del mangime, con un margine di tolleranza pari al $\pm 15\%$ del valore dichiarato per quanto concerne le dette percentuali, deve essere interpretato nel senso che esso non è in contrasto con gli artt. 8 e 16 del regolamento n. 178/2002, i quali hanno lo scopo, in particolare, di prevenire il rischio che l'etichetta e la presentazione dei mangimi inducano in errore il consumatore.

46 Con la sua prima questione, il Consiglio di Stato chiede lumi alla Corte sugli obblighi delle istituzioni alla luce dell'art. 233 CE in conseguenza della citata sentenza *ABNA e a.*

52 Secondo costante giurisprudenza, quando la Corte accerta, nell'ambito di un procedimento ai sensi dell'art. 234 CE, l'invalidità di un atto emanato dalle autorità comunitarie, la sua decisione produce la conseguenza giuridica di imporre alle istituzioni competenti della Comunità europea l'obbligo di adottare i provvedimenti necessari per porre rimedio

all'illegittimità accertata (v., in particolare, sentenze 19 ottobre 1977, cause riunite 117/76 e 16/77, Ruckdeschel e Ströh, *Racc.* pag. 1753, punto 13, e 29 giugno 1988, causa 300/86, Van Landschoot, *Racc.* pag. 3443, punto 22). In tal caso, spetta alle dette istituzioni adottare i provvedimenti necessari all'esecuzione della sentenza pregiudiziale al pari di quanto sono tenute a fare, ai sensi dell'art. 233 CE, nel caso di una sentenza che annulli un atto o dichiari illegittima l'inerzia di un'istituzione comunitaria. Dalla menzionata giurisprudenza emerge infatti che, quando una sentenza pregiudiziale accerti l'illegittimità di un atto comunitario, l'obbligo sancito dall'art. 233 CE si applica per analogia.

63 Alla luce di tutto quanto sin qui esposto, occorre rispondere alla prima questione pregiudiziale dichiarando che, dal momento che l'art. 1, punto 1, lett. b), della direttiva 2002/2 prevedeva un obbligo autonomo privo di nessi con gli obblighi previsti dalle altre disposizioni della medesima direttiva, la dichiarazione d'invalidità della detta disposizione, pronunciata dalla Corte mediante la citata sentenza ABNA e a., non ha provocato nessuna lacuna del diritto né un'incoerenza che impongano alle istituzioni comunitarie di adottare modifiche di sostanza della direttiva 2002/2».

In ogni caso, l'invalidità di una disposizione comunitaria deriva direttamente dalla sentenza della Corte che la accerta e spetta tanto alle autorità quanto ai giudici degli Stati membri trarne le conseguenze nel loro ordinamento giuridico nazionale.

** *** **

GIURISDIZIONE

– *Diritti della difesa*

(Sentenza della Corte (Ottava Sezione) 14 giugno 2007. Causa C-82/06)

La Repubblica italiana rimprovera alla Commissione di aver contestato nella replica, cioè dopo la produzione dei piani di gestione richiesti, la validità sostanziale di quesiti. I diritti della difesa non sarebbero stati pertanto pienamente rispettati, poiché tali documenti non sono stati contestati nel corso della fase precontenziosa del procedimento. Di conseguenza, tali documenti dovrebbero costituire oggetto di un nuovo e distinto procedimento d'infrazione.

*A questo proposito, va ricordato che una parte non può, nel corso del procedimento, modificare l'oggetto della controversia e che la fondatezza del ricorso deve essere valutata soltanto rispetto alle conclusioni contenute nell'atto introduttivo (v., in tal senso, sentenze 6 aprile 2000, causa C-256/98, Commissione/Francia, *Racc.* pag. I-2487, punto 31, e 4 maggio 2006, causa C-508/03, Commissione/Regno Unito, *Racc.* pag. I-3969, punto 61).*

Orbene, la Corte ha già affermato a tal proposito che se il procedimento precontenzioso ha raggiunto l'obiettivo di proteggere i diritti dello Stato membro di cui trattasi, quest'ultimo, se nel corso della fase precontenziosa del procedimento non ha indicato alla Commissione che la direttiva di cui trattasi doveva considerarsi già trasposta nel diritto interno in vigore, non può contestare alla Commissione di aver esteso o modificato l'oggetto del ricorso come delimitato dal detto procedimento precontenzioso. Secondo la

Corte, la Commissione può, dopo aver contestato ad uno Stato membro l'assenza di qualsiasi trasposizione di una direttiva, precisare, nella replica, che la trasposizione che lo Stato membro interessato ha fatto valere per la prima volta nel controricorso è comunque inesatta o incompleta con riferimento a determinate disposizioni della stessa direttiva. Un tale addebito è, infatti, necessariamente compreso in quello attinente all'assenza di qualsiasi trasposizione (sentenza 30 novembre 2006, causa C-32/05, Commissione/Lussemburgo, Racc. pag. I-11323, punto 56).

**** *** ****

IMPOSTE E TASSE

- *Imposte dirette.*
- *Fondi strutturali.*
- *Calcolo del reddito imponibile*

(Sentenza della Corte (Quarta Sezione) 25 ottobre 2007. Causa C-427/05)

La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'art. 21, n. 3, secondo comma, del regolamento (CEE) del Consiglio 19 dicembre 1988, n. 4253, recante disposizioni di applicazione del regolamento (CEE) n. 2052/88 per quanto riguarda il coordinamento tra gli interventi dei vari Fondi strutturali, da un lato, e tra tali interventi e quelli della Banca europea per gli investimenti e degli altri strumenti finanziari esistenti, dall'altro (GU L 374, pag. 1), come modificato dal regolamento (CEE) del Consiglio 20 luglio 1993, n. 2082 (GU L 193, pag. 20; in prosieguito: il «regolamento n. 4253/88»).

Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia fra l'Agenzia delle entrate – Ufficio di Genova I (in prosieguito: l'«Agenzia») e la società Porto Antico di Genova SpA (in prosieguito: la «Porto Antico»), in seguito al rigetto della domanda presentata da quest'ultima al fine di ottenere il rimborso delle somme da essa versate, per l'anno 2000, a titolo di imposta sul reddito delle persone giuridiche e di imposta regionale sulle attività produttive.

Dall'ordinanza di rinvio emerge che, per quanto concerne l'imposta sul reddito delle persone giuridiche e l'imposta regionale sulle attività produttive, la Porto Antico, conformemente all'art. 55, n. 3, lett. b), del DPR n. 917/86, ha incluso nella sua dichiarazione dei redditi, relativa all'anno 2000, i contributi corrisposti dai Fondi strutturali comunitari e dalla Regione Liguria nell'ambito del periodo di programmazione 1994-1999.

Il 22 aprile 2002, ritenendo di essere incorsa in errore includendo i detti contributi nel calcolo del suo reddito imponibile relativo all'anno 2000, la Porto Antico ha proposto un reclamo dinanzi all'Agenzia, chiedendo il rimborso delle somme che la società stessa, a suo avviso, aveva indebitamente versato. In tale reclamo essa sosteneva che l'art. 55, n. 3, lett. b), del DPR

n. 917/86 era in contrasto con il disposto dell'art. 21, n. 3, secondo comma, del regolamento n. 4253/88.

«(Omissis)

9 Con la prima questione il giudice a quo chiede in sostanza se l'art. 21, n. 3, secondo comma, del regolamento n. 4253/88 debba essere interpretato nel senso che osta ad una disciplina tributaria nazionale, quale l'art. 55, n. 3, lett. b), del DPR n. 917/86, che include i contributi versati dai Fondi strutturali comunitari nella determinazione del reddito imponibile.

10 In via preliminare occorre ricordare che, per giurisprudenza costante, anche se la materia delle imposte dirette rientra nella competenza degli Stati membri, questi ultimi devono tuttavia esercitare tale competenza nel rispetto del diritto comunitario (sentenze 11 agosto 1995, causa C-80/94, Wielockx, *Racc.* pag. I-2493, punto 16, e 7 settembre 2004, causa C-319/02, Manninen, *Racc.* pag. I-7477, punto 19). In particolare, la normativa nazionale non deve ostacolare il funzionamento del meccanismo istituito con il regolamento n. 4253/88 (v., in tal senso, sentenza 10 marzo 1981, cause riunite 36/80 e 71/80, Irish Creamery Milk Suppliers Association e a., *Racc.* pag. 735, punto 15).

11 A questo proposito, l'art. 21, n. 3, secondo comma, del detto regolamento dispone che «i pagamenti ai beneficiari finali devono essere effettuati senza alcuna detrazione o trattenuta che possa ridurre l'importo dell'aiuto finanziario al quale essi hanno diritto».

12 Dalla formulazione letterale di tale disposizione emerge inequivocabilmente che essa non consente alcun prelievo sui contributi versati ai beneficiari dei Fondi strutturali. Occorre constatare che questa stessa formulazione non esclude che il reddito di cui fanno parte tali contributi in base al DPR n. 917/86 possa essere assoggettato ad imposizione.

15 Nel caso di specie, come è stato rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 28 delle sue conclusioni, l'importo dei contributi comunitari ricevuto dalla Porto Antico costituisce un elemento dell'attivo di tale società che, cumulato eventualmente con altri redditi, viene considerato nel calcolo della base imponibile dell'imposta sul reddito, con il conseguente assoggettamento di tale importo al regime impositivo generale istituito dal detto DPR, allo stesso titolo di tutti gli altri redditi della Porto Antico.

16 Orbene, è giocoforza constatare che l'imposizione prevista dal DPR n. 917/86 è indipendente dall'esistenza dell'importo dei contributi comunitari versato alla Porto Antico. Detta imposizione non corrisponde ad un prelievo specificamente connesso al contributo finanziario di cui ha beneficiato tale società, ma si applica indistintamente a tutti i redditi di quest'ultima.

17 Di conseguenza, non si può sostenere che il prelievo fiscale di cui trattasi nella causa principale, quale previsto dal detto DPR, costituisca una detrazione o una trattenuta ai sensi dell'art. 21, n. 3, secondo comma, del regolamento n. 4253/88, che riduca le somme versate dai Fondi strutturali comunitari e che abbia un rapporto diretto e intrinseco con le stesse, quand'anche sia possibile, come fa valere la Porto Antico, determinare precisamente l'importo dell'imposta nazionale gravante su tali somme.

18 Pertanto, le detrazioni o le trattenute da cui consegue la riduzione dell'importo dei contributi comunitari riscosso dal beneficiario, che non hanno un nesso diretto e intrinseco con questi ultimi, come quelle risultanti da un prelievo fiscale quale previsto dal DPR n. 917/86, non impediscono l'applicazione effettiva del meccanismo istituito dal regolamento n. 4253/88, e, quindi, quest'ultimo non osta all'applicazione di siffatte detrazioni o trattenute.

19 Peraltro, va aggiunto che, contrariamente a quanto sostiene la Porto Antico, le differenze esistenti fra i beneficiari dei Fondi strutturali, a causa dell'imposizione sull'importo degli aiuti comunitari secondo aliquote diverse negli Stati membri, non possono essere considerate tali da violare il principio della parità di trattamento, il quale esige che situazioni analoghe non siano trattate in maniera diversa, salvo che ciò non risulti obiettivamente giustificato (v., in particolare, sentenze 12 luglio 2001, causa C-189/01, Jippes e a., *Racc.* pag. I-5689, punto 129, e 12 settembre 2006, causa C-479/04, Laserdisken, *Racc.* pag. I-8089, punto 68).

20 Infatti, perché ciò avvenga, sarebbe necessario che la situazione dei beneficiari dei contributi comunitari sia analoga. Orbene, ciò non può avvenire quando questi ultimi riscuotono tali aiuti in un contesto socioeconomico proprio di ciascuno Stato membro e quando, in mancanza di armonizzazione comunitaria in materia di determinazione del reddito imponibile, disparità oggettive fra le normative degli Stati membri sussistono ancora in materia, causando così inevitabilmente siffatte differenze fra i detti beneficiari».

– *Imposta sul valore aggiunto*
– *Locazione di beni immobili*

(Sentenza della Corte (Seconda Sezione) 25 ottobre 2007. Causa C-174/06)

La domanda di pronuncia pregiudiziale riguarda l'interpretazione dell'art. 13, parte B, lett. b), 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»).

Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia fra il Ministero delle Finanze – Ufficio IVA di Milano (in prosieguo: l'«Ufficio») e la società a responsabilità limitata CO.GE.P., esercente attività di preparazione e miscelazione di derivati del petrolio (in prosieguo: la «CO.GE.P.»), in ordine alla regolarità fiscale di fatture relative all'imposta sul valore aggiunto (in prosieguo: l'«IVA»), emesse nei suoi confronti dal Consorzio Autonomo del Porto di Genova (in prosieguo: il «consorzio») per la concessione di zone del demanio marittimo destinate allo stoccaggio, alla lavorazione ed alla movimentazione di oli minerali.

Avendo qualificato la concessione di zone del demanio marittimo come operazioni non soggette ad IVA, il consorzio emetteva fatture alla CO.GE.P. senza applicazione dell'IVA. L'amministrazione tributaria, invece, notificava alla detta società alcuni avvisi di rettifica delle dichiarazioni IVA relativamente agli anni dal 1991 al 1993.

Con ricorso proposto il 30 maggio 1996 presso la Commissione tributaria di primo grado di Milano, la CO.GE.P. impugnava tali avvisi di rettifica, contestando l'assoggettamento all'IVA dei servizi resi dal consorzio, segnatamente in quanto sarebbero mancate le condizioni per l'applicazione dell'IVA.

«(Omissis)

24 In via preliminare va osservato che dalla decisione di rinvio risulta che il consorzio è un ente pubblico a carattere economico il quale opera, rispetto alla gestione dei beni del

demanio che gli sono affidati, non in nome e per conto dello Stato, che rimane titolare della proprietà, ma in nome proprio, in quanto amministra tali beni, in particolare adottando decisioni autonome.

25 Per quanto concerne il consorzio, non sono quindi soddisfatti i requisiti cumulativi necessari affinché possa operare la regola dell'esenzione di cui all'art. 4, n. 5, primo comma, della sesta direttiva, vale a dire l'esercizio di attività da parte di un ente pubblico e l'esercizio di attività in veste di pubblica autorità (v., in questo senso, sentenza 14 dicembre 2000, causa C-446/98, *Fazenda Pública*, *Racc.* pag. I-11435, punto 15).

26 Per quanto riguarda la questione se il rapporto giuridico in discussione nella causa principale rientri nella nozione di «locazione di beni immobili» ai sensi dell'art. 13, parte B, lett. b), della sesta direttiva, in primo luogo occorre ricordare che, secondo una giurisprudenza costante, le esenzioni previste dall'art. 13 della direttiva in parola costituiscono nozioni autonome di diritto comunitario e devono pertanto ricevere una definizione comunitaria (v. sentenze 12 giugno 2003, causa C-275/01, *Sinclair Collis*, *Racc.* pag. I-5965, punto 22; 18 novembre 2004, causa C-284/03, *Temco Europe*, *Racc.* pag. I-11237, punto 16, e 3 marzo 2005, causa C-428/02, *Fonden Marselisborg Lystbådehavn*, *Racc.* pag. I-1527, punto 27).

27 In secondo luogo, i termini con i quali sono state designate le esenzioni di cui all'art. 13 della sesta direttiva devono essere interpretati restrittivamente, dato che tali esenzioni costituiscono deroghe al principio generale secondo cui l'IVA è riscossa per ogni prestazione di servizi effettuata a titolo oneroso da un soggetto passivo (v., in particolare, sentenze 12 settembre 2000, causa C-358/97, *Commissione/Irlanda*, *Racc.* pag. I-6301, punto 52; 18 gennaio 2001, causa C-150/99, *Stockholm Lindöpark*, *Racc.* pag. I-493, punto 25, e *Sinclair Collis*, cit., punto 23).

28 Detta regola d'interpretazione restrittiva non significa tuttavia che i termini utilizzati per specificare le esenzioni debbano essere interpretati in un modo che priverebbe tali esenzioni dei loro effetti (v. sentenza *Temco Europe*, cit., punto 17).

29 In terzo luogo, occorre constatare che l'art. 13, parte B, lett. b), della sesta direttiva non definisce la nozione di «locazione» e nemmeno rinvia alle definizioni adottate a tal riguardo dalle normative degli Stati membri (v. sentenza 4 ottobre 2001, causa C-326/99, «*Goed Wonen*», *Racc.* pag. I-6831, punto 44).

30 La disposizione di cui trattasi deve quindi essere interpretata alla luce del contesto nel quale si inserisce, nonché della finalità e della struttura della sesta direttiva, tenendo conto particolarmente della *ratio legis* dell'esenzione che essa prevede (v., in questo senso, sentenze citate «*Goed Wonen*», punto 50, e *Fonden Marselisborg Lystbådehavn*, punto 28).

31 Nella sua giurisprudenza, la Corte ha precisato che la locazione di beni immobili ai sensi dell'art. 13, parte B, lett. b), della sesta direttiva, consiste, in sostanza, nel conferimento da parte del locatore al locatario, per una durata convenuta e dietro corrispettivo, del diritto di occupare un immobile come se quest'ultimo ne fosse il proprietario e di escludere qualsiasi altra persona dal godimento di un tale diritto (v., in questo senso, sentenze «*Goed Wonen*», cit., punto 55; 9 ottobre 2001, causa C-409/98, *Mirror Group*, *Racc.* pag. I-7175, punto 31; 8 maggio 2003, causa C-269/00, *Seeling*, *Racc.* p. I-4101, punto 49, e *Temco Europe*, cit., punto 19).

32 Nella causa principale, è in discussione un rapporto giuridico nell'ambito del quale ad una società è concesso il diritto di occupare ed utilizzare, in modo anche esclusivo, zone del demanio marittimo, specificamente un deposito costiero destinato allo stoccaggio, alla

lavorazione ed alla movimentazione di oli minerali, per una durata limitata e a fronte di un corrispettivo il cui importo è notevolmente inferiore al valore del bene.

33 Considerato il suo contenuto, tale rapporto è assimilabile ad un atto contrattuale che rientra nell'ambito delle attività di natura industriale e commerciale del consorzio.

34 Occorre infatti rilevare che la caratteristica fondamentale del rapporto in parola, in comune con la locazione di un bene immobile, consiste nel mettere a disposizione una superficie, specificamente una parte del demanio marittimo, dietro corrispettivo, garantendo all'altra parte contrattuale il diritto di occuparlo e di utilizzarlo e di escludere le altre persone dal godimento di un tale diritto.

35 Di conseguenza, il rispetto del principio di neutralità dell'IVA nonché il criterio vincolante dell'applicazione coerente delle disposizioni della sesta direttiva, segnatamente quelle relative alle esenzioni, inducono ad assimilare un rapporto quale quello di cui trattasi nella causa principale alla locazione di beni immobili ai sensi dell'art. 13, parte B, lett. b), della direttiva in parola.

36 Alla luce di quanto precede, occorre rispondere alla questione sottoposta dichiarando che l'art. 13, parte B, lett. b), della sesta direttiva dev'essere interpretato nel senso che un rapporto giuridico quale quello in discussione nella causa principale, nell'ambito del quale ad un soggetto è concesso il diritto di occupare e di usare, in modo anche esclusivo, un bene pubblico, specificamente zone del demanio marittimo, per una durata limitata e dietro corrispettivo, rientra nella nozione di «locazione di beni immobili» ai sensi di detto articolo».

– *Tassazione dei prodotti energetici e della elettricità*

(Sentenza della Corte (Terza Sezione) 5 luglio 2007. Cause C-145/06 e C-146/06)

La direttiva del Consiglio 2003/96, che ristruttura il quadro comunitario per la tassazione dei prodotti energetici e dell'elettricità, deve essere interpretata nel senso che non osta ad una normativa nazionale che prevede la riscossione di un'imposta di consumo gravante sugli oli lubrificanti quando sono destinati, messi in vendita o impiegati per usi diversi da quello di carburante per motori o combustibile per riscaldamento. Anche se, infatti, gli oli lubrificanti utilizzati per fini diversi dall'uso come carburante per motori o come combustibile per riscaldamento rientrano nella definizione della nozione di «prodotti energetici» ai sensi dell'art. 2, n. 1, lett. b), della direttiva 2003/96, essi sono esplicitamente esclusi dall'ambito di applicazione di tale direttiva in forza del n. 4, lett. b), primo trattino, del detto articolo e, pertanto, non rientrano nel regime dell'accisa armonizzata. Occorre quindi considerare che i detti oli lubrificanti costituiscono prodotti diversi da quelli oggetto dell'art. 3, n. 1, primo trattino, della direttiva 92/12, relativa al regime generale, alla detenzione, alla circolazione ed ai controlli dei prodotti soggetti ad accisa, di modo che, in conformità al n. 3, primo comma, di tale articolo, gli Stati membri conservano la facoltà di introdurre o mantenere imposte che colpiscono tali prodotti, a condizione tuttavia che dette imposte non diano luogo, negli scambi fra Stati membri, a formalità connesse al passaggio di una frontiera.

– *Tributo ambientale*

(Sentenza della Corte (Seconda Sezione) 21 giugno 2007. Causa C-173/05)

Con il suo ricorso la Commissione delle Comunità europee chiede alla Corte di dichiarare che la Repubblica italiana, avendo istituito e mantenuto in vigore il «tributo ambientale» sui gasdotti previsto dall'art. 6 della legge regionale siciliana 26 marzo 2002, n. 2, recante disposizioni programmatiche e finanziarie per l'anno 2002 (GURS n. 14 del 27 marzo 2002, parte I, pag. 1; in prosieguo: la «legge siciliana»), è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi degli artt. 23 CE, 25 CE, 26 CE e 133 CE nonché degli artt. 4 e 9 dell'Accordo di cooperazione tra la Comunità economica europea e la Repubblica democratica e popolare di Algeria, firmato ad Algeri il 26 aprile 1976 ed approvato a nome della Comunità con regolamento (CEE) del Consiglio 26 settembre 1978, n. 2210 (GU L 263, pag. 1).

«(Omissis)

42 (...) quanto all'argomento del governo italiano secondo cui il ricorso della Commissione sarebbe privo di fondamento in quanto il tributo controverso sarebbe stato istituito unicamente allo scopo di salvaguardare l'ambiente, tenuto conto, segnatamente, degli obblighi inerenti al principio di precauzione, è sufficiente ricordare che le tasse di effetto equivalente sono vietate a prescindere da qualsiasi considerazione circa lo scopo per il quale sono state istituite, come pure circa la destinazione dei proventi che ne derivano (v. sentenza 9 settembre 2004, causa C-72/03, Carbonati Apuani, Racc. pag. I-8027, punto 31).

43 Per quanto concerne gli artt. 26 CE e 4 dell'accordo di cooperazione, è utile ricordare che codeste disposizioni non forniscono, di per sé, alcun criterio giuridico sufficientemente preciso per consentire di valutare il tributo istituito in forza della legge siciliana».

** *** **

INADEMPIMENTO DELLO STATO

– *Mancato recepimento*
– *Termine di riferimento*

(Sentenza della Corte (Ottava Sezione) 8 novembre 2007. Causa C-40/07)

Risulta che, alla scadenza del termine stabilito nel parere motivato, data alla quale dev'essere valutata l'esistenza di un inadempimento (v., in particolare, sentenze 14 settembre 2004, causa C-168/03, Commissione/Spagna, Racc. pag. I-8227, punto 24, e 27 ottobre 2005, causa C-23/05, Commissione/Lussemburgo, Racc. pag. I-9535, punto 9), le misure necessarie per garantire la trasposizione della direttiva nell'ordinamento giuridico interno non erano state adottate.

Peraltro, l'argomento addotto dalla Repubblica italiana, attinente alla complessità della materia in esame ed alla necessità di riformare il diritto interno, non può essere accolto.

Infatti, secondo una giurisprudenza costante, uno Stato membro non può invocare norme, prassi o situazioni del suo ordinamento giuridico interno per giustificare l'inosservanza degli obblighi e dei termini derivanti da una direttiva (v. sentenze 4 luglio 2000, causa C-387/97, Commissione/Grecia, Racc. pag. I-5047, punto 70, e 25 aprile 2002, cause riunite C-418/00 e C-419/00, Commissione/Francia, Racc. pag. I-3969, punto 59). Inoltre, non si può ritenere che la complessità di una normativa comunitaria, alla cui elaborazione uno Stato membro ha partecipato, costituisca una difficoltà anormale ed imprevedibile tale da risultare insormontabile per l'amministrazione dello Stato medesimo, malgrado ogni diligenza che si possa impiegare (sentenza 5 febbraio 1987, causa 145/85, Denkavit België NV/Belgio, Racc. pag. 565, punto 13) e, pertanto, tale complessità non può essere fatta valere da uno Stato membro per differire la trasposizione di una direttiva oltre i termini previsti.

– Difficoltà insorte nel procedimento di recepimento

(Sentenza della Corte (Settima Sezione) 8 marzo 2007. Causa C-160/06)

Nel controricorso, il governo italiano non contesta la mancata attuazione della direttiva 2003/51 (relativa all'ammodernamento delle norme comunitarie in materia di contabilità contenute nella quarta direttiva del Consiglio 25 luglio 1978, 78/660/CEE). Esso fa presente che il processo di attuazione si è rivelato di notevole complessità, poiché la normativa necessaria a tale attuazione è destinata a produrre i suoi effetti nei confronti degli operatori di svariati settori economici. Esso sostiene tuttavia che un decreto legislativo, in corso di elaborazione, dovrebbe essere adottato a breve termine.

Secondo una costante giurisprudenza, 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 (v., in particolare, sentenze 4 luglio 2002, causa C-173/01, Commissione/Grecia, Racc. pag. I-6129, punto 7, e 13 marzo 2003, causa C-333/01, Commissione/Spagna, Racc. pag. I-2623, punto 8).

Per quanto riguarda gli argomenti invocati dal governo italiano, relativi alla complessità della materia di cui trattasi, occorre ricordare che, secondo una costante giurisprudenza, le difficoltà di applicazione emerse in sede di attuazione di un atto comunitario non possono consentire ad uno Stato membro di dispensarsi unilateralmente dall'osservanza dei propri obblighi (v., in particolare, sentenza 9 marzo 2004, causa C-314/03, Commissione/Lussemburgo, Racc. pag. I-2257, punto 5).

LIBERTÀ FONDAMENTALI

– *Libera circolazione di capitali*

(Sentenza della Corte (Prima Sezione) 6 dicembre 2007. Cause C-463/04 e C-464/04)

Le domande di pronuncia pregiudiziale vertono sull'interpretazione dell'art. 56 CE. Tali domande sono state presentate nell'ambito di controversie fra varie associazioni di tutela dei consumatori e di piccoli azionisti nonché azionisti individuali, vale a dire, rispettivamente, la Federconsumatori, l'Adiconsum, l'ADOC ed il sig. Zucca (causa C-463/04), nonché l'Associazione Azionariato Diffuso dell'AEM SpA, la sig.ra Sanchirico, i sigg. Cuccia, Fragapane, Puggioni e Sartorio (causa C-464/04), da una parte, e il Comune di Milano, dall'altra, riguardo all'articolo 2449 c.civ. in virtù del quale lo statuto di una società per azioni può conferire allo Stato o ad un ente pubblico che hanno partecipazioni in tale società il diritto di nominare direttamente uno o più membri del consiglio di amministrazione di quest'ultima.

«(Omissis)

18 Le questioni del giudice del rinvio, che devono essere esaminate congiuntamente, sono in sostanza dirette a chiarire se l'art. 56 CE vada interpretato nel senso che osta ad una disposizione nazionale, quale l'art. 2449 del codice civile, in virtù della quale lo statuto di una società per azioni può conferire allo Stato o ad un ente pubblico che hanno partecipazioni nel capitale di tale società la facoltà di nominare direttamente uno o più membri del consiglio di amministrazione, la quale, di per sé o, come nelle cause principali, unitamente ad una disposizione, quale l'art. 4 della legge n. 474/1994, che conferisce allo Stato o all'ente pubblico in parola il diritto di partecipare all'elezione mediante voto di lista degli amministratori non direttamente nominati da esso stesso, è tale da consentire a detto Stato o a detto ente di disporre di un potere di controllo sproporzionato rispetto alla sua partecipazione nel capitale di detta società.

19 Secondo una costante giurisprudenza, l'art. 56, n. 1, CE vieta in maniera generale le restrizioni ai movimenti di capitali tra gli Stati membri (v., segnatamente, sentenze 28 settembre 2006, cause riunite C-282/04 e C-283/04, Commissione/Paesi Bassi, *Racc.* pag. I-9141, punto 18 e giurisprudenza ivi citata, nonché 23 ottobre 2007, causa C-112/05, Commissione/Germania, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 17).

20 In assenza di definizione, nell'ambito del Trattato CE, della nozione di «movimenti di capitali» ai sensi dell'art. 56, n. 1, CE, la Corte ha in precedenza riconosciuto un valore indicativo alla nomenclatura allegata alla direttiva del Consiglio 24 giugno 1988, 88/361/CEE, per l'attuazione dell'art. 67 del Trattato [articolo abrogato dal Trattato di Amsterdam] (GU L 178, pag. 5). Costituiscono quindi movimenti di capitali ai sensi dell'art. 56, n. 1, CE, in particolare, gli investimenti diretti, vale a dire, come emerge da tale nomenclatura e dalle relative note esplicative, gli investimenti di qualsiasi tipo effettuati dalle persone fisiche o giuridiche aventi lo scopo di stabilire o mantenere legami durevoli e diretti tra il finanziatore e l'impresa cui tali fondi sono destinati per l'esercizio di un'attivi-

tà economica. Con riferimento a partecipazioni in imprese nuove o esistenti, come confermano tali note esplicative, l'obiettivo di creare o mantenere legami economici durevoli presuppone che le azioni detenute dall'azionista conferiscano a quest'ultimo, a norma delle disposizioni di legge nazionali sulle società per azioni o altrimenti, la possibilità di partecipare effettivamente alla gestione di tale società o al suo controllo (v. sentenza Commissione/Germania, cit., punto 18 e giurisprudenza ivi citata).

21 Con riferimento a tale forma di investimenti, la Corte ha precisato che devono essere qualificate come «restrizioni» ai sensi dell'art. 56, n. 1, CE misure nazionali idonee a impedire o a limitare l'acquisizione di azioni nelle imprese interessate o che possano dissuadere gli investitori degli altri Stati membri dall'investire nel capitale di queste ultime (v. sentenza Commissione/Germania, cit., punto 19 e giurisprudenza ivi citata).

22 È giocoforza constatare che una disposizione nazionale quale l'art. 2449 del codice civile costituisce una tale restrizione.

23 Detto articolo, infatti, consente agli azionisti pubblici di beneficiare della possibilità di partecipare all'attività del consiglio di amministrazione di una società per azioni con maggiore rilievo rispetto a quanto sarebbe loro normalmente concesso dalla loro qualità di azionisti (v., per analogia, sentenza Commissione/Germania, cit., punto 62).

26 Per quanto riguarda il caso dell'AEM, non è pertinente la circostanza che il diritto di nominare direttamente amministratori in applicazione della detta disposizione sia stato riservato al Comune di Milano solamente in proporzione alla sua partecipazione nel capitale di tale società e nel limite di un quarto dei membri del consiglio d'amministrazione di quest'ultima.

27 Infatti, come correttamente rilevato dal giudice a quo, il diritto di nomina diretta di cui trattasi si aggiunge al diritto del Comune di Milano, in forza dell'art. 4 della legge n. 474/1994, di partecipare normalmente all'elezione mediante voto di lista degli amministratori non direttamente nominati da quest'ultimo, di modo che esso può disporre della maggioranza assoluta in detto consiglio, e ciò anche nel caso, come considerato nelle ordinanze di rinvio, in cui esso detenga solo una maggioranza relativa del capitale, vale a dire una partecipazione pari al 33,4% in quest'ultimo.

29 Fornendo agli azionisti pubblici uno strumento che permette loro di limitare la possibilità degli altri azionisti di partecipare alla società con l'obiettivo di creare o mantenere legami economici durevoli e diretti con quest'ultima, che consentano una partecipazione effettiva alla sua gestione o al suo controllo, una normativa nazionale quale quella di cui trattasi nelle cause principali è idonea a dissuadere gli investitori diretti di altri Stati membri dall'investire nel capitale della società (v., in questo senso, sentenza Commissione/Germania, cit., punto 66).

30 L'esistenza di una restrizione alla libera circolazione dei capitali non può essere rimessa in discussione dagli argomenti del Comune di Milano e del governo italiano secondo i quali, da un lato, l'art. 2449 del codice civile rientra nell'ambito del quadro normativo societario di diritto comune e, dall'altro, il diritto del Comune in parola di nominare direttamente amministratori gli sarebbe stato attribuito volontariamente dall'assemblea dei soci dell'AEM e in forza della normale applicazione di tale diritto societario comune.

31 In primo luogo, infatti, si deve constatare che l'art. 2449 del codice civile consente allo statuto di una società per azioni di conferire la facoltà di nominare direttamente uno o più amministratori solamente allo Stato o ad enti pubblici che hanno partecipazioni in una tale società. Tenuto conto che, come rilevato al punto 17 della presente sentenza, il giudice a quo si basa sul presupposto secondo cui la regola stabilita dall'art. 2449 del codice civile

deroga al diritto societario comune, non occorre esaminare il caso in cui quest'ultimo offrirebbe una possibilità di nomina identica a qualunque azionista, segnatamente agli azionisti privati.

32 La sola circostanza che il legislatore nazionale inserisca una misura diretta specificamente a conferire poteri speciali allo Stato o ad un ente pubblico che hanno partecipazioni in una società per azioni nelle disposizioni del codice civile che disciplinano tali società non può sottrarre detta misura all'ambito di applicazione dell'art. 56 CE.

33 In secondo luogo, anche se il diritto di nomina non è attribuito direttamente allo Stato o all'ente pubblico dall'art. 2449 del codice civile, ma, in applicazione di tale articolo, è necessaria una decisione dell'assemblea generale degli azionisti della società interessata, conformemente al meccanismo previsto dalla legge per la formazione della volontà dei soci, ciò non di meno siffatta circostanza non priva la disciplina di cui è causa del suo carattere restrittivo.

34 Infatti, indipendentemente dalla questione se l'azionista pubblico disponga di per sé della maggioranza necessaria per fare inserire nello statuto della società interessata il suo diritto di nomina diretta di amministratori di quest'ultima, o se, come sembra verificarsi nelle cause principali, può conseguire tale modifica solo con il concorso di altri azionisti, occorre constatare che è solo in forza della disciplina di cui trattasi nelle cause principali, la quale deroga al diritto societario comune, che l'azionista pubblico, a differenza di un'azionista privato, può ottenere che gli sia concesso il diritto di partecipare all'attività del consiglio d'amministrazione con maggiore rilievo rispetto a quanto gli sarebbe normalmente concesso dalla sua qualità di azionista.

35 Anche se un tale diritto di nomina, una volta inserito nello statuto, non è immutabile, dato che, in via di principio, può essere oggetto di modifica in occasione di un'ulteriore revisione dello statuto medesimo, esso tuttavia gode di una protezione relativamente intensa. L'azionista pubblico, infatti, può trarre profitto dalla garanzia di continuità di cui beneficia lo statuto di una società per azioni, in quanto per la modifica di quest'ultimo è di norma necessaria una maggioranza qualificata degli azionisti. Così, anche quando l'azionista pubblico non dispone più successivamente, da solo o con il concorso di altri azionisti, della maggioranza necessaria per ottenere l'attribuzione di un diritto di nomina diretta degli amministratori, segnatamente perché, nel frattempo, ha ridotto la sua partecipazione al capitale della società interessata, esso può tuttavia continuare a godere di un tale diritto.

36 Un investitore potrà avere la certezza di riuscire ad abrogare il diritto di nomina diretta degli amministratori di una società per azioni solamente qualora l'investimento effettuato sia di una rilevanza tale da assicurargli la maggioranza necessaria per modificare lo statuto di detta società, il che può richiedere un investimento ben al di là di quello che, in assenza dell'inserimento del diritto di nomina di cui trattasi nello statuto, gli consentirebbe di partecipare alla società interessata con l'obiettivo di creare o mantenere legami economici durevoli e diretti con quest'ultima, che consentano una partecipazione effettiva alla sua gestione o al suo controllo.

39 Tuttavia, la libera circolazione dei capitali può essere limitata da provvedimenti nazionali che si giustificano per le ragioni di cui all'art. 58 CE o per motivi imperativi di interesse generale, purché non esistano misure comunitarie di armonizzazione che indichino i provvedimenti necessari a garantire la tutela di tali interessi (v. sentenza Commissione/Germania, cit., punto 72 e giurisprudenza citata).

40 In mancanza di tale armonizzazione comunitaria, spetta in linea di principio agli Stati membri decidere il livello al quale intendono garantire la tutela di tali legittimi interes-

si, nonché il modo in cui questo livello deve essere raggiunto. Essi non possono tuttavia farlo se non nei limiti indicati dal Trattato e, in particolare, nel rispetto del principio di proporzionalità, che richiede che le misure adottate siano idonee a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non vadano oltre quanto necessario per il suo raggiungimento (sentenza Commissione/Germania, cit., punto 73 e giurisprudenza ivi citata)».

– *Libertà di prestazione dei servizi*

– *Libertà di stabilimento*

(Sentenza della Corte (Seconda Sezione) 13 dicembre 2007. Causa C-465/05)

Con il suo ricorso la Commissione delle Comunità europee chiede alla Corte di dichiarare che la Repubblica italiana, è venuta meno agli obblighi che ad essa incombono ai sensi degli art. 43 CE e 49 CE avendo disposto che: – l'attività di guardia particolare possa essere esercitata solo previa prestazione di un giuramento di fedeltà alla Repubblica italiana; – l'attività di vigilanza privata possa essere esercitata solamente dopo il rilascio di un'autorizzazione del Prefetto; – la suddetta autorizzazione abbia una validità territoriale limitata ed il suo rilascio sia subordinato alla considerazione del numero e dell'importanza delle imprese di vigilanza già operanti nel medesimo territorio; – le imprese di vigilanza privata debbano avere una sede operativa in ogni provincia in cui esse esercitano la propria attività; – il personale delle suddette imprese debba essere individualmente autorizzato ad esercitare attività di vigilanza; – le imprese di vigilanza privata debbano utilizzare un numero minimo e/o massimo di personale per essere autorizzate; – le imprese di vigilanza privata debbano versare una cauzione presso la locale Cassa depositi e prestiti; – i prezzi per i servizi di vigilanza privata siano fissati con autorizzazione del Prefetto nell'ambito di un determinato margine d'oscillazione.

«(Omissis)

16 In via preliminare, occorre ricordare che, se è pur vero che, in un settore non assoggettato ad un'armonizzazione completa a livello comunitario, come accade nel caso dei servizi di vigilanza privata, come del resto ammesso sia dalla Repubblica italiana sia dalla Commissione in udienza, gli Stati membri restano, in linea di principio, competenti a definire le condizioni di esercizio delle attività nel detto settore, ciò non toglie che essi devono esercitare i loro poteri nel settore medesimo nel rispetto delle libertà fondamentali garantite dal Trattato CE (v., in particolare, sentenze 26 gennaio 2006, causa C-514/03, Commissione/Spagna, *Racc.* pag. I-963, punto 23, e 14 dicembre 2006).

17 A tale riguardo, secondo la giurisprudenza della Corte, gli artt. 43 CE e 49 CE impongono l'abolizione delle restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi. Devono essere considerate come tali tutte le misure che vietano, ostacolano o rendono meno attraente l'esercizio di tali libertà (v. sentenze 15 gennaio 2002, causa C-439/99, Commissione/Italia, *Racc.* pag. I-305, punto 22; 5 ottobre 2004, causa C-442/02, CaixaBank France, *Racc.* pag. I-8961, punto 11; 30 marzo 2006, causa C-451/03, Servizi

Ausiliari Dottori Commercialisti, *Racc.* pag. I-2941, punto 31, e 26 ottobre 2006, causa C-65/05, Commissione/Grecia, *Racc.* pag. I-10341, punto 48).

18 La Corte ha anche dichiarato che i provvedimenti nazionali restrittivi dell'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato devono soddisfare quattro condizioni per poter risultare giustificati: applicarsi in modo non discriminatorio, rispondere a motivi imperativi di interesse pubblico, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo (v. sentenze 4 luglio 2000, causa C-424/97, Haim, *Racc.* pag. I-5123, punto 57 e giurisprudenza ivi citata, nonché Commissione/Grecia, cit., punto 49).

Sulla prima censura, relativa alla violazione degli artt. 43 CE e 49 CE a motivo dell'obbligo di prestare giuramento

20 La Commissione fa valere che l'obbligo per le guardie particolari di prestare giuramento di fedeltà alla Repubblica italiana, di cui all'art. 250 del regolamento di esecuzione, indirettamente basato sulla cittadinanza, costituirebbe, per gli operatori di altri Stati membri attivi nell'ambito della vigilanza privata, un ostacolo ingiustificato tanto all'esercizio del diritto di stabilimento quanto alla libera prestazione dei servizi.

21 Peraltro, secondo la Commissione, l'obbligo in parola non può essere considerato giustificato e proporzionato rispetto allo scopo perseguito, ossia, assicurare una migliore tutela dell'ordine pubblico.

22 La Repubblica italiana afferma che le attività di cui è causa, considerate dal Testo Unico, implicherebbero l'esercizio di pubblici poteri ai sensi degli artt. 45 CE e 55 CE e, di conseguenza, non rientrerebbero nel campo di applicazione delle disposizioni dei capi 2 e 3, titolo III, parte terza, del Trattato.

23 La Repubblica italiana sostiene, quindi, che le imprese attive nel settore della vigilanza privata partecipano, in numerosi casi, in modo diretto e specifico all'esercizio di pubblici poteri.

36 Secondo l'art. 134 del Testo Unico, i soggetti operanti nell'ambito della vigilanza privata si occupano, in linea di principio, di attività di vigilanza o custodia di beni mobiliari o immobiliari, di investigazioni o ricerche per conto di privati.

37 Anche se le imprese di vigilanza privata possono, come confermato dalla Repubblica italiana all'udienza, in determinate circostanze e in via eccezionale, prestare assistenza agli agenti di pubblica sicurezza, ad esempio nel settore dei trasporti di valori o partecipando alla sorveglianza di taluni luoghi pubblici, detto Stato membro non ha dimostrato che in tali circostanze si tratti di esercizio di pubblici poteri.

38 La Corte, del resto, ha già dichiarato che il mero contributo al mantenimento della pubblica sicurezza, che chiunque può essere chiamato a offrire, non costituisce un tale esercizio (v. sentenza 29 ottobre 1998, Commissione/Spagna, cit., punto 37).

39 Peraltro, l'art. 134 del Testo Unico pone un limite severo all'esercizio delle attività di sorveglianza, e cioè che queste ultime non possono mai comportare l'esercizio di pubbliche funzioni o una menomazione della libertà individuale. Le imprese di vigilanza privata non hanno dunque alcun potere coercitivo.

41 Inoltre, per quanto riguarda l'argomento relativo al valore probatorio dei verbali redatti dalle guardie particolari giurate, si deve rilevare che, come riconosciuto, del resto, dalla Repubblica italiana stessa, tali verbali non fanno pienamente fede, diversamente da quelli redatti nell'esercizio di pubbliche funzioni, segnatamente dagli agenti della polizia giudiziaria.

42 Infine, relativamente all'argomento attinente alla possibilità, per le guardie particolari giurate, di procedere ad arresti in flagranza di reato, esso era stato già avanzato dalla

Repubblica italiana nella causa all'origine della citata sentenza 31 maggio 2001, Commissione/Italia. In tale occasione, la Corte, al punto 21 della sentenza pronunciata in detta causa, ha dichiarato che nella fattispecie in esame le guardie non avevano un potere maggiore di qualsiasi altro individuo. Questa conclusione va confermata nell'ambito del presente ricorso.

43 Da quanto precede risulta che in Italia, allo stato della normativa vigente, le imprese di vigilanza privata non partecipano in maniera diretta e specifica all'esercizio di pubblici poteri, in quanto le attività di vigilanza privata che esse svolgono non possono essere equiparate ai compiti attribuiti alla competenza dei servizi di pubblica sicurezza.

44 Pertanto, le deroghe di cui agli artt 45 CE e 55 CE non sono applicabili nel caso di specie.

45 Per quanto concerne, poi, specificamente i requisiti di cui all'art. 250 del regolamento di esecuzione, dalla normativa italiana risulta che, per fornire servizi di vigilanza privata, le imprese possono impiegare unicamente guardie che abbiano prestato giuramento di fedeltà alla Repubblica italiana e al Capo dello Stato, dinanzi al Prefetto, in italiano.

46 A tale proposito, benché tale norma si applichi in modo identico sia agli operatori stabiliti in Italia sia a quelli provenienti da altri Stati membri che intendono svolgere la loro attività nel territorio italiano, essa ciò non di meno costituisce per qualsiasi operatore non stabilito in Italia un ostacolo all'esercizio della sua attività in questo Stato membro che pregiudica il suo accesso al mercato.

47 Infatti, rispetto agli operatori provenienti da altri Stati membri che intendono svolgere la loro attività in Italia, quelli insediati in una provincia italiana possono disporre con maggiore facilità di personale che accetti di prestare il giuramento richiesto dalla normativa italiana. È quindi palese che siffatta promessa solenne di fedeltà alla Repubblica italiana e al Capo dello Stato, data la sua portata simbolica, sarà pronunciata più agevolmente da cittadini di tale Stato membro o da soggetti già stabiliti in detto Stato. Di conseguenza, gli operatori stranieri sono posti in una situazione svantaggiosa rispetto agli operatori italiani insediati in Italia.

50 Orbene, non si può ritenere che le imprese di vigilanza privata stabilite in Stati membri diversi dalla Repubblica italiana potrebbero realizzare, esercitando il loro diritto alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi e assumendo personale che non ha prestato giuramento di fedeltà alla Repubblica italiana e al Capo dello Stato, una minaccia effettiva e grave ad un interesse fondamentale della collettività.

Sulla seconda censura, relativa alla violazione dell'art. 49 CE a motivo dell'obbligo di detenere una licenza con validità territoriale

58 Secondo una giurisprudenza costante, una normativa nazionale che subordina l'esercizio di talune prestazioni di servizi sul territorio nazionale, da parte di un'impresa avente sede in un altro Stato membro, al rilascio di un'autorizzazione amministrativa costituisce una restrizione della libera prestazione dei servizi ai sensi dell'art. 49 CE (v., in particolare, sentenze 9 agosto 1994, causa C-43/93, Vander Elst, *Racc.* pag. I-3803, punto 15; Commissione/Belgio, cit., punto 35; 7 ottobre 2004, causa C-189/03, Commissione/Paesi Bassi, *Racc.* pag. I-9289, punto 17, e 18 luglio 2007, causa C-134/05, Commissione/Italia, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 23).

59 Inoltre, la limitazione dell'ambito di applicazione territoriale dell'autorizzazione che obbliga il prestatore, ai sensi dell'art. 136 del Testo Unico, a chiedere un'autorizzazione in ognuna delle province ove intende esercitare la sua attività, tenendo presente la suddivisione dell'Italia in 103 province, rende ancora più complicato l'esercizio della libera pre-

stazione dei servizi (v., in tal senso, sentenza 21 marzo 2002, causa C-298/99, Commissione/Italia, *Racc.* pag. I-3129, punto 64).

60 Pertanto, una normativa quale quella in discussione nella presente causa è contraria, in via di principio, all'art. 49 CE e, di conseguenza, vietata da tale articolo, salvo essa sia giustificata da motivi imperativi d'interesse generale e a condizione, peraltro, di essere proporzionata rispetto allo scopo perseguito (v., in tal senso, sentenza 18 luglio 2007, Commissione/Italia, cit., punto 24).

61 Occorre in primo luogo rilevare che il requisito di un'autorizzazione amministrativa o di una licenza preventiva per l'esercizio di un'attività di vigilanza privata appare in sé idoneo a rispondere all'esigenza di tutela dell'ordine pubblico, tenuto conto della natura specifica dell'attività di cui trattasi.

62 Tuttavia, secondo giurisprudenza costante, una restrizione può essere giustificata solo qualora l'interesse generale dedotto non sia già tutelato dalle norme cui il prestatore è assoggettato nello Stato membro in cui è stabilito (v. sentenza 26 gennaio 2006, Commissione/Spagna, cit., punto 43).

63 Non si può dunque considerare necessaria per raggiungere lo scopo perseguito una misura adottata da uno Stato membro la quale, in sostanza, si sovrappone ai controlli già effettuati nello Stato membro in cui il prestatore è stabilito.

64 Nel caso di specie, la normativa italiana, non prevedendo che, ai fini del rilascio di una licenza, si tenga conto degli obblighi ai quali il prestatore di servizi transfrontaliero è già assoggettato nello Stato membro nel quale è stabilito, eccede quanto necessario per raggiungere lo scopo perseguito dal legislatore nazionale, che è quello di garantire uno stretto controllo sulle attività di cui trattasi (v., in tal senso, sentenze Commissione/Belgio, cit., punto 38; 29 aprile 2004, causa C-171/02, Commissione/Portogallo, *Racc.* pag. I-5645, punto 60; Commissione/Paesi Bassi, cit., punto 18, e 18 luglio 2007, Commissione/Italia, cit. supra, punto 25).

65 Quanto all'argomento della Repubblica italiana secondo cui vigerebbe una prassi amministrativa applicando la quale, al momento della decisione circa le richieste di autorizzazione, l'autorità competente terrebbe conto degli obblighi posti dallo Stato membro di origine, si deve rilevare che non è stata fornita prova di tale prassi. In ogni caso, per giurisprudenza costante, semplici prassi amministrative, per natura modificabili a piacimento dall'amministrazione e prive di adeguata pubblicità, non possono essere considerate valido adempimento degli obblighi del Trattato (v., in particolare, sentenza Commissione/Paesi Bassi, cit., punto 19). *Sulla terza censura, relativa alla violazione degli artt. 43 CE e 49 CE a motivo della territorialità della licenza e della rilevanza, ai fini del rilascio di tale licenza, del numero e dell'importanza delle imprese già operanti nel medesimo territorio*

68 Come osservato al punto 59 della presente sentenza, dall'art. 136 del Testo Unico risulta che il fatto di disporre di una licenza consente di esercitare l'attività di vigilanza privata solo nel territorio per il quale essa è stata rilasciata.

69 Spetta peraltro al Prefetto valutare l'opportunità di rilasciare le licenze in considerazione del numero e dell'importanza delle imprese già attive nel territorio interessato.

75 Per quanto riguarda i motivi di ordine pubblico fatti valere dalla Repubblica italiana per giustificare siffatta restrizione, e alla luce della giurisprudenza costante della Corte quale ricordata al punto 49 della presente sentenza, anche ammettendo che il rischio di infiltrazioni di dette organizzazioni possa essere ritenuto esistente, la Repubblica italiana non asserisce né dimostra che il sistema delle licenze territoriali sarebbe l'unico idoneo ad eliminare tale rischio ed a garantire il mantenimento dell'ordine pubblico.

76 La Repubblica italiana non ha dimostrato che, al fine di non pregiudicare l'attuazione di un efficace controllo dell'attività di vigilanza privata, sia necessario rilasciare un'autorizzazione per ogni ambito territoriale provinciale in cui un'impresa di un altro Stato membro intende svolgere l'attività di cui trattasi a titolo della libertà di stabilimento o della libera prestazione dei servizi; va tenuto presente al riguardo che l'attività in parola, di per sé, non è tale da creare turbative per l'ordine pubblico.

77 A questo proposito, misure meno restrittive di quelle adottate dalla Repubblica italiana, ad esempio l'introduzione di controlli amministrativi regolari, potrebbero, in aggiunta al requisito di un'autorizzazione preventiva non limitata territorialmente, assicurare un risultato analogo e garantire il controllo dell'attività di vigilanza privata, in quanto l'autorizzazione in questione potrebbe essere del resto sospesa o revocata in caso di inadempienza degli obblighi incombenti alle imprese di vigilanza privata o di turbative all'ordine pubblico.

78 Infine, non può essere accolto nemmeno l'argomento secondo cui sarebbe necessario non consentire ad un numero eccessivo di imprese straniere di stabilirsi per esercitare attività di vigilanza privata o di offrire i loro servizi sul mercato italiano della vigilanza privata affinché dette imprese non si sostituiscano all'autorità di pubblica sicurezza, segnatamente in mancanza di identità fra l'attività di cui è causa e quella rientrante nell'esercizio di pubblici poteri, come esposto al punto 40 della presente sentenza

Sulla quarta censura, relativa alla violazione dell'art. 49 CE a motivo dell'obbligo di avere una sede operativa in ogni provincia in cui viene esercitata l'attività di vigilanza privata

84 Occorre, innanzi tutto, ricordare che, secondo costante giurisprudenza, la condizione in base alla quale un'impresa di sorveglianza deve avere la sua sede di attività nello Stato membro in cui è fornito il servizio è direttamente in contrasto con la libera prestazione dei servizi in quanto rende impossibile, in tale Stato, la prestazione di servizi da parte dei prestatori stabiliti in altri Stati membri (v., in particolare, sentenze Commissione/Belgio, cit., punto 27, nonché 18 luglio 2007, Commissione/Italia, cit., punto 43 e giurisprudenza ivi citata).

85 È pacifico che la prassi di cui trattasi nella fattispecie costituisce un ostacolo, in via di principio vietato, alla libera prestazione dei servizi garantita dall'art. 49 CE, come del resto ammesso dalla Repubblica italiana.

87 Il controllo dell'attività di vigilanza privata, infatti, non è assolutamente condizionato dall'esistenza di una sede operativa in ogni provincia di detto Stato nell'ambito della quale le imprese intendono esercitare la loro attività a titolo della libera prestazione dei servizi. Un regime di autorizzazioni e gli obblighi che ne discendono, purché, come osservato al punto 62 della presente sentenza, le condizioni da rispettare per ottenere tale autorizzazione non si sovrappongano alle condizioni equivalenti già soddisfatte dal prestatore di servizi transfrontaliero nello Stato membro di stabilimento, sono sotto quest'aspetto sufficienti per conseguire lo scopo di controllo dell'attività di vigilanza privata (v., in tal senso, sentenza 11 marzo 2004, causa C-496/01, Commissione/Francia, Racc. pag. I-2351, punto 71). *Sulla quinta censura, relativa alla violazione dell'art. 49 CE a motivo dell'esigenza di autorizzazione del personale delle imprese di vigilanza privata*

90 In applicazione dell'art. 138 del Testo Unico, l'esercizio dell'attività di guardia particolare giurata è soggetto ad un certo numero di requisiti. Peraltro, la nomina delle guardie giurate dev'essere approvata dal Prefetto.

93 La Corte ha già dichiarato che il requisito secondo il quale gli appartenenti al personale di un'impresa di vigilanza privata devono ottenere una nuova autorizzazione specifica nello Stato membro ospitante costituisce una restrizione non giustificata alla libera pre-

stazione dei servizi di tali imprese ai sensi dell'art. 49 CE, in quanto non tiene conto dei controlli e delle verifiche già effettuati nello Stato membro di origine (citare sentenze Commissione/Portogallo, punto 66; Commissione/Paesi Bassi, punto 30, e 26 gennaio 2006, Commissione/Spagna, punto 55).

Sulla sesta censura, relativa alla violazione degli artt. 43 CE e 49 CE a motivo della fissazione di requisiti relativi al numero dei dipendenti

100 È pacifico che, in applicazione dell'art. 257 del regolamento di esecuzione, qualsiasi variazione o modifica nel funzionamento dell'impresa, segnatamente una modifica del numero delle guardie impiegate, deve essere comunicata al Prefetto e da questo autorizzata. L'autorizzazione prefettizia necessaria per l'esercizio dell'attività di vigilanza privata viene quindi concessa tenuto conto, in particolare, dell'organico del personale dipendente.

101 Una tale condizione può indirettamente indurre a vietare un aumento o una diminuzione del numero di persone assunte dalle imprese di vigilanza privata.

102 Detta circostanza è tale da incidere sull'accesso degli operatori stranieri al mercato italiano dei servizi di vigilanza privata. Tenuto conto, infatti, delle limitazioni così imposte al potere di organizzazione e direzione dell'operatore economico e delle relative conseguenze in termini di costi, le imprese straniere di vigilanza privata possono essere dissuase dal costituire stabilimenti secondari o filiali in Italia o dall'offrire i loro servizi sul mercato italiano.

Sulla settima censura, relativa alla violazione degli artt. 43 CE e 49 CE a motivo dell'obbligo di versare una cauzione presso la Cassa depositi e prestiti

106 Ai sensi dell'art. 137 del Testo Unico, le imprese di vigilanza privata sono tenute a versare una cauzione, nella misura da stabilirsi dal Prefetto, presso la sezione della Tesoreria provinciale dello Stato, a favore della Cassa depositi e prestiti, in ciascuna provincia in cui sono autorizzate ad esercitare la loro attività. Detta cauzione è diretta a garantire il pagamento di eventuali sanzioni amministrative in caso di inosservanza delle condizioni che disciplinano il rilascio della licenza.

109 La Corte ha già dichiarato, in materia di vigilanza privata, che l'obbligo di provvedere ad un deposito cauzionale presso una cassa depositi e prestiti può ostacolare o scoraggiare l'esercizio della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, ai sensi degli artt. 43 CE e 49 CE, nella misura in cui essa rende la fornitura di prestazioni di servizi o la costituzione di una filiale o di uno stabilimento secondario più onerosa per le imprese di vigilanza privata stabilite in altri Stati membri rispetto a quelle stabilite nello Stato membro di destinazione (v. sentenza 26 gennaio 2006, Commissione/Spagna, cit., punto 41).

Sull'ottava censura, relativa alla violazione dell'art. 49 CE a motivo dell'imposizione di un controllo amministrativo dei prezzi

116 In base all'art. 257 del regolamento di esecuzione, il Prefetto è incaricato di approvare le tariffe applicate dalle imprese a ogni prestazione di sicurezza privata. Qualsiasi modifica di tali tariffe deve essere autorizzata alle stesse condizioni.

117 Peraltro, dalla circolare del Ministero dell'Interno dell'8 novembre 1999, n. 559/C. 4770.10089. D, risulta che i Prefetti fissano una tariffa legale per ciascun tipo di servizio, nonché un'oscillazione percentuale della citata tariffa all'interno della quale ogni impresa è libera di scegliere la propria tariffa per ciascun servizio.

118 I Prefetti devono verificare che le tariffe proposte rientrino nell'ambito della citata fascia di oscillazione prima di approvarle. Nel caso in cui quest'ultima non sia osservata, i titolari delle imprese devono giustificare la fissazione di tariffe non conformi, spettando ai

Prefetti accertare se le imprese possano operare su tale base. Se detta ultima condizione non può essere dimostrata in maniera inequivocabile, le tariffe non vengono approvate e, di conseguenza, la licenza non può essere rilasciata.

122 Secondo una costante giurisprudenza, l'art. 49 CE osta all'applicazione di qualsiasi normativa nazionale che abbia l'effetto di rendere la prestazione di servizi tra gli Stati membri più difficile della prestazione di servizi puramente interna ad uno Stato membro (v. citata sentenza 18 luglio 2007, Commissione/Italia, punto 70).

123 Per quanto riguarda le tariffe minime obbligatorie, la Corte ha già dichiarato che una normativa che vieti in maniera assoluta di derogare convenzionalmente agli onorari minimi determinati da una tariffa forense per prestazioni che sono, al tempo stesso, di natura giudiziale e riservate agli avvocati, costituisce una restrizione della libera prestazione dei servizi prevista dall'art. 49 CE (sentenza 5 dicembre 2006, cause riunite C-94/04 e C-202/04, Cipolla e a., *Racc.* pag. I-11421, punto 70, e 18 luglio 2007, Commissione/Italia, cit., punto 71).

124 Nella controversia in esame, la circolare n. 559/C. 4770.10089. D, menzionata al punto 117 della presente sentenza, riconosce ai Prefetti un potere decisionale relativo alla fissazione di una tariffa di riferimento e all'approvazione delle tariffe proposte dagli operatori, con conseguente diniego dell'autorizzazione qualora le dette tariffe non siano state approvate.

125 La restrizione così apportata alla libera fissazione delle tariffe è idonea a restringere l'accesso al mercato italiano dei servizi di vigilanza privata di operatori, stabiliti in altri Stati membri, che intendano offrire i loro servizi nello Stato in questione. Tale limitazione, infatti, ha, da un lato, l'effetto di privare gli operatori in parola della possibilità di porre in essere, offrendo tariffe inferiori a quelle fissate da una tariffa imposta, una concorrenza più efficace nei confronti degli operatori economici installati stabilmente in Italia e ai quali, pertanto, risulta più facile che agli operatori economici stabiliti all'estero fidelizzare la clientela (v., in tal senso, sentenza 18 luglio 2007, Commissione/Italia, cit., punto 72 e giurisprudenza ivi citata). Dall'altro, questa stessa limitazione è idonea ad impedire ad operatori stabiliti in altri Stati membri di inserire nelle tariffe delle loro prestazioni taluni costi che non devono sopportare gli operatori stabiliti in Italia.

126 Infine, il margine d'oscillazione concesso agli operatori non è tale da compensare gli effetti della limitazione così apportata alla libera fissazione delle tariffe».

(Sentenza della Corte (Grande Sezione) 6 marzo 2007. Cause riunite C-338/04, C-359/04, C-360/04)

(conforme Ordinanza della Corte (Sesta Sezione) 6 marzo 2007. Cause C-395/05, C-397/05, C-466/05)

Una normativa nazionale che vieta l'esercizio di attività di raccolta, di accettazione, di registrazione e di trasmissione di proposte di scommesse, in particolare sugli eventi sportivi, in assenza di concessione o di autorizzazione di polizia rilasciate dallo Stato membro interessato, costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento nonché alla libera prestazione dei servizi previste rispettivamente agli artt. 43 CE e 49 CE.

L'obiettivo mirante a lottare contro la criminalità assoggettando ad un controllo coloro che operano attivamente in tale settore e canalizzando le attività dei giochi di azzardo nei circuiti così controllati può giustificare tali

ostacoli dato che un sistema di concessioni può costituire, al riguardo, un meccanismo efficace.

Tuttavia, spetta ai giudici nazionali verificare se, in quanto limita il numero di soggetti che operano nel settore dei giochi d'azzardo, la detta normativa nazionale risponda realmente a tale obiettivo. Analogamente, spetta ai giudici nazionali verificare se queste restrizioni siano atte a garantire il conseguimento dello scopo perseguito, non vadano oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo e siano applicate in modo non discriminatorio.

Gli artt. 43 CE e 49 CE devono essere interpretati nel senso che ostano ad una normativa nazionale che esclude dal settore dei giochi di azzardo gli operatori costituiti sotto forma di società di capitali le cui azioni sono quotate nei mercati regolamentati. Infatti, indipendentemente dalla questione se l'esclusione delle società di capitali quotate nei mercati regolamentati si applichi, in effetti, allo stesso modo agli operatori stabiliti nello Stato membro interessato ed a quelli provenienti da altri Stati membri, tale esclusione totale va oltre quanto è necessario per raggiungere l'obiettivo mirante ad evitare che soggetti che operano attivamente nel settore dei giochi d'azzardo siano implicati in attività criminali o fraudolente.

Gli artt. 43 CE e 49 CE devono essere interpretati nel senso che ostano ad una normativa nazionale che impone una sanzione penale a determinati soggetti per aver esercitato un'attività organizzata di raccolta di scommesse in assenza della concessione o dell'autorizzazione di polizia richieste dalla normativa nazionale allorché questi soggetti non hanno potuto ottenere le dette concessioni o autorizzazioni a causa del rifiuto di tale Stato membro, in violazione del diritto comunitario, di concederle loro.

Anche se, in via di principio, la legislazione penale è riservata alla competenza degli Stati membri, tuttavia il diritto comunitario pone limiti a tale competenza, non potendo, infatti, una tale legislazione limitare le libertà fondamentali garantite dal diritto comunitario. Inoltre uno Stato membro non può applicare una sanzione penale per il mancato espletamento di una formalità amministrativa allorché l'adempimento di tale formalità viene rifiutato o è reso impossibile dallo Stato membro interessato in violazione del diritto comunitario.

– *Recupero crediti in via stragiudiziale*

(Sentenza della Corte (Prima Sezione) 18 luglio 2007. Causa C-134/05)

Con il suo ricorso, la Commissione delle Comunità europee ha chiesto alla Corte di dichiarare che la Repubblica italiana, avendo sottoposto l'esercizio dell'attività di recupero crediti in via stragiudiziale ad una serie di condizioni, è venuta meno agli obblighi ad essa imposti dagli artt. 43 CE e 49 CE. A sostegno del suo ricorso, la Commissione fa valere otto censure relative alle condizioni e agli obblighi previsti dalla normativa in vigore in Italia per l'esercizio dell'attività di recupero crediti in via stragiudiziale in

tale Stato membro. Tali censure si riferiscono, rispettivamente, a quanto segue: – incompatibilità con l'art. 49 CE della condizione relativa al rilascio di un'autorizzazione da parte del questore; – incompatibilità con gli artt. 43 CE e 49 CE della limitazione territoriale dell'autorizzazione; – incompatibilità con gli artt. 43 CE e 49 CE dell'obbligo di disporre di locali nel territorio oggetto dell'autorizzazione; – incompatibilità con gli artt. 43 CE e 49 CE dell'obbligo di conferimento di un mandato ad un rappresentante autorizzato per l'esercizio dell'attività di recupero crediti in via stragiudiziale in una provincia per la quale l'operatore non dispone di autorizzazione; – incompatibilità con l'art. 49 CE dell'obbligo di affissione, nei locali, delle prestazioni che possono essere effettuate per i clienti; – incompatibilità con gli artt. 43 CE e 49 CE della facoltà, spettante al questore, d'imporre prescrizioni aggiuntive dirette a garantire il rispetto della sicurezza pubblica nell'interesse generale; – incompatibilità con gli artt. 43 CE e 49 CE della limitazione della libertà di fissare le tariffe; e – incompatibilità con gli artt. 43 CE e 49 CE del divieto di esercitare allo stesso tempo le attività oggetto della legge sulle attività bancarie e creditizie.

«(Omissis)

Sulla prima censura, relativa all'incompatibilità con l'art. 49 CE della condizione relativa al rilascio di una licenza da parte del questore

23 Occorre innanzi tutto constatare che, secondo una giurisprudenza costante della Corte, una normativa nazionale che subordina l'esercizio di prestazioni di servizi sul territorio nazionale da parte di un'impresa avente sede in un altro Stato membro al rilascio di un'autorizzazione amministrativa costituisce una restrizione della libera prestazione dei servizi ai sensi dell'art. 49 CE (v., in particolare, sentenze 7 ottobre 2004, causa C-189/03, Commissione/Paesi Bassi, *Racc.* pag. I-9289, punto 17, e 21 settembre 2006, causa C-168/04, Commissione/Austria, *Racc.* pag. I-9041, punto 40).

25 Giova ricordare che la Corte ha statuito che, escludendo che si tenga conto degli obblighi ai quali il prestatore di servizi transfrontaliero è già assoggettato nello Stato membro nel quale è stabilito, una normativa nazionale eccede quanto necessario per raggiungere lo scopo perseguito, che è quello di garantire uno stretto controllo sulle attività di cui trattasi (sentenze 29 aprile 2004, causa C-171/02, Commissione/Portogallo, *Racc.* pag. I-5645, punto 60, e Commissione/Paesi Bassi, *cit.*, punto 18).

26 Va osservato che, in udienza, la Repubblica italiana ha illustrato con precisione la prassi seguita nei casi di rilascio dell'autorizzazione ai sensi dell'art. 115 del testo unico. Tale prassi si limita in realtà a chiedere all'interessato di presentare, tramite un modulo disponibile su Internet, una semplice dichiarazione di «buona condotta» ai sensi dell'art. 11 del testo

29 Orbene, la richiesta di una dichiarazione di «buona condotta» ai sensi dell'art. 11 del testo unico è di gran lunga meno impegnativa di quella di fornire determinati documenti all'autorità competente. Dal momento che è onere del prestatore dei servizi dichiarare di non trovarsi in una delle posizioni descritte nell'articolo in parola, senza che si distingua fra la posizione di soggetti stabiliti in Italia e quella di soggetti stabiliti in altri Stati membri, non si può sostenere che la procedura di cui trattasi non tenga conto dell'adempimento, da parte di tali prestatori, di obblighi previsti dalla normativa del loro Stato d'origine.

30 Di conseguenza, non si può ritenere che la prassi italiana ecceda quanto necessario per raggiungere lo scopo perseguito, che è quello di garantire uno stretto controllo sulle attività di recupero crediti in via stragiudiziale. Tale prassi, pertanto, è conforme al principio di proporzionalità.

31 Da quanto precede risulta che la condizione relativa al previo rilascio di un'autorizzazione, imposta per l'esercizio dell'attività di recupero crediti in via stragiudiziale, quale prevista dalla normativa italiana e realizzata nella prassi, è giustificata in virtù di motivi connessi all'interesse generale.

Sulla sesta censura, relativa all'incompatibilità con gli artt. 43 CE e 49 CE della facoltà spettante al questore d'imporre prescrizioni aggiuntive dirette a garantire il rispetto della sicurezza pubblica nell'interesse generale

35 È indubbio, come affermato dalla Repubblica italiana, che l'autorità nazionale di pubblica sicurezza deve poter godere di un certo potere discrezionale per valutare le situazioni caso per caso e che può essere obbligata ad imporre prescrizioni ai titolari di autorizzazioni di polizia senza che dette prescrizioni possano essere stabilite anticipatamente.

36 Come risulta dal dettato stesso dell'art. 9 del testo unico, esso prevede che chiunque abbia ottenuto un'autorizzazione di polizia deve osservare le prescrizioni che l'autorità di pubblica sicurezza ritenga di imporgli nel pubblico interesse.

37 Benché tale disposizione non precisi le condizioni alle quali un individuo può essere soggetto nell'esercizio di un'attività di recupero crediti in via stragiudiziale in Italia, la Commissione non ha dimostrato l'esistenza di una situazione d'incertezza del diritto tale da pregiudicare l'accesso al mercato italiano dei servizi di recupero crediti in via stragiudiziale.

38 La Commissione, infatti, non ha presentato alcun esempio di esercizio della detta discrezionalità sulla cui base si possa sostenere che sarebbero ostacolati lo stabilimento in Italia di imprese che vi intendano svolgere attività di recupero crediti in via stragiudiziale e lo svolgimento di siffatte attività in Italia da parte di un'impresa stabilita in un altro Stato membro.

39 Orbene, l'esistenza di un ostacolo alle libertà di circolazione e di stabilimento non può essere dedotta dalla sola circostanza che un'autorità nazionale dispone del potere d'integrare il quadro normativo che, in un dato momento, disciplina un'attività economica assoggettando ulteriormente detta attività a condizioni aggiuntive.

Sulla terza censura (in parte) e sulla quinta censura, relative all'incompatibilità con l'art. 49 CE degli obblighi di disporre di locali nel territorio oggetto dell'autorizzazione e di affiggervi le prestazioni che possono essere effettuate per i clienti

43 Occorre innanzi tutto ricordare che, secondo giurisprudenza costante, la condizione in base alla quale il prestatore di servizi deve avere la sua sede di attività nello Stato membro ove il servizio è fornito è direttamente in contrasto con la libera prestazione dei servizi in quanto rende impossibile, in tale Stato, la prestazione di servizi da parte dei prestatori stabiliti in altri Stati membri (sentenza 14 dicembre 2006, causa C-257/05, Commissione/Austria, non pubblicata nella Raccolta, punto 21 e giurisprudenza ivi citata). Del resto, la Repubblica italiana non nega che l'obbligo di disporre di un locale nel territorio oggetto dell'autorizzazione costituisca un ostacolo, in via di principio vietato, alla libera prestazione dei servizi garantita dall'art. 49 CE.

45 Secondo giurisprudenza costante della Corte, infatti, misure restrittive della libera prestazione dei servizi possono essere giustificate da ragioni imperative di interesse generale solamente ove dette misure risultino necessarie ai fini della tutela degli interessi perseguiti e in quanto tali obiettivi non possano essere conseguiti con provvedimenti meno restrittivi (v., in questo senso, sentenza 14 dicembre 2006, Commissione/Austria, cit., punto 23 e giurisprudenza ivi citata).

46 Orbene, il controllo sulle attività delle agenzie di recupero crediti in via stragiudiziale e sui loro documenti relativi alle operazioni effettuate in Italia non è per nulla condizionato dall'esistenza di un locale di cui dette agenzie dovrebbero disporre in tale Stato membro. Allo stesso modo, le prestazioni effettuate dalle agenzie in questione possono essere portate a conoscenza dei clienti con modalità meno gravose dell'affissione in locali realizzati, fra l'altro, a tal fine, quali la pubblicazione in un giornale locale o una pubblicità adeguata.

47 Occorre quindi constatare che, avendo previsto l'obbligo per i soggetti che intendono esercitare attività di recupero crediti in via stragiudiziale di disporre di locali nel territorio oggetto dell'autorizzazione e di affiggere nei locali in parola le prestazioni che possono essere effettuate per i clienti, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa imposti dall'art. 49 CE.

Sulla seconda e sulla quarta censura, relative all'incompatibilità con gli artt. 43 CE e 49 CE della limitazione territoriale dell'autorizzazione ad esercitare l'attività di recupero crediti in via stragiudiziale e dell'obbligo di conferire un mandato ad un rappresentante autorizzato per l'esercizio di tale attività in una provincia per la quale l'operatore non dispone di autorizzazione, nonché sulla terza censura, nella parte relativa all'incompatibilità con l'art. 43 CE dell'obbligo di disporre di un locale in ogni provincia

56 Ai sensi della normativa in esame, un'agenzia può esercitare attività di recupero crediti in via stragiudiziale solamente nella provincia per la quale sia stata ad essa rilasciata un'autorizzazione, salvo conferire un mandato ad un rappresentante autorizzato per l'esercizio di tali attività in un'altra provincia. Inoltre, un'agenzia può ottenere un'autorizzazione per l'esercizio di dette attività in altre province solamente qualora disponga di un locale in ognuna di esse.

57 Benché tali norme si applichino in maniera identica agli operatori stabiliti in una provincia italiana ed interessati ad estendere le loro attività in altre province e agli operatori provenienti da altri Stati membri che intendono esercitare le loro attività in più province italiane, esse costituiscono nondimeno, per gli operatori non stabiliti in Italia, un serio ostacolo all'esercizio delle loro attività in tale Stato membro, pregiudicandone l'accesso al mercato.

58 Poiché, infatti, le disposizioni di cui trattasi impongono ad un operatore proveniente da un altro Stato membro e che intenda esercitare le sue attività in più province italiane, di non limitarsi ad un solo stabilimento nel territorio italiano, ma di disporre di locali in ognuna di tali province, salvo conferire un mandato ad un rappresentante autorizzato, dette disposizioni lo collocano in una situazione svantaggiosa rispetto agli operatori italiani attivi in Italia che hanno già un locale in almeno una delle province in questione e per i quali, di regola, risulta più facile che per gli operatori stranieri stabilire contatti con operatori autorizzati ad esercitare in altre province al fine di conferire loro, eventualmente, un mandato con rappresentanza (v., in questo senso, sentenza 5 ottobre 2004, causa C-442/02, CaixaBank France, *Racc.* pag. I-8961, punti 12 e 13).

59 Per quanto riguarda, inoltre, i motivi avanzati dalla Repubblica italiana per giustificare siffatto ostacolo alle libertà garantite dagli artt. 43 CE e 49 CE, è giocoforza innanzi tutto constatare che né la limitazione territoriale dell'autorizzazione, né l'obbligo di disporre di un locale nella provincia per la quale l'autorizzazione è stata concessa possono essere immediatamente qualificati inidonei a conseguire lo scopo loro attribuito di realizzare un controllo efficace sulle attività in oggetto.

60 Tuttavia, come rilevato dalla Commissione, le disposizioni in parola eccedono quanto necessario per raggiungere tale scopo, poiché esso può essere conseguito attraverso misure meno restrittive.

61 (...) il sistema italiano prevede la concessione di un'autorizzazione territoriale in base ad una dichiarazione di «buona condotta» ai sensi dell'art. 11 del testo unico. Se tale dichiarazione è stata verificata dall'autorità competente della provincia in cui è stata presentata e detta autorità ha rilasciato un'autorizzazione all'interessato, non è necessario sottoporre la medesima dichiarazione ad altre autorità provinciali.

62 Un'autorizzazione rilasciata dal questore di una provincia, infatti, dovrebbe essere sufficiente per poter svolgere attività di recupero crediti in via stragiudiziale sulla totalità del territorio italiano, salvo che la dichiarazione su cui è basata l'autorizzazione divenga inesatta, circostanza che il titolare della stessa è tenuto a dichiarare.

63 Con riferimento alla posizione della Repubblica italiana, la quale fa valere che il riconoscimento, da parte delle autorità competenti di una provincia, di un'autorizzazione rilasciata in un'altra provincia contrasterebbe con la circostanza che la concessione di siffatta autorizzazione dipende, per di più, dalla valutazione delle condizioni economiche locali ad opera del questore di ogni provincia, è sufficiente ricordare che, conformemente a una giurisprudenza costante qualsiasi regime di autorizzazione preventiva dev'essere fondato su criteri oggettivi, non discriminatori e noti in anticipo agli interessati (sentenze 13 maggio 2003, causa C-463/00, Commissione/Spagna, *Racc.* pag. I-4581, punto 69 e giurisprudenza ivi citata, e 16 maggio 2006, C-372/04, Watts, *Racc.* pag. I-4325, punto 116). Poiché la valutazione in parola è priva di criteri oggettivi e noti in anticipo alle imprese interessate, tale argomentazione non può giustificare il mancato riconoscimento, da parte del questore di una provincia, dell'autorizzazione rilasciata dal questore di un'altra provincia.

64 Occorre pertanto constatare che, avendo obbligato un'agenzia di recupero crediti in via stragiudiziale, che disponga di un'autorizzazione per l'esercizio di detta attività rilasciata dal questore di una provincia, a chiederne una nuova in ognuna delle altre province ove essa intenda svolgere le sue attività, salvo conferire mandato ad un rappresentante autorizzato in tale altra provincia, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa imposti dagli artt. 43 CE e 49 CE.

65 Per quanto riguarda l'obbligo per le agenzie di recupero crediti in via stragiudiziale di disporre di un locale in ognuna delle province ove esse intendano svolgere le loro attività, è sufficiente ricordare che, come rilevato al punto 46 della presente sentenza, il controllo sulle attività delle agenzie di cui trattasi e sui loro documenti relativi alle attività effettuate non è per nulla condizionato dall'esistenza di un locale di cui dette agenzie debbano disporre in tale provincia.

Sulla settima censura, relativa all'incompatibilità con gli artt. 43 CE e 49 CE della limitazione della libertà di fissare le tariffe

Argomenti delle parti

70 Per quanto riguarda l'art. 49 CE, secondo una costante giurisprudenza, esso osta all'applicazione di qualsiasi normativa nazionale che abbia l'effetto di rendere la prestazione di servizi tra Stati membri più difficile della prestazione di servizi puramente interna ad uno Stato membro (v. sentenza 8 settembre 2005, cause riunite C-544/03 e C-545/03, Mobistar e Belgacom Mobile, *Racc.* pag. I-7723, punto 30 e giurisprudenza ivi citata).

71 Così, per quanto riguarda le tariffe minime obbligatorie, la Corte ha già dichiarato che una normativa che vieti in maniera assoluta di derogare convenzionalmente agli onorari minimi determinati da una tariffa forense per prestazioni che sono, al tempo stesso, di natura giudiziale e riservate agli avvocati, costituisce una restrizione della libera prestazione dei servizi prevista dall'art. 49 CE (sentenza 5 dicembre 2006, cause riunite C-94/04 e C-202/04, Cipolla e a., *Racc.* pag. I-11421, punto 70).

72 Un divieto di tale natura, infatti, priva gli operatori economici stabiliti in un altro Stato membro della possibilità di porre in essere, offrendo tariffe inferiori a quelle fissate da una tariffa imposta, una concorrenza più efficace nei confronti degli operatori economici installati stabilmente nello Stato membro interessato e ai quali, pertanto, risulta più facile che agli operatori economici stabiliti all'estero fidelizzare la clientela (v., in questo senso, sentenza Cipolla e a., cit., punto 59, e, per analogia, sentenza CaixaBank France, cit., punto 13).

73 Allo stesso modo, un divieto siffatto limita la scelta dei destinatari dei servizi in questione nello Stato membro interessato, poiché questi ultimi non possono ricorrere ai servizi di operatori economici stranieri che potrebbero offrire, in tale Stato membro, le loro prestazioni ad un prezzo inferiore rispetto a quello risultante dalle tariffe in parola (v., in questo senso, sentenza Cipolla e a., cit., punto 60).

74 Occorre tuttavia rilevare che, nella citata sentenza Cipolla e a., il divieto, qualificato come ostacolo all'art. 49 CE, discendeva da una disciplina in vigore che vietava in maniera categorica ed assoluta di derogare convenzionalmente ad una tariffa imposta, mentre nella causa in esame si tratta di una mera indicazione contenuta in una circolare, diretta ai questori e qualificata dalla Repubblica italiana come «raccomandazione», che si limita a chiedere di stabilire taluni «parametri obiettivi ed omogenei».

75 Va inoltre constatato, come osservato dalla Commissione stessa nel suo ricorso, che le autorità italiane non hanno fornito precisazioni quanto alle misure adottate sulla base di tale indicazione della circolare, che risale al 1996. L'esistenza stessa di tariffari destinati alle agenzie di recupero crediti in via stragiudiziale non appare quindi certa.

77 Quanto precede vale anche rispetto alla censura di cui trattasi, in quanto relativa all'incompatibilità con l'art. 43 CE della limitazione della libertà di fissare le tariffe. *Sull'ottava censura, relativa all'incompatibilità con gli artt. 43 CE e 49 CE del divieto di esercitare allo stesso tempo le attività oggetto della legge sulle attività bancarie e creditizie*

83 Occorre constatare, da un lato, che la circolare concerne le competenze delle agenzie di recupero crediti in via stragiudiziale relativamente alle operazioni finanziarie disciplinate dalla legge sulle attività bancarie e creditizie, e non il divieto per gli operatori bancari di esercitare attività di recupero crediti in via stragiudiziale in Italia.

84 Dall'altro, si deve rilevare, come affermato dalla Repubblica italiana, che dal testo della circolare, così come riportato al punto 11 della presente sentenza, risulta che questo si limita a confermare che l'autorizzazione riguardante l'esercizio dell'attività di recupero crediti in via stragiudiziale non comporta automaticamente l'autorizzazione a svolgere le attività disciplinate dalla legge sulle attività bancarie e creditizie.

85 Poiché non risulta che la circolare sia fonte di incertezze del diritto per quanto riguarda l'esercizio dell'attività di recupero crediti in via stragiudiziale rispetto a quello delle attività oggetto della legge sulle attività bancarie e creditizie, non vi è ostacolo alla libertà garantita dall'art. 49 CE con riferimento agli operatori stranieri per quanto concerne l'esercizio dell'attività di recupero crediti in via stragiudiziale in Italia».

** *** **

REGOLAMENTAZIONE TECNICA

– *Obbligo di comunicare i progetti di regolamentazioni tecniche*

(Sentenza della Corte (Terza Sezione) 8 novembre 2007. Causa C-20/05)

La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli artt. 3 CE, 23 CE-27 CE, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 22 giugno 1998, 98/34/CE, che prevede una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell'informazione (GU L 204, pag. 37), come modificata con la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 20 luglio 1998 (GU L 217, pag. 18), della direttiva del Consiglio 19 novembre 1992, 92/100/CEE, concernente il diritto di noleggio, il diritto di prestito e taluni diritti connessi al diritto di autore in materia di proprietà intellettuale (GU L 346, pag. 61), nonché della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 22 maggio 2001, 2001/29/CE, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione (GU L 167, pag. 10).

La domanda è stata presentata nell'ambito di un procedimento penale promosso in Italia a carico del sig. Schwibbert per detenzione di compact disc (in prosieguo: i «CD») che non recavano il contrassegno dell'ente nazionale incaricato della riscossione dei diritti d'autore.

Gli artt. 8 e 9 della direttiva 98/34 impongono agli Stati membri, da un lato, di comunicare alla Commissione delle Comunità europee i progetti di regole tecniche che rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva in parola, salvo che si tratti del semplice recepimento integrale di una norma internazionale o europea, nel qual caso è sufficiente una semplice informazione sulla norma stessa, e, dall'altro, di rinviare di vari mesi l'adozione di tali progetti al fine di consentire alla Commissione di verificare se sono compatibili con il diritto comunitario, segnatamente con la libera circolazione delle merci, o di proporre, nel settore di cui trattasi, una direttiva, un regolamento o una decisione.

La direttiva 92/100 ha per oggetto l'armonizzazione della protezione giuridica delle opere protette dal diritto d'autore e delle realizzazioni protette dai diritti connessi. Essa è diretta a garantire agli autori e artisti interpreti o esecutori un reddito adeguato. A tal fine, la direttiva 92/100 stabilisce che gli Stati membri prevedono il diritto di autorizzare o proibire il noleggio ed il prestito di originali, di copie di opere protette dal diritto d'autore e di altre realizzazioni indicate all'art. 2, n. 1, della direttiva in parola. Nell'ambito del capo II della direttiva 92/100, relativo ai diritti connessi al diritto di autore, l'art. 9 stabilisce che gli Stati membri prevedono un diritto esclusivo di messa a disposizione del pubblico, per la vendita o altro, delle realizzazioni elencate al detto articolo.

Ai sensi della legge 22 aprile 1941, n. 633, in materia di diritto d'autore (GURI 16 luglio 1941, n. 166), l'obbligo di apposizione del contrassegno su qualunque supporto contenente opere protette è uno strumento di autenticazione e di garanzia che permette di distinguere il prodotto legittimo da quello pirata. La Società Italiana Autori ed Editori, ente pubblico ad hoc, svolge funzioni di protezione, intermediazione e certificazione. Il contrassegno così previsto dalla legge reca le iniziali «SIAE».

La legge 27 marzo 1987, n. 121 (GURI 28 marzo 1987, n. 73), ha este-

so l'obbligo di apposizione del contrassegno «SIAE» ad altri supporti contenenti opere dell'ingegno.

Nell'ambito del recepimento della direttiva 92/100, il legislatore italiano ha inserito nella legge del 1941 una disposizione, l'art. 171 ter, n. 1, lett. c), che commina sanzioni penali specifiche per chi vende o noleggia videocassette, musicassette od altro supporto contenente fonogrammi o videogrammi di opere cinematografiche o audiovisive o sequenze di immagini in movimento, non contrassegnati dalla società italiana degli autori ed editori (S.I.A.E.) ai sensi della presente legge e del regolamento di esecuzione.

«(Omissis)

31 Con la sua questione il giudice del rinvio chiede in sostanza se gli artt. 1, 8, 10 e 11 della direttiva 98/34 ostino a disposizioni nazionali come quelle della causa principale, laddove esse prevedano, in occasione della riproduzione di opere dell'ingegno, l'apposizione sul supporto in cui queste ultime sono contenute della sigla della Società Italiana degli Autori ed Editori.

33 In primo luogo, si deve verificare se l'obbligo di apporre detta sigla possa essere qualificato come «regola tecnica» ai sensi dell'art. 1 della direttiva 98/34. In caso di soluzione affermativa, andrà accertato se il progetto di regola tecnica sia stato notificato alla Commissione dalle autorità italiane, dato che in mancanza di tale notifica esso sarebbe inopponibile al sig. Schwibbert (v., in particolare, sentenze 30 aprile 1996, causa C-194/94, CIA Security International, *Racc.* pag. I-2201, punti 48 e 54; 16 giugno 1998, causa C-226/97, Lemmens, *Racc.* pag. I-3711, punto 33, nonché 6 giugno 2002, causa C-159/00, Sapod Audic, *Racc.* pag. I-5031, punto 49).

34 Dall'art. 1, punto 11, della direttiva 98/34 discende che la nozione di «regola tecnica» è scomponibile in tre categorie, vale a dire, in primo luogo, la «specificazione tecnica» ai sensi dell'art. 1, punto 3, della detta direttiva, in secondo luogo, «altri requisiti» come definiti all'art. 1, punto 4, della direttiva in parola e, in terzo luogo, il divieto di fabbricazione, importazione, commercializzazione o utilizzo di un prodotto di cui all'art. 1, punto 11, della medesima direttiva (v., in particolare, sentenza 21 aprile 2005, causa C-267/03, Lindberg, *Racc.* pag. I-3247, punto 54).

35 Come già affermato dalla Corte, la nozione di «specificazione tecnica» presuppone che la misura nazionale si riferisca necessariamente al prodotto o al suo imballaggio in quanto tali, e che definisca quindi una delle caratteristiche richieste di un prodotto (v., in tal senso, sentenze 8 marzo 2001, causa C-278/99, Van der Burg, *Racc.* pag. I-2015, punto 20; 22 gennaio 2002, causa C-390/99, Canal Satélite Digital, *Racc.* pag. I-607, punto 45, nonché Sapod Audic, punto 30, e Lindberg, punto 57, già citate).

36 Nel caso di specie, è giocoforza constatare che l'apposizione del contrassegno «SIAE», diretta ad informare i consumatori e le autorità nazionali che le copie sono legali, si effettua sul supporto stesso che contiene l'opera dell'ingegno, quindi sul prodotto stesso. Non è pertanto esatto sostenere, come asserito dalla Società Italiana degli Autori ed Editori e dal governo italiano, che tale contrassegno riguarderebbe solamente l'opera dell'ingegno.

37 Orbene, tale contrassegno costituisce una «specificazione tecnica» ai sensi dell'art. 1, punto 3, della direttiva 98/34, poiché rientra nelle prescrizioni applicabili ai prodotti considerati per quanto riguarda la marcatura e l'etichettatura. Pertanto, dal momento che l'osservanza di detta specificazione è obbligatoria de iure per la commercializzazione dei

prodotti di cui trattasi, la specificazione in parola costituisce una «regola tecnica» ai sensi dell'art. 1, punto 11, primo comma, della direttiva in questione (v., in questo senso, sentenza 20 marzo 1997, causa C-13/96, *Bic Benelux*, *Racc.* pag. I-1753, punto 23).

38 Conformemente all'art. 8 della direttiva 98/34, «gli Stati membri comunicano immediatamente alla Commissione ogni progetto di regola tecnica». Se tale obbligo non è stato rispettato, la regola tecnica non può essere opposta ai singoli, come ricordato al punto 33 della presente sentenza. Va dunque verificato se, nel caso di specie, lo Stato membro abbia rispettato gli obblighi che discendono dall'art. 8 della direttiva 98/34. In caso negativo, la regola tecnica in discussione sarebbe inopponibile al sig. Schwibbert.

40 Nel caso in esame, dal fascicolo presentato alla Corte sembra evincersi che, per quanto riguarda i supporti oggetto della causa principale, vale a dire i CD contenenti opere d'arte figurativa, l'obbligo di apposizione del contrassegno «SIAE» è stato reso ad essi applicabile nel 1994 in forza del decreto legislativo n. 685. In tale contesto, l'obbligo di cui trattasi avrebbe dovuto essere comunicato alla Commissione dalla Repubblica italiana, dal momento che esso è stato stabilito successivamente all'istituzione, ad opera della direttiva 83/189, della procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche. Tuttavia, come ricordato al punto 23 della presente sentenza, spetta al giudice del rinvio accertare se l'obbligo di cui trattasi sia stato effettivamente introdotto nel diritto italiano in tale momento.

41 In quanto l'obbligo di apposizione del contrassegno distintivo «SIAE» sia stato esteso ai prodotti, come quelli che costituiscono oggetto della causa principale, successivamente all'entrata in vigore della direttiva 83/189, si deve ricordare che, per giurisprudenza costante, la finalità perseguita con l'art. 8, n. 1, primo comma, seconda frase, della direttiva 98/34 è quella di consentire alla Commissione di disporre di informazioni quanto più possibile complete su tutto il progetto di regola tecnica quanto al suo contenuto, alla sua portata e al suo contesto generale onde consentirle di esercitare, nel modo più efficace possibile, i poteri che le sono conferiti dalla direttiva (v., in particolare, le sentenze *CIA Security International*, cit., punto 50; 16 settembre 1997, causa C-279/94, *Commissione/Italia*, *Racc.* pag. I-4743, punto 40, e 7 maggio 1998, causa C-145/97, *Commissione/Belgio*, *Racc.* pag. I-2643, punto 12).

42 Analogamente, conformemente al n. 1, terzo comma, del menzionato art. 8, gli «Stati membri procedono ad una nuova comunicazione (...) qualora essi apportino al progetto di regola tecnica modifiche importanti che ne alterino il campo di applicazione (...)». Orbene, l'inclusione di nuovi supporti, quali i CD, nell'ambito dell'obbligo di apposizione del contrassegno «SIAE» dev'essere considerata come una modifica di tal genere (v., in questo senso, sentenze 1° giugno 1994, causa C-317/92, *Commissione/ Germania*, *Racc.* pag. I-2039, punto 25, e *Lindberg*, cit., punti 84 e 85).

44 Orbene, conformemente alla giurisprudenza della Corte, l'inadempimento dell'obbligo di comunicazione costituisce un vizio procedurale nell'adozione delle regole tecniche di cui è causa e comporta l'inapplicabilità delle regole tecniche considerate, di modo che esse non possono essere opposte ai privati (v., in particolare, le citate sentenze *CIA Security International*, punto 54, e *Lemmens*, punto 33). I privati possono avvalersene dinanzi al giudice nazionale, cui compete la disapplicazione di una regola tecnica nazionale che non sia stata notificata conformemente alla direttiva 98/34 (v., in particolare, le citate sentenze *CIA Security International*, punto 55, e *Sapod Audic*, punto 50)».

RINVIO PREGIUDIZIALE

– *Irricevibilità*

(Sentenza della Corte (Terza Sezione) 28 giugno 2007. Causa C-467/05)

Il fatto che una decisione di rinvio riguardante l'interpretazione di una decisione quadro adottata ai sensi del titolo VI del Trattato CE non richiami l'art. 35 UE, ma si riferisca invece all'art. 234 CE, non può, da solo, determinare l'irricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale. Ciò a maggior ragione in quanto il Trattato UE non stabilisce, né espressamente né implicitamente, in quale forma il giudice nazionale debba presentare la domanda di decisione pregiudiziale.

In forza dell'art. 46, lett. b), UE, il regime previsto all'art. 234 CE è destinato ad applicarsi all'art. 35 UE, fatte salve le condizioni previste da tale disposizione. Analogamente all'art. 234 CE, l'art. 35 UE subordina l'audizione della Corte in via pregiudiziale alla condizione che il giudice nazionale reputi necessaria una decisione su tale punto per emanare la sua sentenza, di modo che la giurisprudenza della Corte relativa alla ricevibilità delle questioni pregiudiziali proposte ai sensi dell'art. 234 CE è, in linea di principio, trasponibile alle domande di pronuncia pregiudiziale proposte alla Corte in forza dell'art. 35 UE.

Ne consegue che la presunzione di pertinenza che inerisce alle questioni proposte in via pregiudiziale dai giudici nazionali può essere esclusa solo in casi eccezionali, qualora risulti manifestamente che la sollecitata interpretazione delle disposizioni del diritto dell'Unione considerate in tali questioni non abbia alcun rapporto con la realtà o con l'oggetto della causa principale o qualora il problema sia di natura ipotetica o la Corte non disponga degli elementi di fatto o di diritto necessari per risolvere utilmente le questioni che le vengono sottoposte. Fatte salve tali ipotesi, la Corte, in via di principio, è tenuta a statuire sulle questioni pregiudiziali vertenti sull'interpretazione degli atti previsti all'art. 35, n. 1, UE.

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 situazioni maturate anteriormente alla loro entrata in vigore.

Orbene, la questione della competenza giurisdizionale ai fini della decisione sulla restituzione alla parte lesa dei beni sequestrati nell'ambito del procedimento penale rientra nella materia delle norme di procedura, cosicché non vi è alcun ostacolo relativo all'applicazione della legge nel tempo che osti alla presa in considerazione, nell'ambito di una controversia in merito a tale questione, delle disposizioni pertinenti della decisione quadro 2001/220, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, al fine di interpretare la normativa nazionale in conformità a quest'ultima.

– *Informazioni***(Sentenza della Corte (Terza Sezione) 8 novembre 2007. Causa C-20/05)**

Va rammentato che le informazioni fornite nelle decisioni di rinvio pregiudiziale devono non solo consentire 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 di giustizia (ordinanza 2 marzo 1999, causa C-422/98, Colonia Versicherung e a., Racc. pag. I-1279, punto 5). Compete alla Corte vigilare affinché tale possibilità sia salvaguardata, tenuto conto del fatto che, a norma della disposizione citata, alle parti interessate vengono notificate solo le decisioni di rinvio (sentenza 1° aprile 1982, cause riunite 141/81-143/81, Holdijk e a., Racc. pag. 1299, punto 6; ordinanza 13 marzo 1996, causa C-326/95, Banco de Fomento e Exterior, Racc. pag. I-1385, punto 7, nonché sentenza 13 aprile 2000, causa C-176/96, Lehtonen e Castors Braine, Racc. pag. I-2681, punto 23). Infatti, secondo la giurisprudenza della Corte, è indispensabile che il giudice nazionale fornisca un minimo di spiegazioni sulle ragioni della scelta delle norme comunitarie di cui chiede l'interpretazione e sul rapporto che egli ritiene esista fra tali disposizioni e la normativa nazionale applicabile alla controversia (v., in particolare, ordinanza 28 giugno 2000, causa C-116/00, Laguillaumie, Racc. pag. I-4979, punto 16, nonché sentenza 5 dicembre 2006, cause riunite C-94/04 e C-202/04, Cipolla e a., Racc. pag. I-11421, punto 38).

Il giudice del rinvio, su richiesta della Corte, deve fornire chiarimenti relativamente ai fatti oggetto della causa principale così come in merito al contesto giuridico nazionale e comunitario.

(Sentenza della Corte (Settima Sezione) 18 novembre 2007. Causa C-12/07)

«(Omissis)

16 Occorre rammentare che, secondo costante giurisprudenza, 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 (v., in particolare, sentenza 26 gennaio 1993, cause riunite da C-320/90 a C-322/90, Telemarsicabruzzo e a., Racc. pag. I-393, punto 6; ordinanze 7 aprile 1995, causa C-167/94, Grau Gomis e a., Racc. pag. I-1023, punto 8; e 28 giugno 2000, causa C-116/00, Laguillaumie, Racc. pag. I-4979, punto 15).

17 Occorre inoltre che il giudice nazionale indichi le ragioni precise che lo hanno indotto a interrogarsi sull'interpretazione di determinate disposizioni comunitarie e a ritenere necessario sottoporre questioni pregiudiziali alla Corte. Quest'ultima ha dichiarato che è indispensabile che il giudice nazionale fornisca spiegazioni, se pur minime, sui motivi della scelta delle disposizioni comunitarie di cui chiede l'interpretazione e sul nesso intercorrente tra le disposizioni medesime e la normativa nazionale applicabile alla controversia (v. citate ordinanze Grau Gomis e a., punto 9, e Laguillaumie, punto 16).

18 Va sottolineato che le informazioni fornite a tal fine dalle decisioni di rinvio non servono solo a consentire alla Corte di risolvere in modo utile le questioni, ma anche a dare

ai governi degli Stati membri e alle altre parti interessate la possibilità di presentare osservazioni ai sensi dell'art. 23 dello Statuto della Corte di giustizia. Incombe, infatti, alla Corte vigilare sulla salvaguardia di tale possibilità, tenuto conto del fatto che, a norma della suddetta disposizione, alle parti interessate vengono notificate solo le decisioni di rinvio (v. sentenza 1° aprile 1982, cause da 141/81 a 143/81, Holdijk e a., *Racc.* pag. 1299, punto 6, e citate ordinanze Grau Gomis e a., punto 10, nonché Laguillaumie, punto 14).

19 Nel caso di specie si deve necessariamente constatare che la decisione di rinvio non risponde a tali criteri.

20 In primo luogo, il giudice del rinvio non ha sufficientemente definito il contesto di fatto in cui si inserisce la domanda di pronuncia pregiudiziale. Detto giudice si è limitato a distinguere la controversia nella causa principale dalla causa C-467/06, senza fornire elementi specifici sui fatti che sono alla base di tale controversia.

21 Inoltre, benché l'esistenza stessa di tale controversia sia stata contestata dinanzi ad esso, il giudice del rinvio non ha esposto con chiarezza l'oggetto di detta controversia. Infatti, per quanto riguarda la domanda di provvedimenti d'urgenza, la decisione di rinvio non consente di ravvisare quali sono i provvedimenti provvisori richiesti dalle parti della causa principale. Quanto al merito, nessun elemento contenuto in detta decisione dimostra che la normativa nazionale in esame sia fonte di un danno effettivo o prevedibile causato alle ricorrenti nella causa principale.

22 In secondo luogo, il giudice del rinvio si è limitato a commentare talune modifiche apportate alla normativa nazionale senza che emerga dalla decisione di rinvio il contesto normativo in cui tali modifiche si collocano. In particolare, non sono descritti né lo statuto né il regime finanziario dell'ANAS né i rapporti che la legano ai concessionari che gestiscono le autostrade. Pertanto, è difficile comprendere i presupposti normativi e statutari nell'ambito dei quali l'ANAS esercita la sua attività e i rapporti che la legano allo Stato italiano, da un lato, e ai concessionari, dall'altro.

23 In terzo luogo, tale giudice non fornisce alcuna precisazione sui motivi che l'hanno indotto a scegliere le disposizioni comunitarie di cui chiede l'interpretazione né sul nesso intercorrente tra tali disposizioni e la normativa nazionale richiamata nella controversia dinanzi ad esso pendente. In particolare, non spiega i motivi per i quali l'interpretazione degli artt. 43 CE, 49 CE, 81 CE, 82 CE, 86 CE e 87 CE, nonché del diritto di proprietà e delle direttive comunitarie riguardanti gli appalti pubblici, gli sembra necessaria per la soluzione della controversia nella causa principale.

24 Infine, in quarto luogo, detto giudice formula due questioni pregiudiziali facendo un mero rinvio alle questioni sollevate nell'ambito di un'altra domanda di pronuncia pregiudiziale, registrata con il numero di ruolo C-467/06 e riguardante altre parti. Tuttavia, tali questioni non sono necessariamente note alle parti della controversia nella causa principale. Pertanto, il fatto di rinviare alle questioni pregiudiziali sottoposte nella causa C-467/06 non può garantire alle parti la possibilità di presentare osservazioni, conformemente all'art. 23 dello Statuto della Corte di giustizia (v., in tal senso, ordinanza 2 marzo 1999, causa C-422/98, Colonia Versicherung e a., *Racc.* pag. I-1279, punto 8)».

– *Sentenza di invalidità di atto comunitario. Effetti.*

(Sentenza della Corte (Terza Sezione) 8 novembre 2007. Causa C-421/06)

«(Omissis)

52 Secondo costante giurisprudenza, quando la Corte accerta, nell'ambito di un procedimento ai sensi dell'art. 234 CE, l'invalidità di un atto emanato dalle autorità comunitarie, la sua decisione produce la conseguenza giuridica di imporre alle istituzioni competenti della Comunità europea l'obbligo di adottare i provvedimenti necessari per porre rimedio all'illegittimità accertata (v., in particolare, sentenze 19 ottobre 1977, cause riunite 117/76 e 16/77, Ruckdeschel e Ströh, *Racc.* pag. 1753, punto 13, e 29 giugno 1988, causa 300/86, Van Landschoot, *Racc.* pag. 3443, punto 22). In tal caso, spetta alle dette istituzioni adottare i provvedimenti necessari all'esecuzione della sentenza pregiudiziale al pari di quanto sono tenute a fare, ai sensi dell'art. 233 CE, nel caso di una sentenza che annulli un atto o dichiari illegittima l'inerzia di un'istituzione comunitaria. Dalla menzionata giurisprudenza emerge infatti che, quando una sentenza pregiudiziale accerti l'illegittimità di un atto comunitario, l'obbligo sancito dall'art. 233 CE si applica per analogia.

53 Quanto alle autorità nazionali, per giurisprudenza parimenti consolidata spetta in primo luogo a queste trarre le conseguenze, nel loro ordinamento giuridico, di una declaratoria di illegittimità intervenuta nel contesto dell'art. 234 CE (sentenze 30 ottobre 1975, causa 23/75, Rey Soda, *Racc.* pag. 1279, punto 51, e 2 marzo 1989, causa 359/87, Pinna, *Racc.* pag. 585, punto 13).

54 Una dichiarazione d'invalidità di tal genere va parimenti rispettata da tutti i giudici nazionali. Infatti, benché sia indirizzata direttamente al solo giudice che ha adito la Corte, la sentenza con cui quest'ultima accerta, a norma dell'art. 234 CE, l'invalidità di un atto di un'istituzione costituisce per qualsiasi altro giudice un motivo sufficiente per considerare invalido tale atto agli effetti di una pronuncia che egli debba emettere (sentenza 13 maggio 1981, causa 66/80, International Chemical Corporation, *Racc.* pag. 1191, punto 13).

55 Solo un esame concreto della disposizione dichiarata invalida e della normativa comunitaria di cui essa fa parte permette di determinare quali siano i provvedimenti necessari che devono essere adottati per porre rimedio all'illegittimità. In taluni casi, la dichiarazione d'invalidità concerne una disposizione autonoma e non ha ripercussioni su altri elementi della normativa comunitaria mentre, in altri, questa dichiarazione d'invalidità provoca una lacuna del diritto o un'incoerenza, che richiedono un intervento del legislatore al fine di modificare la sostanza del testo.

56 Peraltro, occorre ricordare che il principio della certezza del diritto, che costituisce un principio generale dell'ordinamento comunitario, impone che la normativa comunitaria sia chiara e precisa e che la sua applicazione sia prevedibile per gli interessati (v., in tal senso, sentenze 16 giugno 1993, causa C-325/91, Francia/Commissione, *Racc.* pag. I-3283, punto 26, e 23 settembre 2003, causa C-78/01, BGL, *Racc.* pag. I-9543, punto 71). Conformemente a tale principio, può risultare opportuno che, in seguito ad una sentenza della Corte che dichiari invalide talune disposizioni della normativa comunitaria, il legislatore comunitario apporti le modifiche formali che consentano di chiarire quest'ultima e, a tal fine, adotti un testo che rettifichi la detta normativa e abroghi le disposizioni dichiarate invalide, nonché i rinvii alle medesime.

57 Occorre precisare, tuttavia, che un siffatto testo di rettifica si limita a dare formalmente esecuzione, nella normativa comunitaria, al contenuto della sentenza della Corte. La dichiarazione d'invalidità deriva infatti da questa sentenza e non dal testo di rettifica, con tutte le conseguenze che ciò comporta, in particolare per quanto concerne gli effetti nel tempo della dichiarazione d'invalidità».

– *Rinvio pregiudiziale di annullamento. Effetti.*

(Sentenza della Corte (Terza Sezione) 8 novembre 2007. Causa C-421/06)

«(Omissis)

52 Secondo costante giurisprudenza, quando la Corte accerta, nell'ambito di un procedimento ai sensi dell'art. 234 CE, l'invalidità di un atto emanato dalle autorità comunitarie, la sua decisione produce la conseguenza giuridica di imporre alle istituzioni competenti della Comunità europea l'obbligo di adottare i provvedimenti necessari per porre rimedio all'illegittimità accertata (v., in particolare, sentenze 19 ottobre 1977, cause riunite 117/76 e 16/77, Ruckdeschel e Ströh, *Racc.* pag. 1753, punto 13, e 29 giugno 1988, causa 300/86, Van Landschoot, *Racc.* pag. 3443, punto 22). In tal caso, spetta alle dette istituzioni adottare i provvedimenti necessari all'esecuzione della sentenza pregiudiziale al pari di quanto sono tenute a fare, ai sensi dell'art. 233 CE, nel caso di una sentenza che annulli un atto o dichiari illegittima l'inerzia di un'istituzione comunitaria. Dalla menzionata giurisprudenza emerge infatti che, quando una sentenza pregiudiziale accerti l'illegittimità di un atto comunitario, l'obbligo sancito dall'art. 233 CE si applica per analogia.

63 Alla luce di tutto quanto sin qui esposto, occorre rispondere alla prima questione pregiudiziale dichiarando che, dal momento che l'art. 1, punto 1, lett. b), della direttiva 2002/2 prevedeva un obbligo autonomo privo di nessi con gli obblighi previsti dalle altre disposizioni della medesima direttiva, la dichiarazione d'invalidità della detta disposizione, pronunciata dalla Corte mediante la citata sentenza ABNA e a., non ha provocato nessuna lacuna del diritto né un'incoerenza che impongano alle istituzioni comunitarie di adottare modifiche di sostanza della direttiva 2002/2».

In ogni caso, l'invalidità di una disposizione comunitaria deriva direttamente dalla sentenza della Corte che la accerta e spetta tanto alle autorità quanto ai giudici degli Stati membri trarne le conseguenze nel loro ordinamento giuridico nazionale.

Dossier

L'autorizzazione del prefetto agli istituti di vigilanza

DOCUMENTI IN ALLEGATO: -1. Corte di Giustizia delle Comunità europee, Seconda Sezione, sentenza del 13 dicembre 2007 nella causa C-465/05; -2. Consiglio di Stato (Sezione quarta), sentenza del 5 settembre 2007 n. 4647; -3. Circolare del Ministero dell'Interno del 29 febbraio 2008 n. 557/PAS/2731/10089.D(1).

La sentenza affronta la *vexata quaestio*, sul fronte nazionale, del regime autorizzatorio previsto per gli Istituti di vigilanza privata.

Le contestazioni mosse all'Italia prendono le mosse da una serie di disposizioni del Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza (d'ora in poi T.U.), approvato con regio decreto 18 giugno 1931 n. 773 (GURI n. 146 del 26 giugno 1931), che regolano la materia e della cui compatibilità con il Trattato si controverte. In particolare si discute della conciliabilità con la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi degli articoli 134, 135, 136, 137, 138 del Testo Unico e degli articoli 250, 252, 257 del regio decreto 6 maggio 1940, n. 635, recante regolamento per l'esecuzione del T.U., così come modificato dall'art. 5 della legge 23 dicembre 1946, n. 478, nonché di alcune circolari del Ministero dell'Interno. Ad essere sotto l'esame della Corte sono, dunque, i tratti salienti della disciplina prevista dal nostro ordinamento per l'esercizio dei servizi di vigilanza.

L'autorizzazione come limite alle libertà fondamentali

In particolare l'attenzione si concentra sull'autorizzazione concessa dal Prefetto. Secondo quanto prescrive l'art. 134 T.U. la licenza del Prefetto è *condicio sine qua non* per l'esercizio dell'attività di vigilanza e custodia, il cui rilascio viene garantito, a parità di condizioni, sia ai cittadini italiani sia ai cittadini degli Stati membri. È la stessa necessità di un'autorizzazione amministrativa allo svolgimento di *talune prestazioni di servizi sul territorio nazionale* da parte di un'impresa, anche con sede in un altro Stato membro, a rappresentare, secondo il giudizio del giudice comunitario, il primo elemento di contrarietà al Trattato, in quanto ostacolo all'esercizio di una libertà fondamentale, la libertà di prestazione dei servizi (art. 49 Trattato).

In verità, precisa la Corte, la presenza di una licenza o di un'autorizzazione per lo svolgimento di simili incombenze potrebbe risultare giustifica-

ta da esigenze di ordine pubblico, laddove le norme dello Stato membro, nel quale l'impresa ha la propria sede, non provvedano già al loro soddisfacimento. È, infatti, orientamento giurisprudenziale consolidato (1) ritenere che *“una restrizione può essere giustificata solo qualora l'interesse generale dedotto non sia già tutelato dalle norme cui il prestatore è assoggettato nello Stato membro in cui è stabilito”*. In questa prospettiva la normativa italiana *“non prevedendo che, ai fini del rilascio di una licenza, si tenga conto degli obblighi ai quali il prestatore di servizi transfrontaliero è già assoggettato nello Stato membro nel quale è stabilito, eccede quanto necessario per raggiungere lo scopo perseguito dal legislatore nazionale, che è quello di garantire uno stretto controllo sulle attività di cui trattasi”*. Quindi, è evidente che l'autorizzazione prefettizia per sopravvivere ad ogni censura avrebbe dovuto concepirsi come indispensabile solo nell'eventualità in cui l'impresa di vigilanza da autorizzare non fosse già sottoposta a quei controlli nello Stato membro d'origine, a cui l'autorizzazione prevista dal T.U. è funzionale. La carenza di una simile previsione rende la normativa italiana superflua e restrittiva della libera prestazione dei servizi e, pertanto, in contrasto con il diritto comunitario.

In aggiunta alle censure mosse all'esistenza stessa dell'autorizzazione prefettizia, viene ravvisata un'ulteriore violazione dell'art. 49, nonché dell'art. 47 del Trattato: l'efficacia territoriale circoscritta.

La licenza prevista dall'art. 134 T.U. presenta, infatti, una portata limitata con la conseguenza di rendere possibile l'esercizio delle attività, alle quali essa si riferisce, solo nel territorio per il quale è stata concessa. A nulla valgono a questo proposito le obiezioni sollevate dallo Stato italiano e incentrate sulla tutela dell'ordine pubblico che renderebbe necessario tener conto delle singole realtà territoriali e della necessità che in loco gli istituti di vigilanza non si sostituiscano all'autorità pubblica. La Corte ritiene che le argomentazioni sollevate a tal proposito non siano state sufficientemente corroborate da prove e sottolinea come quegli obiettivi di tutela possano essere realizzati attraverso soluzioni alternative, quali l'effettuazione di controlli regolari capaci, congiuntamente all'autorizzazione iniziale, di espletare una costante verifica sulla condotta e sui servizi prestati. Del resto le esigenze di ordine pubblico ben difficilmente avrebbero potuto trovare soddisfacimento sulla base della sola limitata efficacia territoriale del provvedimento autorizzatorio, non associato ad alcun'altra forma di controllo, ben potendo gli istituti operare in un'area circoscritta e subire allo stesso modo le ingerenze e l'infiltrazione delle organizzazioni criminali locali nel corso della propria attività.

(1) *Ex multis* sentenza del 9 novembre 2006, causa C-433/04, Commissione c/Belgio, punto 33; sentenza del 21 settembre 2006, causa C-168/04, Commissione c/Austria, punto 37; sentenza del 26 gennaio 2006, causa C-514/03, Commissione c/Spagna, punto 47; sentenza del 21 ottobre 2004, causa C-445/05, Commissione c/Lussemburgo; sentenze 23 novembre 1999, cause riunite C-369/96 e C-376/96, Arblade e a., punti 34 e 35.

Simili prese di posizione non fanno che anticipare l'aspetto veramente interessante di questa pronuncia, affrontata nella sua parte finale, e concernente l'autorizzazione delle tariffe, aspetto controverso almeno per quanto riguarda i minimi tariffari.

In base alle argomentazioni della Corte di Giustizia la presenza di un potere prefettizio di determinazione dei prezzi provoca una restrizione all'accesso al mercato di nuovi operatori economici provenienti da altri Stati membri, poiché impedisce loro di praticare liberamente prezzi più concorrenziali, in ribasso rispetto alla tariffa imposta, di quelli praticati dalle imprese nazionali; risulta, quindi, vano il tentativo di evocare come giustificazione la tutela della sicurezza pubblica e la garanzia di standard qualitativi a vantaggio dei consumatori, in quanto non si ritiene provato che lo strumento delle tariffe predefinite assolva compiutamente a tali funzioni.

La disciplina nazionale dei minimi tariffari e la sua interpretazione

La sentenza in questione non può che ammirarsi per essere entrata nel merito di una questione che ha assunto i toni di una vera e propria diatriba nazionale, incapace finora di trovare soluzioni univoche ad un problema.

La questione, come noto, sorge dall'interpretazione delle disposizioni sottoposte a censura comunitaria.

Oltre all'art. 134 T.U., l'art. 135, 4° comma, dispone l'obbligo per i direttori degli uffici informazioni, investigazioni o ricerche dell'affissione della tabella relativa alle operazioni alle quali attendono "*con la tariffa delle relative merci*" e l'art. 135, 5° comma, T.U. esclude per i direttori la possibilità di "*ricevere merci maggiori di quelle indicate nella tariffa*"; inoltre l'art. 9 riconosce un ampio potere discrezionale all'autorità di pubblica sicurezza, potendo quest'ultima imporre prescrizioni ulteriori rispetto alle condizioni previste dalla legge; infine l'art. 257, 4° e 5° comma, del regolamento di esecuzione stabilisce che l'autorizzazione prefettizia, ex art. 134 T.U., deve contenere l'approvazione delle tariffe e che ogni variazione o modificazione deve essere oggetto di nuova approvazione.

Tutto ciò posto, in passato dalla combinazioni di tali disposizioni e, in particolare, facendo leva sul potere discrezionale che conferisce l'art. 9 T.U. all'autorità di pubblica sicurezza, si riconosceva un vero e proprio potere del Prefetto di fissare tariffe minime vincolanti per gli istituti di vigilanza (2), avvallato dalla stessa giurisprudenza (3), la cui *ratio* consisteva sostanzialmente nella necessità di garantire minimi qualitativi relativi nello svolgimento di un servizio pubblico essenziale.

(2) La circolare del Ministero dell'interno del 1991 n. 559 prevedeva che il sindacato sui prezzi fosse effettuato attraverso una determinazione prefettizia che stabilisse in via generale e preventiva i "*limiti minimi delle tariffe da osservare*" e che tutti gli istituti di vigilanza erano tenuti ad *osservare*.

(3) Si veda in proposito C.d.S., sez. VI, 3 marzo 1999, n. 265; Tar Lombardia 7 luglio 1996 n. 1946.

Con due diversi pareri l'Autorità garante per la concorrenza e per il mercato (4) sottolineava gli effetti negativi che un regime di tariffe minime provocava e come fosse assolutamente non dimostrata una sua efficacia contro un basso livello qualitativo, proponendo, quale soluzione alternativa, la sottoposizione degli istituti di vigilanza ad un sistema di controlli costanti e la conseguente revoca della licenza laddove da essi venissero riscontrate gravi irregolarità.

Un simile orientamento ha sicuramente influito e indotto l'autorità ministeriale a sostituire il potere prefettizio di determinazione delle tariffe minime con le cd. *tariffe di legalità*, fondate su un sistema di oscillazione; in sostanza all'interno della banda variabile l'impresa è libera di determinare la tariffa che ritiene opportuno applicare. La maggiore flessibilità che caratterizza il nuovo sistema, tuttavia, non incide sulla necessità del provvedimento autorizzatorio del Prefetto e rende possibile che tale provvedimento abbia ad oggetto tariffe non ricomprese nella fascia di oscillazione (5).

Nonostante non siano mancati apprezzamenti al nuovo sistema, per aver introdotto *un utile ed imprescindibile elemento di valutazione delle offerte e, quindi, della capacità ed idoneità tecnico-organizzativa dell'istituto* (6), è stato rilevato come la disciplina avesse mantenuto un sostanziale effetto anticoncorrenziale (7). Infatti la persistente presenza dell'autorizzazione prefettizia ha reso dubbia l'effettiva portata vincolante delle tariffe preventivamente approvate; ci si è chiesti, in sostanza, se la necessaria approvazione cagionasse l'obbligo per l'istituto di rispettare i relativi prezzi, non più determinati *erga omnes* ma individualmente, o se, al contrario, fosse possibile praticare liberamente prezzi anche non specificatamente approvati secondo le condizioni di mercato.

La soluzione proposta dalla giurisprudenza è stata tutt'altro che univoca, prospettandosi in seno allo stesso Consiglio di Stato due diversi orientamenti.

Con il primo orientamento (8), posta l'esclusione di minimi tariffari prestabiliti *ex ante* dal Prefetto, si è affermata la non vincolatività delle tariffe mini-

(4) Pareri del 1° dicembre 1995 n. 27952 e del 23 maggio 1997 n. 21303.

(5) Per una ricostruzione storica e giurisprudenziale della vicenda si veda G. CREPALDI, *Il potere prefettizio di determinazione delle tariffe dei servizi di vigilanza: natura ed effetti*, in *Foro amm.CDS*, 2006, 3, 833 ss.

(6) C.d.S., sez. IV, 16 ottobre 2001, n. 5445, nella quale si precisa che “*le tariffe di legalità, in tale contesto, assolvono ad una duplice funzione: 1) fornire all'Amministrazione il necessario parametro tecnico di valutazione delle tariffe presentate dai singoli istituti, in modo tale da garantire l'uniformità delle stesse valutazioni; 2) fornire alle Amministrazioni appaltanti un parametro omogeneo di valutazione delle offerte in modo tale da individuare con sufficiente margine di attendibilità quelle anomale.*”

(7) Gli effetti anticoncorrenziali del nuovo regime sono analizzati da G. FONDERICO, *Il controllo amministrativo sui prezzi dei servizi di vigilanza privata*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 12, 1287 ss.

(8) C.d.S., sez. VI, 9 marzo 2004, n. 3261; C.d.S., sez. VI, 4 ottobre 2002, n. 5253; C.d.S., sez. VI, 29 gennaio 2002, n. 808 con nota di L. CARBONE in collaborazione con M.

me generali fissate dal Prefetto, derogabili dai singoli istituti di vigilanza attraverso la determinazione di importi diversi (anche inferiori), richiedendo, tuttavia, per questi ultimi l'approvazione dell'Autorità, al fine di garantire, comunque, la corretta gestione del servizio. Viene, quindi, confermata la cogenza della tariffa, ancorché si tratta di tariffa inferiore alla tariffa di legalità (9).

Un simile visione del problema non può che ripercuotersi sulla libertà dell'impresa di formulare un'offerta durante una gara per l'affidamento dei servizi di vigilanza. Inevitabilmente ci si dovrà attenere alle tariffe sottoposte ad approvazione (pur potendo risultare anche inferiori al limite minimo di oscillazione) sia nella formulazione dell'offerta sia nel l'assegnazione del servizio di vigilanza, dovendosi verificare che i partecipanti siano in possesso dei requisiti necessari allo svolgimento dell'attività, e quindi possiedano la licenza, di cui l'approvazione delle tariffe è elemento costitutivo.

In base al secondo orientamento si è esclusa l'esistenza non solo di un potere generale del Prefetto di determinare i minimi tariffari, ma anche di una loro determinazione "ad hoc" in sede di autorizzazione, poiché la sussistenza di tali poteri non si evincerebbe dal dato normativo che disporrebbe, tutt'al più, la determinazione, all'atto dell'autorizzazione, di prezzi massimi e non minimi (art. 135, comma 5, T.U.). Alla luce di ciò nell'ambito di una gara d'appalto è da escludersi che il mancato rispetto dei minimi possa riversarsi "sulla validità (quantomeno sotto il profilo della loro ammissibilità alla competizione) delle offerte economiche – inferiori alla soglia minima consentita dall'atto di approvazione delle tariffe – presentate da imprese (debitamente autorizzate) in procedure indette per l'affidamento di pubblici servizi di vigilanza" (10) posto che "gli istituti di vigilanza prescelti, laddove

D'ADAMO, R. VICARIO e F. PERUGINI, *Gare d'appalto dei servizi di vigilanza e minimi tariffari stabiliti dal prefetto*, in *Corr. giur.*, 2002, 4, 440.

(9) In dottrina aderisce a tale orientamento S. MORO, *Il legittimo bilanciamento tra tutela della concorrenza e salvaguardia della sicurezza pubblica: il caso delle tariffe di legalità per le prestazioni degli istituti di vigilanza*, in *Foro amm TAR*, 2005, 6, 1892 ss. il quale afferma: "Nell'ambito di questo apprezzabile orientamento giurisprudenziale emergono due indirizzi: per uno, il prefetto avrebbe il potere di adottare « provvedimenti generali di tariffazione inderogabili»; per l'altro (...) si potrebbe affermare che vi sia una doppia categoria di minimi tariffari: la prima «costituita dal livello più basso della fascia di oscillazione individuata in via generale; la seconda invece approvata dal prefetto con riguardo al singolo istituto, in misura eventualmente ancora più bassa rispetto a quella individuata dalle tariffe di legalità». Quest'ultimo indirizzo appare preferibile per due ordini di ragioni: in primo luogo, è conforme al dato letterale delle disposizioni normative che contengono un espresso richiamo all'approvazione prefettizia delle tariffe praticate dal singolo istituto; in secondo luogo, come verrà successivamente approfondito, è più coerente con un'interpretazione costituzionalmente orientata" e precisa la compatibilità di un sistema basato sulla tariffazione minima con gli art. 81 e 82 del Trattato CE in materia di concorrenza.

(10) C.d.S., sez. IV, 29 maggio 2007, n. 4644; C.d.S., sez. IV, 20 settembre 2005 n. 4816 con nota di G. CREPALDI, *Il potere prefettizio di determinazione delle tariffe dei servizi di vigilanza: natura ed effetti*, in *Foro amm. CDS*, 2005, 10, 2930; C.d.S., sez. V, 17 ottobre

non rientrano nel range di astratta congruità individuato dalla prefettura, potranno essere soggetti a particolari controlli e finanche a limitazioni nelle loro possibilità di operare, visto che permane comunque, ai fini della stessa conduzione dell'istituto di vigilanza privata, il regime di approvazione delle tariffe e delle relative variazioni di cui all'art. 257 r.d. 635/1940” (11).

Il contributo della Corte di Giustizia

In tale contesto nazionale la sentenza comunitaria non può che risultare determinante. La conclusione secondo la quale la limitazione alla libera fissazione delle tariffe, quale risulta dalla circolare del Ministero dell'Interno (12) *nel riconoscere un potere decisionale relativo alla fissazione di una tariffa di riferimento e all'approvazione delle tariffe proposte dagli operatori*, rappresenta una restrizione della libera prestazione dei servizi *ex art. 49 Trattato CE*, e non può che ripercuotersi sul vivace dibattito giurisprudenziale e dottrinale italiano in merito alle tariffe minime.

Infatti escludere che il Prefetto possa esercitare un potere di determinazione dei prezzi, mette definitivamente fine alla questione circa il carattere vincolante delle tariffe minime (13) e al tempo stesso non preclude agli operatori economici di offrire prezzi più costosi per servizi qualitativamente migliori (14). Ad essere travolto dalla sentenza in commento è, in sostanza, l'intero sistema di determinazione tariffaria prevista dal nostro legislatore per la vigilanza privata.

La ricostruzione offerta dal giudice comunitario, tuttavia, non pregiudica la possibilità che all'Autorità sia riconosciuto comunque un potere di controllo. Tale potere potrà garantire che nel corso di una gara per l'aggiudicazione dei servizi di vigilanza ad essere privilegiata non sia l'offerta econo-

2002, n. 5674 con nota di M. MAZZAMUTO, *La liberalizzazione del mercato della vigilanza privata*, in *Foro amm.CDS*, 2002, 11, 2459 ss.. In dottrina si veda G.A. CHIESI, *Sulla derogabilità – in sede di partecipazione a pubbliche gare – dei minimi tariffari fissati dai Prefetti per le prestazioni degli Istituti di vigilanza*, in www.giustamm.it; G. FONDERICO, *Il controllo amministrativo*, cit., 1296-1297, critico sulla funzione effettivamente espletata dalle tariffe minime in ordine alla garanzia di un buon livello qualitativo e di tutela della sicurezza e ordine pubblici.

Contra S. MORO, *Il legittimo bilanciamento*, cit., 1892 ss.

(11) C.d.S., sez.V, 3 giugno 2002, n. 3065.

(12) La circolare n. 559/C. 4770.10089. D.

(13) Sul divieto di derogare gli onorari minimi la Corte di Giustizia si era già pronunciata il 5 dicembre 2006, cause riunite C-94/04 e C-202/04, Cipolla e altri c/Portolese, punto 58, nel senso di identificare una violazione dell'art. 49.

(14) In proposito si veda M. MAZZAMUTO, *La liberalizzazione del mercato*, cit., 2470 che ritiene esista una limitazione della concorrenza anche nella presenza di limiti “massimi”, tutt'altro che finalizzata ad evitare fenomeni criminali dissimulanti pratiche estorsive. Secondo l'A. una pratica estorsiva potrà comunque verificarsi anche ove sussistono massimi tariffari nel caso in cui si estorciano servizi ulteriori, non richiesti, con il relativo prezzo pur rispettoso dei massimi.

micamente più bassa per il semplice fatto di essere tale, ma l'offerta economicamente più conveniente alla luce di molteplici aspetti considerati (qualità del servizio, rispetto degli obblighi contributivi e tributari, organizzazione dell'impresa...) nell'ambito del giudizio di congruità. In questo modo si procede a sostituire un controllo eseguito *ex ante* e fondamentalmente generale ed astratto, con un controllo *ad hoc*, adattato alle circostanze concrete nelle quali viene formulata l'offerta, al fine di verificare che essa sia effettivamente appropriata al servizio che si dovrà svolgere. Il risultato che si ottiene è quello di evitare una discutibile corsa al ribasso in un settore dove ci sono evidenti esigenze di carattere generale in alcun modo sconosciute. Che l'ordine pubblico sia un valore ancora da tutelare nello svolgimento di queste attività non sembra, infatti, questione messa in discussione, risultando agli occhi della Corte indimostrato solo che una simile tutela possa essere efficacemente affrontata attraverso lo strumento della fissazione dei prezzi.

Per giunta queste ultime considerazioni, applicate al panorama giurisprudenziale nazionale, potrebbero dimostrare che la giurisprudenza nazionale, almeno quella che intravede nella tariffa un parametro per valutare, nell'ambito del giudizio di congruità eseguito in una gara d'appalto, la regolarità dell'offerta, escludendo qualunque controllo-approvazione preventivo, abbia fornito una lettura del dato normativo corretta e, per quanto possibile, orientata al diritto comunitario.

Indubbiamente questa pronuncia costringe il legislatore italiano a ripensare la disciplina in materia di istituti di vigilanza.

Allo stato attuale si conosce dell'esistenza di una circolare ministeriale e di uno schema di regolamento modificativo del regolamento attuativo del T.U.

La circolare ministeriale fornisce una serie di indicazioni alle quali i Prefetti si dovranno conformare in attesa della riforma normativa e rappresenta la prima risposta concreta del nostro ordinamento alla condanna comunitata dall'Europa.

In particolare per quanto concerne l'autorizzazione prefettizia delle tariffe si recepisce la posizione adottata da una parte del Consiglio di Stato che, come ricordato, disconosce il potere dell'autorità di definire con efficacia vincolante le tariffe applicate dagli Istituti di vigilanza, sottoposte alla "eventuale" verifica di congruità. L'autorità ministeriale, infatti, prende atto della possibilità di formulare offerte "a ribasso" e ribadisce che, ricorrendo questa ipotesi, non può assolutamente ritenersi superfluo un controllo, necessario per accertare che tutte le esigenze di ordine e sicurezza pubblica trovino soddisfacimento, il quale opererà solo e soltanto in sede di gara per l'aggiudicazione di taluni servizi. Il vantaggio di questa prospettiva è sicuramente quello di ottenere un controllo calibrato, che tenga conto di elementi e circostanze concrete, senza apparire un ingiustificato ostacolo all'attuazione di scelte imprenditoriali.

Scendendo nel merito delle modifiche previste dallo schema di regolamento, è rilevante la scomparsa di ogni riferimento all'autorizzazione tariffaria del Prefetto sia all'atto della concessione della licenza per lo svolgimento del servizio sia nel proseguo, qualora si verificassero dei cambiamen-

ti. In sostanza si procede ad una integrale modifica dell'art. 257, al quale tra l'altro si affiancherebbe una serie di ulteriori disposizioni che definiscono il contenuto della domanda: la documentazione che dovrà esibirsi di adempimento degli obblighi assicurativi e previdenziali, il versamento della cauzione e delle garanzie sostitutive ed infine il contenuto dell'autorizzazione e le condizioni in base alle quali questa può essere negata o revocata.

L'impressione generale è che tali mutamenti riescano a soddisfare le esigenze di conformità al diritto comunitario senza per questo rinunciare a standard qualitativi assolutamente fondamentali per i servizi di vigilanza; al contrario sembra che l'intera disciplina si fondi sulla necessità che i soggetti che intendono espletare un servizio di tal genere debbano fornire idonee garanzie dal punto di vista non solo organizzativo, ma anche tecnico e finanziario, poiché sarebbe inaccettabile consentire a scelte imprenditoriali di incidere negativamente sulla sicurezza pubblica.

Abolito l'equivoco strumento dell'autorizzazione, che gli sviluppi futuri saranno incentrati sulla verifica concreta dell'idoneità del soggetto a svolgere l'attività di vigilanza e sicurezza, vero ed efficace mezzo di controllo, viene confermato dall'art. 257 *ter*, 2° comma, che prevede la semplice "comunicazione al prefetto della tabella delle tariffe dei servizi offerti" e precisato dall'art. 257 *quater*, 3° comma, lett. b), in base al quale le autorizzazioni possono essere revocate o sospese quando è accertata "la reiterata adozione di comportamenti o scelte, ivi comprese quelle attinenti alle tariffe... che incidono sulla sicurezza delle guardie particolari o sulla qualità dei servizi resi in rapporto alla dotazione di apparecchiature, mezzi, strumenti ed equipaggiamenti, alle esigenze di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica". In quest'ultimo caso, lungi dal riproporre una qualche cogenza delle tariffe, le si erige a parametro, uno dei tanti, per valutare caso per caso l'esistenza di condizioni non rispettose delle sicurezza pubblica e del personale.

Dott.ssa Valeria Santocchi^(*)

(doc. 1)

Sentenza della Corte (Seconda Sezione) 13 dicembre 2007 – Commissione delle Comunità europee/Repubblica italiana. (Avvocato dello Stato D. Del Gaizo – AL 2705/06)

(Inadempimento di uno Stato – Libera prestazione dei servizi – Diritto di stabilimento – Professione di operatore della vigilanza – Servizi di vigilanza privata – Giuramento di fedeltà alla Repubblica italiana – Autorizzazione prefettizia – Sede operativa – Numero minimo di personale – Versamento di una cauzione – Controllo amministrativo dei prezzi dei servizi forniti)

^(*) Dottore in giurisprudenza, ammessa alla pratica forense presso l'Avvocatura dello Stato.

«(Omissis)

1 Con il suo ricorso la Commissione delle Comunità europee chiede alla Corte di dichiarare che la Repubblica italiana, avendo disposto che:

- l'attività di guardia particolare possa essere esercitata solo previa prestazione di un giuramento di fedeltà alla Repubblica italiana;
 - l'attività di vigilanza privata possa essere esercitata solamente dopo il rilascio di un'autorizzazione del Prefetto;
 - la suddetta autorizzazione abbia una validità territoriale limitata ed il suo rilascio sia subordinato alla considerazione del numero e dell'importanza delle imprese di vigilanza già operanti nel medesimo territorio;
 - le imprese di vigilanza privata debbano avere una sede operativa in ogni provincia in cui esse esercitano la propria attività;
 - il personale delle suddette imprese debba essere individualmente autorizzato ad esercitare attività di vigilanza;
 - le imprese di vigilanza privata debbano utilizzare un numero minimo e/o massimo di personale per essere autorizzate;
 - le imprese di vigilanza privata debbano versare una cauzione presso la locale Cassa depositi e prestiti;
 - i prezzi per i servizi di vigilanza privata siano fissati con autorizzazione del Prefetto nell'ambito di un determinato margine d'oscillazione,
- è venuta meno agli obblighi che ad essa incombono ai sensi degli artt. 43 CE e 49 CE.

Contesto normativo

2 L'art. 134 del Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza, approvato con regio decreto 18 giugno 1931, n. 773 (GURI n. 146 del 26 giugno 1931), così come modificato (in prosieguo: «il Testo Unico»), recita:

«Senza licenza del Prefetto è vietato ad enti o privati di prestare opere di vigilanza o custodia di proprietà mobiliari od immobiliari e di eseguire investigazioni o ricerche o di raccogliere informazioni per conto di privati.

Salvo il disposto dell'art. 11, la licenza non può essere concessa alle persone che non abbiano la cittadinanza italiana ovvero di uno Stato membro dell'Unione europea o siano incapaci di obbligarsi o abbiano riportato condanna per delitto non colposo.

I cittadini degli Stati membri dell'Unione europea possono conseguire la licenza per prestare opera di vigilanza o custodia di beni mobiliari o immobiliari alle stesse condizioni previste per i cittadini italiani.

La licenza non può essere concessa per operazioni che importano un esercizio di pubbliche funzioni o una menomazione della libertà individuale».

3 Ai sensi dell'art. 135, dal quarto al sesto comma, del Testo Unico:

«I direttori suindicati devono (...) tenere nei locali del loro ufficio permanentemente affissa in modo visibile la tabella delle operazioni alle quali attendono, con la tariffa delle relative mercedi.

Essi non possono compiere operazioni diverse da quelle indicate nella tabella o ricevere mercedi maggiori di quelle indicate nella tariffa o compiere operazioni o accettare commissioni con o da persone non munite della carta di identità o di altro documento fornito di fotografia, proveniente dall'amministrazione dello Stato.

La tabella delle operazioni deve essere vidimata dal Prefetto».

4 Ai sensi del secondo comma dell'art. 136 del Testo Unico, la licenza può essere negata in considerazione del numero o della importanza degli istituti già esistenti.

5 L'art. 137 del Testo Unico prevede quanto segue:

«Il rilascio della licenza è subordinato al versamento nella Cassa depositi e prestiti di una cauzione nella misura da stabilirsi dal Prefetto.

(...)

Il Prefetto, nel caso di inosservanza, dispone con decreto che la cauzione, in tutto o in parte, sia devoluta all'erario dello Stato.

(...))».

6 L'art. 138 del Testo Unico è così formulato:

«Le guardie particolari devono possedere i requisiti seguenti:

1° essere cittadino italiano o di uno Stato membro dell'Unione europea;

2° avere raggiunto la maggiore età ed avere adempiuto agli obblighi di leva;

3° sapere leggere e scrivere;

4° non avere riportato condanna per delitto;

5° essere persona di ottima condotta politica e morale;

6° essere munito della carta di identità;

7° essere iscritto alla cassa nazionale delle assicurazioni sociali e a quella degli infortuni sul lavoro.

La nomina delle guardie particolari deve essere approvata dal prefetto.

Le guardie particolari giurate, cittadini di Stati membri dell'Unione europea, possono conseguire la licenza di porto d'armi secondo quanto stabilito dal decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 527, e dal relativo regolamento di esecuzione, di cui al D.M. 30 ottobre 1996, n. 635 del Ministro dell'interno (...))».

7 L'art. 250 del Regio Decreto 6 maggio 1940, n. 635, recante regolamento per l'esecuzione del Testo Unico, così come modificato dall'art. 5 della legge 23 dicembre 1946, n. 478 (in prosieguo: il «regolamento di esecuzione»), dispone quanto segue:

«Constatato il possesso dei requisiti prescritti dall'art. 138 della legge, il Prefetto rilascia alle guardie particolari il decreto di approvazione.

Ottenuta l'approvazione, le guardie particolari prestano innanzi al Pretore giuramento con la seguente formula:

“Giuro di essere fedele alla Repubblica italiana ed al suo Capo, di osservare lealmente le leggi dello Stato e di adempiere le funzioni affidatemi con coscienza e diligenza e con l'unico intento di perseguire il pubblico interesse”.

Il Pretore attesta, in calce al decreto del Prefetto, del prestato giuramento.

La guardia particolare è ammessa all'esercizio delle sue funzioni dopo la prestazione del giuramento».

8 L'art. 252 del regolamento di esecuzione stabilisce che:

«Salvo quanto disposto da leggi speciali, quando i beni, che le guardie particolari sono chiamate a custodire, siano posti nel territorio di province diverse, è necessario il decreto di approvazione da parte del Prefetto di ciascuna provincia.

Il giuramento è prestato presso uno dei Pretori, nei cui mandamenti siano i beni da custodire».

9 L'art. 257 dello stesso regolamento così prevede:

«La domanda per ottenere la licenza prescritta dall'art. 134 della legge deve contenere l'indicazione del Comune o dei Comuni in cui l'istituto intende svolgere la propria azione, della tariffa per le operazioni singole o per l'abbonamento, dell'organico delle guardie adibitevi, delle mercedi a queste assegnate, del turno di riposo settimanale, dei mezzi per provvedere ai soccorsi in caso di malattia, dell'orario e di tutte le modalità con cui il servizio deve essere eseguito.

Alla domanda deve essere allegato il documento comprovante l'assicurazione delle guardie, tanto per gli infortuni sul lavoro che per l'invalidità e la vecchiaia.

Se trattasi di istituto che intende eseguire investigazioni o ricerche per conto di privati, occorre specificare, nella domanda, anche le operazioni all'esercizio delle quali si chiede di essere autorizzati, ed allegare i documenti comprovanti la propria idoneità.

L'atto di autorizzazione deve contenere le indicazioni prescritte per la domanda e l'approvazione delle tariffe, dell'organico, delle mercedi, dell'orario e dei mezzi per provvedere ai soccorsi in caso di malattia.

Ogni variazione o modificazione nel funzionamento dell'istituto deve essere autorizzata dal Prefetto».

10 Per quanto riguarda gli atti amministrativi adottati in applicazione della normativa nazionale, si deve rilevare che numerose autorizzazioni dei Prefetti all'esercizio di attività di vigilanza privata stabiliscono che le imprese del ramo debbano avere un numero minimo e/o massimo di dipendenti.

11 Peraltro, da una circolare del Ministero dell'Interno risulta che le imprese non possono esercitare le loro attività al di fuori della giurisdizione di competenza della Prefettura che ha emesso il provvedimento autorizzatorio.

Fase precontenziosa del procedimento

12 Con lettera di costituzione in mora del 5 aprile 2002 la Commissione ha intimato alla Repubblica italiana di presentare le proprie osservazioni sulla compatibilità della normativa nazionale di cui trattasi con libera prestazione dei servizi e la libertà di stabilimento.

13 In seguito alle risposte fornite dalla Repubblica italiana il 6 giugno 2002, la Commissione ha inviato a detto Stato membro un parere motivato il 14 dicembre 2004, invitandolo ad adottare le misure necessarie per conformarsi a tale parere entro un termine di due mesi a decorrere dalla sua notifica. Una proroga di tale termine, richiesta dalla Repubblica italiana, è stata rifiutata dalla Commissione.

14 La Commissione, non soddisfatta delle risposte fornite dalla Repubblica italiana, ha deciso di proporre il presente ricorso.

Sul ricorso

15 A sostegno del suo ricorso, la Commissione deduce otto censure relative, in sostanza, ai requisiti stabiliti dalla normativa italiana per l'esercizio di un'attività di vigilanza privata in Italia.

16 In via preliminare, occorre ricordare che, se è pur vero che, in un settore non assoggettato ad un'armonizzazione completa a livello comunitario, come accade nel caso dei servizi di vigilanza privata, come del resto ammesso sia dalla Repubblica italiana sia dalla Commissione in udienza, gli Stati membri restano, in linea di principio, competenti a definire le condizioni di esercizio delle attività nel detto settore, ciò non toglie che essi devono esercitare i loro poteri nel settore medesimo nel rispetto delle libertà fondamentali garantite dal Trattato CE (v., in particolare, sentenze 26 gennaio 2006, causa C-514/03, Commissione/Spagna, Racc. pag. I-963, punto 23, e 14 dicembre 2006).

17 A tale riguardo, secondo la giurisprudenza della Corte, gli artt. 43 CE e 49 CE impongono l'abolizione delle restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi. Devono essere considerate come tali tutte le misure che vietano, ostacolano o rendono meno attraente l'esercizio di tali libertà (v. sentenze 15 gennaio 2002, causa C-439/99, Commissione/Italia, Racc. pag. I-305, punto 22; 5 ottobre 2004, causa C-442/02, CaixaBank France, Racc. pag. I-8961, punto 11; 30 marzo 2006, causa C-451/03, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, Racc. pag. I-2941, punto 31, e 26 ottobre 2006, causa C-65/05, Commissione/Grecia, Racc. pag. I-10341, punto 48).

18 La Corte ha anche dichiarato che i provvedimenti nazionali restrittivi dell'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato devono soddisfare quattro condizioni per poter risultare giustificati: applicarsi in modo non discriminatorio, rispondere a motivi imperativi di interesse pubblico, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo (v. sentenze 4 luglio 2000, causa C-424/97, Haim, Racc. pag. I-5123, punto 57 e giurisprudenza ivi citata, nonché Commissione/Grecia, cit., punto 49).

19 Alla luce di tali principi si deve procedere all'esame delle censure presentate dalla Commissione.

Sulla prima censura, relativa alla violazione degli artt. 43 CE e 49 CE a motivo dell'obbligo di prestare giuramento

Argomenti delle parti

20 La Commissione fa valere che l'obbligo per le guardie particolari di prestare giuramento di fedeltà alla Repubblica italiana, di cui all'art. 250 del regolamento di esecuzione, indirettamente basato sulla cittadinanza, costituirebbe, per gli operatori di altri Stati membri attivi nell'ambito della vigilanza privata, un ostacolo ingiustificato tanto all'esercizio del diritto di stabilimento quanto alla libera prestazione dei servizi.

21 Peraltro, secondo la Commissione, l'obbligo in parola non può essere considerato giustificato e proporzionato rispetto allo scopo perseguito, ossia, assicurare una migliore tutela dell'ordine pubblico.

22 La Repubblica italiana afferma che le attività di cui è causa, considerate dal Testo Unico, implicherebbero l'esercizio di pubblici poteri ai sensi degli artt. 45 CE e 55 CE e, di conseguenza, non rientrerebbero nel campo di applicazione delle disposizioni dei capi 2 e 3, titolo III, parte terza, del Trattato.

23 La Repubblica italiana sostiene, quindi, che le imprese attive nel settore della vigilanza privata partecipano, in numerosi casi, in modo diretto e specifico all'esercizio di pubblici poteri.

24 Essa fa valere, a tal proposito, che dette attività di vigilanza forniscono, per loro natura, un contributo rilevante alla sicurezza pubblica, ad esempio per quanto riguarda la vigilanza armata presso istituti di credito e la scorta di furgoni per il trasporto valori.

25 Lo Stato membro di cui trattasi sottolinea altresì che i verbali redatti dalle guardie particolari giurate nello svolgimento delle loro attività hanno un valore probatorio privilegiato rispetto a quello delle dichiarazioni di privati cittadini. Esso aggiunge che le guardie in parola possono procedere ad arresti in flagranza di reato.

26 In risposta a siffatta argomentazione, la Commissione sostiene che gli artt. 45 CE e 55 CE, in quanto disposizioni che derogano a libertà fondamentali, devono essere interpretati in maniera restrittiva, conformemente alla giurisprudenza della Corte.

27 Peraltro, secondo la Commissione, gli elementi prospettati dalla Repubblica italiana non sarebbero idonei a giustificare un'analisi diversa da quella che ha indotto la Corte a dichiarare, in modo costante, che le attività di sorveglianza o di vigilanza privata non costituiscono di regola una partecipazione diretta e specifica all'esercizio di pubblici poteri.

28 Independentemente dal richiamo dell'applicazione degli artt. 45 CE e 55 CE, la Repubblica italiana fa valere i seguenti motivi di difesa.

29 Essa sostiene che la Commissione potrebbe muovere critiche all'obbligo di prestare giuramento solo relativamente alle limitazioni che da questo obbligo deriverebbero per la libera circolazione dei lavoratori e non in base agli artt. 43 CE e 49 CE, dal momento che le guardie particolari devono necessariamente essere lavoratori subordinati.

30 Inoltre, essa fa valere che la prestazione di giuramento, che non costituisce un'operazione obiettivamente gravosa, garantisce il corretto esercizio delle delicate funzioni che le guardie sono chiamate a prestare in materia di sicurezza e che sono disciplinate da leggi dello Stato a carattere imperativo, sottolineando quindi il legame di causa ad effetto che sussisterebbe fra il giuramento ed il rafforzamento della tutela preventiva dell'ordine pubblico.

Giudizio della Corte

31 Considerate le conseguenze derivanti dall'applicazione degli artt. 45 CE e 55 CE, occorre innanzitutto verificare se tali disposizioni siano effettivamente da applicare nel caso di specie.

32 Dalla giurisprudenza della Corte emerge che la deroga di cui agli artt. 45, primo comma, CE e 55 CE va limitata alle attività che, considerate di per sé, costituiscono una partecipazione diretta e specifica all'esercizio di pubblici poteri (v. sentenze 29 ottobre 1998, causa C-114/97, Commissione/Spagna, Racc. pag. I-6717, punto 35; 9 marzo 2000, causa C-355/98, Commissione/Belgio, Racc. pag. I-1221, punto 25, e 31 maggio 2001, causa C-283/99, Commissione/Italia, Racc. pag. I-4363, punto 20).

33 La Corte ha anche dichiarato che l'attività delle imprese di sorveglianza o di vigilanza privata non costituisce di regola una partecipazione diretta e specifica all'esercizio di pubblici poteri (v. citate sentenze Commissione/Belgio, punto 26, e 31 maggio 2001, Commissione/Italia, punto 20).

34 Peraltro, al punto 22 della sentenza 31 maggio 2001, Commissione/Italia, cit., la Corte ha dichiarato che la deroga prevista dall'art. 55, primo comma, del Trattato CE (diventato art. 45, primo comma, CE) non si applicava nel caso di specie.

35 Occorre, pertanto, accertare se gli elementi presentati dalla Repubblica italiana nel ricorso in questione, alla luce della formulazione attuale del Testo Unico e del regolamento di esecuzione, possano indurre ad una valutazione della situazione in Italia diversa rispetto a quelle all'origine della giurisprudenza citata ai punti 33 e 34 della presente sentenza.

36 Secondo l'art. 134 del Testo Unico, i soggetti operanti nell'ambito della vigilanza privata si occupano, in linea di principio, di attività di vigilanza o custodia di beni mobiliari o immobiliari, di investigazioni o ricerche per conto di privati.

37 Anche se le imprese di vigilanza privata possono, come confermato dalla Repubblica italiana all'udienza, in determinate circostanze e in via eccezionale, prestare assistenza agli agenti di pubblica sicurezza, ad esempio nel settore dei trasporti di valori o partecipando alla sorveglianza di taluni luoghi pubblici, detto Stato membro non ha dimostrato che in tali circostanze si tratti di esercizio di pubblici poteri.

38 La Corte, del resto, ha già dichiarato che il mero contributo al mantenimento della pubblica sicurezza, che chiunque può essere chiamato a offrire, non costituisce un tale esercizio (v. sentenza 29 ottobre 1998, Commissione/Spagna, cit., punto 37).

39 Peraltro, l'art. 134 del Testo Unico pone un limite severo all'esercizio delle attività di sorveglianza, e cioè che queste ultime non possono mai comportare l'esercizio di pubbliche funzioni o una menomazione della libertà individuale. Le imprese di vigilanza privata non hanno dunque alcun potere coercitivo.

40 Pertanto, la Repubblica italiana non può validamente sostenere che le imprese di vigilanza privata, nell'ambito delle loro attività, effettuino operazioni di mantenimento dell'ordine pubblico, assimilabili ad un esercizio di pubblici poteri.

41 Inoltre, per quanto riguarda l'argomento relativo al valore probatorio dei verbali redatti dalle guardie particolari giurate, si deve rilevare che, come riconosciuto, del resto, dalla Repubblica italiana stessa, tali verbali non fanno pienamente fede, diversamente da

quelli redatti nell'esercizio di pubbliche funzioni, segnatamente dagli agenti della polizia giudiziaria.

42 Infine, relativamente all'argomento attinente alla possibilità, per le guardie particolari giurate, di procedere ad arresti in flagranza di reato, esso era stato già avanzato dalla Repubblica italiana nella causa all'origine della citata sentenza 31 maggio 2001, Commissione/Italia. In tale occasione, la Corte, al punto 21 della sentenza pronunciata in detta causa, ha dichiarato che nella fattispecie in esame le guardie non avevano un potere maggiore di qualsiasi altro individuo. Questa conclusione va confermata nell'ambito del presente ricorso.

43 Da quanto precede risulta che in Italia, allo stato della normativa vigente, le imprese di vigilanza privata non partecipano in maniera diretta e specifica all'esercizio di pubblici poteri, in quanto le attività di vigilanza privata che esse svolgono non possono essere equiparate ai compiti attribuiti alla competenza dei servizi di pubblica sicurezza.

44 Pertanto, le deroghe di cui agli artt 45 CE e 55 CE non sono applicabili nel caso di specie.

45 Per quanto concerne, poi, specificamente i requisiti di cui all'art. 250 del regolamento di esecuzione, dalla normativa italiana risulta che, per fornire servizi di vigilanza privata, le imprese possono impiegare unicamente guardie che abbiano prestato giuramento di fedeltà alla Repubblica italiana e al Capo dello Stato, dinanzi al Prefetto, in italiano.

46 A tale proposito, benché tale norma si applichi in modo identico sia agli operatori stabiliti in Italia sia a quelli provenienti da altri Stati membri che intendono svolgere la loro attività nel territorio italiano, essa ciò non di meno costituisce per qualsiasi operatore non stabilito in Italia un ostacolo all'esercizio della sua attività in questo Stato membro che pregiudica il suo accesso al mercato.

47 Infatti, rispetto agli operatori provenienti da altri Stati membri che intendono svolgere la loro attività in Italia, quelli insediati in una provincia italiana possono disporre con maggiore facilità di personale che accetti di prestare il giuramento richiesto dalla normativa italiana. È quindi palese che siffatta promessa solenne di fedeltà alla Repubblica italiana e al Capo dello Stato, data la sua portata simbolica, sarà pronunciata più agevolmente da cittadini di tale Stato membro o da soggetti già stabiliti in detto Stato. Di conseguenza, gli operatori stranieri sono posti in una situazione svantaggiosa rispetto agli operatori italiani insediati in Italia.

48 Pertanto, il giuramento controverso, così imposto ai dipendenti delle imprese di vigilanza privata, costituisce, per gli operatori non stabiliti in Italia, un ostacolo alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi.

49 Per quanto riguarda il motivo dedotto in subordine dalla Repubblica italiana per giustificare l'ostacolo così constatato alle libertà garantite dagli artt. 43 CE e 49 CE e relativo alla tutela dell'ordine pubblico, si deve ricordare che la nozione di ordine pubblico può essere richiamata in caso di minaccia effettiva e sufficientemente grave ad uno degli interessi fondamentali della collettività. Come tutte le deroghe ad un principio fondamentale del Trattato, l'eccezione di ordine pubblico va interpretata in modo restrittivo (v. sentenza Commissione/Belgio, cit., punto 28 e giurisprudenza ivi citata).

50 Orbene, non si può ritenere che le imprese di vigilanza privata stabilite in Stati membri diversi dalla Repubblica italiana potrebbero realizzare, esercitando il loro diritto alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi e assumendo personale che non ha prestato giuramento di fedeltà alla Repubblica italiana e al Capo dello Stato, una minaccia effettiva e grave ad un interesse fondamentale della collettività.

51 Da quanto precede emerge che il requisito del giuramento che risulta dalla normativa italiana è contrario agli artt. 43 CE e 49 CE.

52 La prima censura dedotta dalla Commissione a sostegno del suo ricorso è quindi fondata.

Sulla seconda censura, relativa alla violazione dell'art. 49 CE a motivo dell'obbligo di detenere una licenza con validità territoriale

Argomenti delle parti

53 Secondo la Commissione, l'obbligo di ottenere una previa autorizzazione valida su una data parte del territorio italiano, di cui all'art. 134 del Testo Unico, per mere prestazioni occasionali di servizi di vigilanza privata, costituisce una restrizione alla libera prestazione dei servizi ai sensi dell'art. 49 CE.

54 Siffatte restrizioni sono giustificabili soltanto nella misura in cui esse rispondano a motivi imperativi di interesse generale e, in particolare, tale interesse generale non sia garantito dagli obblighi cui il prestatore di servizi è già soggetto nello Stato membro in cui è stabilito.

55 La Repubblica italiana fa valere, in via principale, l'applicazione delle deroghe di cui agli artt. 45 CE e 55 CE.

56 In subordine, essa sostiene che, dal momento che il settore dell'attività in questione non è armonizzato e non vige in esso alcun regime di mutuo riconoscimento, persiste il potere dell'amministrazione dello Stato membro ospitante di sottoporre ad autorizzazione interna i soggetti provenienti da altri Stati membri.

57 Infine, la Repubblica italiana aggiunge che, in ogni caso, per valutare se l'autorizzazione possa essere concessa, l'amministrazione competente tiene conto, nella sua prassi, degli obblighi cui i prestatori sono già soggetti nello Stato di origine.

Giudizio della Corte

58 Secondo una giurisprudenza costante, una normativa nazionale che subordina l'esercizio di talune prestazioni di servizi sul territorio nazionale, da parte di un'impresa avente sede in un altro Stato membro, al rilascio di un'autorizzazione amministrativa costituisce una restrizione della libera prestazione dei servizi ai sensi dell'art. 49 CE (v., in particolare, sentenze 9 agosto 1994, causa C-43/93, Vander Elst, Racc. pag. I-3803, punto 15; Commissione/Belgio, cit., punto 35; 7 ottobre 2004, causa C-189/03, Commissione/Paesi Bassi, Racc. pag. I-9289, punto 17, e 18 luglio 2007, causa C-134/05, Commissione/Italia, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 23).

59 Inoltre, la limitazione dell'ambito di applicazione territoriale dell'autorizzazione che obbliga il prestatore, ai sensi dell'art. 136 del Testo Unico, a chiedere un'autorizzazione in ognuna delle province ove intende esercitare la sua attività, tenendo presente la suddivisione dell'Italia in 103 province, rende ancora più complicato l'esercizio della libera prestazione dei servizi (v., in tal senso, sentenza 21 marzo 2002, causa C-298/99, Commissione/Italia, Racc. pag. I-3129, punto 64).

60 Pertanto, una normativa quale quella in discussione nella presente causa è contraria, in via di principio, all'art. 49 CE e, di conseguenza, vietata da tale articolo, salvo essa sia giustificata da motivi imperativi d'interesse generale e a condizione, peraltro, di essere proporzionata rispetto allo scopo perseguito (v., in tal senso, sentenza 18 luglio 2007, Commissione/Italia, cit., punto 24).

61 Occorre in primo luogo rilevare che il requisito di un'autorizzazione amministrativa o di una licenza preventiva per l'esercizio di un'attività di vigilanza privata appare in sé idoneo a rispondere all'esigenza di tutela dell'ordine pubblico, tenuto conto della natura specifica dell'attività di cui trattasi.

62 Tuttavia, secondo giurisprudenza costante, una restrizione può essere giustificata solo qualora l'interesse generale dedotto non sia già tutelato dalle norme cui il prestatore è assoggettato nello Stato membro in cui è stabilito (v. sentenza 26 gennaio 2006, Commissione/Spagna, cit., punto 43).

63 Non si può dunque considerare necessaria per raggiungere lo scopo perseguito una misura adottata da uno Stato membro la quale, in sostanza, si sovrappone ai controlli già effettuati nello Stato membro in cui il prestatore è stabilito.

64 Nel caso di specie, la normativa italiana, non prevedendo che, ai fini del rilascio di una licenza, si tenga conto degli obblighi ai quali il prestatore di servizi transfrontaliero è già assoggettato nello Stato membro nel quale è stabilito, eccede quanto necessario per raggiungere lo scopo perseguito dal legislatore nazionale, che è quello di garantire uno stretto controllo sulle attività di cui trattasi (v., in tal senso, sentenze Commissione/Belgio, cit., punto 38; 29 aprile 2004, causa C-171/02, Commissione/Portogallo, Racc. pag. I-5645, punto 60; Commissione/Paesi Bassi, cit., punto 18, e 18 luglio 2007, Commissione/Italia, cit. supra, punto 25).

65 Quanto all'argomento della Repubblica italiana secondo cui vigerebbe una prassi amministrativa applicando la quale, al momento della decisione circa le richieste di autorizzazione, l'autorità competente terrebbe conto degli obblighi posti dallo Stato membro di origine, si deve rilevare che non è stata fornita prova di tale prassi. In ogni caso, per giurisprudenza costante, semplici prassi amministrative, per natura modificabili a piacimento dall'amministrazione e prive di adeguata pubblicità, non possono essere considerate valido adempimento degli obblighi del Trattato (v., in particolare, sentenza Commissione/Paesi Bassi, cit., punto 19).

66 Infine, come osservato al punto 44 della presente sentenza, le deroghe di cui agli artt. 45 CE e 55 CE non sono applicabili nella fattispecie in esame.

67 Pertanto, la seconda censura, relativa alla violazione dell'art. 49 CE a motivo dell'obbligo di licenza con validità territoriale, è fondata, mancando nella normativa italiana una disposizione che imponga espressamente di prendere in considerazione i requisiti previsti nello Stato membro di stabilimento.

Sulla terza censura, relativa alla violazione degli artt. 43 CE e 49 CE a motivo della territorialità della licenza e della rilevanza, ai fini del rilascio di tale licenza, del numero e dell'importanza delle imprese già operanti nel medesimo territorio

68 Come osservato al punto 59 della presente sentenza, dall'art. 136 del Testo Unico risulta che il fatto di disporre di una licenza consente di esercitare l'attività di vigilanza privata solo nel territorio per il quale essa è stata rilasciata.

69 Spetta peraltro al Prefetto valutare l'opportunità di rilasciare le licenze in considerazione del numero e dell'importanza delle imprese già attive nel territorio interessato.

Argomenti delle parti

70 Secondo la Commissione le disposizioni in parola rappresentano una restrizione ingiustificata e sproporzionata della libertà di stabilimento e, per il fatto stesso della licenza, della libera prestazione dei servizi.

71 Inoltre, essa sottolinea che il Prefetto, nel valutare il rischio per l'ordine pubblico costituito dalla presenza di un numero eccessivo di imprese attive nel settore della vigilanza privata su un dato territorio, determinerebbe una situazione di incertezza giuridica per gli operatori provenienti da un altro Stato membro, aggiungendo che non è stata peraltro fornita la prova di una minaccia grave ed effettiva all'ordine e alla sicurezza pubblica.

72 La Repubblica italiana afferma che tale limitazione territoriale non è contraria all'art. 43 CE e che essa è direttamente connessa alla valutazione relativa alla tutela dell'ordine pubblico cui il Prefetto subordina il rilascio della licenza. Detta valutazione si fonde-

rebbe necessariamente su circostanze di natura puramente territoriale, come la conoscenza della criminalità organizzata su un dato territorio.

73 Essa fa infine valere che è opportuno vegliare a che tali imprese di vigilanza privata non si sostituiscano alla pubblica autorità.

Giudizio della Corte

74 La Repubblica italiana non contesta il fatto che la limitazione territoriale della licenza costituisca una restrizione sia alla libertà di stabilimento sia alla libera prestazione dei servizi, ai sensi della giurisprudenza della Corte citata al punto 17 della presente sentenza. In via principale, a sua difesa, essa richiama la tutela dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza, sottolineando, a tale riguardo, che l'attività di vigilanza privata deve svolgersi al riparo da infiltrazioni criminali di stampo locale.

75 Per quanto riguarda i motivi di ordine pubblico fatti valere dalla Repubblica italiana per giustificare siffatta restrizione, e alla luce della giurisprudenza costante della Corte quale ricordata al punto 49 della presente sentenza, anche ammettendo che il rischio di infiltrazioni di dette organizzazioni possa essere ritenuto esistente, la Repubblica italiana non asserisce né dimostra che il sistema delle licenze territoriali sarebbe l'unico idoneo ad eliminare tale rischio ed a garantire il mantenimento dell'ordine pubblico.

76 La Repubblica italiana non ha dimostrato che, al fine di non pregiudicare l'attuazione di un efficace controllo dell'attività di vigilanza privata, sia necessario rilasciare un'autorizzazione per ogni ambito territoriale provinciale in cui un'impresa di un altro Stato membro intende svolgere l'attività di cui trattasi a titolo della libertà di stabilimento o della libera prestazione dei servizi; va tenuto presente al riguardo che l'attività in parola, di per sé, non è tale da creare turbative per l'ordine pubblico.

77 A questo proposito, misure meno restrittive di quelle adottate dalla Repubblica italiana, ad esempio l'introduzione di controlli amministrativi regolari, potrebbero, in aggiunta al requisito di un'autorizzazione preventiva non limitata territorialmente, assicurare un risultato analogo e garantire il controllo dell'attività di vigilanza privata, in quanto l'autorizzazione in questione potrebbe essere del resto sospesa o revocata in caso di inadempienza degli obblighi incombenti alle imprese di vigilanza privata o di turbative all'ordine pubblico.

78 Infine, non può essere accolto nemmeno l'argomento secondo cui sarebbe necessario non consentire ad un numero eccessivo di imprese straniere di stabilirsi per esercitare attività di vigilanza privata o di offrire i loro servizi sul mercato italiano della vigilanza privata affinché dette imprese non si sostituiscano all'autorità di pubblica sicurezza, segnatamente in mancanza di identità fra l'attività di cui è causa e quella rientrante nell'esercizio di pubblici poteri, come esposto al punto 40 della presente sentenza.

79 Di conseguenza, le restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi che risultano dalla normativa controversa non sono giustificate.

80 Pertanto, la terza censura, relativa alla violazione degli artt. 43 CE e 49 CE a motivo della territorialità della licenza, è fondata.

Sulla quarta censura, relativa alla violazione dell'art. 49 CE a motivo dell'obbligo di avere una sede operativa in ogni provincia in cui viene esercitata l'attività di vigilanza privata

81 Dall'applicazione del Testo Unico e del regolamento di esecuzione risulta che le imprese di vigilanza privata sono tenute ad avere una sede operativa in ogni provincia in cui intendono esercitare la loro attività.

Argomenti delle parti

82 La Commissione sostiene che l'obbligo menzionato è una restrizione alla libera prestazione dei servizi non giustificata da alcuna ragione imperativa di interesse generale.

83 La Repubblica italiana, che non contesta la prassi prefettizia in questione né la restrizione alla libera prestazione dei servizi che essa comporta, fa valere che l'obbligo di disporre di una tale sede operativa o di locali è diretto ad assicurare, in particolare, un ragionevole livello di prossimità fra l'area di operatività delle guardie particolari giurate e l'esercizio delle responsabilità direttive, di comando e controllo del titolare della licenza.

Giudizio della Corte

84 Occorre, innanzi tutto, ricordare che, secondo costante giurisprudenza, la condizione in base alla quale un'impresa di sorveglianza deve avere la sua sede di attività nello Stato membro in cui è fornito il servizio è direttamente in contrasto con la libera prestazione dei servizi in quanto rende impossibile, in tale Stato, la prestazione di servizi da parte dei prestatori stabiliti in altri Stati membri (v., in particolare, sentenze Commissione/Belgio, cit., punto 27, nonché 18 luglio 2007, Commissione/Italia, cit., punto 43 e giurisprudenza ivi citata).

85 È pacifico che la prassi di cui trattasi nella fattispecie costituisce un ostacolo, in via di principio vietato, alla libera prestazione dei servizi garantita dall'art. 49 CE, come del resto ammesso dalla la Repubblica italiana.

86 Orbene, una tale restrizione alla libera prestazione dei servizi non può ritenersi giustificata, qualora non siano soddisfatte le condizioni ricordate al punto 18 della presente sentenza, e ciò in quanto la condizione relativa alla sede operativa eccede quanto necessario per raggiungere lo scopo perseguito, che è quello di assicurare un efficace controllo dell'attività di vigilanza privata.

87 Il controllo dell'attività di vigilanza privata, infatti, non è assolutamente condizionato dall'esistenza di una sede operativa in ogni provincia di detto Stato nell'ambito della quale le imprese intendono esercitare la loro attività a titolo della libera prestazione dei servizi. Un regime di autorizzazioni e gli obblighi che ne discendono, purché, come osservato al punto 62 della presente sentenza, le condizioni da rispettare per ottenere tale autorizzazione non si sovrappongano alle condizioni equivalenti già soddisfatte dal prestatore di servizi transfrontaliero nello Stato membro di stabilimento, sono sotto quest'aspetto sufficienti per conseguire lo scopo di controllo dell'attività di vigilanza privata (v., in tal senso, sentenza 11 marzo 2004, causa C-496/01, Commissione/Francia, Racc. pag. I-2351, punto 71).

88 Si deve quindi constatare che, obbligando i prestatori di servizi ad avere una sede operativa in ogni provincia in cui viene esercitata l'attività di vigilanza privata, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che ad essa incombono ai sensi dell'art. 49 CE.

89 Di conseguenza, la quarta censura dev'essere accolta.

Sulla quinta censura, relativa alla violazione dell'art. 49 CE a motivo dell'esigenza di autorizzazione del personale delle imprese di vigilanza privata

90 In applicazione dell'art. 138 del Testo Unico, l'esercizio dell'attività di guardia particolare giurata è soggetto ad un certo numero di requisiti. Peraltro, la nomina delle guardie giurate dev'essere approvata dal Prefetto.

Argomenti delle parti

91 Secondo la Commissione, l'instaurazione di tale autorizzazione per il personale delle imprese di vigilanza privata insediate in altri Stati membri è contraria all'art. 49 CE poiché la legislazione nazionale non tiene conto dei controlli ai quali ogni guardia particolare giurata è soggetta nello Stato membro d'origine.

92 La Repubblica italiana afferma che tale censura dovrebbe essere esaminata solo sotto il profilo della libera circolazione dei lavoratori. Inoltre, essa ribadisce la difesa già

prospettata in base all'art. 55 CE relativamente alla partecipazione degli interessati all'esercizio di pubblici poteri.

Giudizio della Corte

93 La Corte ha già dichiarato che il requisito secondo il quale gli appartenenti al personale di un'impresa di vigilanza privata devono ottenere una nuova autorizzazione specifica nello Stato membro ospitante costituisce una restrizione non giustificata alla libera prestazione dei servizi di tali imprese ai sensi dell'art. 49 CE, in quanto non tiene conto dei controlli e delle verifiche già effettuati nello Stato membro di origine (citate sentenze Commissione/Portogallo, punto 66; Commissione/Paesi Bassi, punto 30, e 26 gennaio 2006, Commissione/Spagna, punto 55).

94 Orbene, ciò si verifica nel caso del Testo Unico. Pertanto, dal momento che l'argomento della Repubblica italiana relativo all'applicazione dell'art. 55 CE non è pertinente, come già dimostrato in precedenza, anche la quinta censura è fondata.

Sulla sesta censura, relativa alla violazione degli artt. 43 CE e 49 CE a motivo della fissazione di requisiti relativi al numero dei dipendenti

Argomenti delle parti

95 Secondo la Commissione, l'art. 257 del regolamento di esecuzione prevede il requisito di un numero minimo e/o massimo come organico di guardie particolari giurate per ogni impresa di vigilanza privata.

96 Essa cita, peraltro, tre autorizzazioni prefettizie, rilasciate da Prefetti di province diverse, in cui è menzionato il numero di guardie particolari assunte da imprese di vigilanza privata.

97 La Commissione ritiene che sulla gestione delle imprese di vigilanza gravi un vincolo assai pesante, poiché, da un lato, il numero esatto dei dipendenti impiegati in ciascuna sede provinciale è un elemento indefettibile della domanda di licenza e, dall'altro, ogni modifica dell'organico del personale dipendente deve essere autorizzata dal Prefetto. Un obbligo siffatto costituirebbe un ostacolo ingiustificato e sproporzionato sia all'esercizio del diritto di stabilimento sia alla libera prestazione dei servizi.

98 La Repubblica italiana fa valere che l'unico obbligo imposto dalla lettera della legge riguarda la necessità di comunicare al Prefetto la composizione dell'organico del personale dipendente, al fine di porre l'autorità di pubblica sicurezza in condizione di sapere quante persone in armi prestano servizio in un dato territorio, e ciò per l'espletamento dei necessari controlli.

99 Essa aggiunge che le autorizzazioni prefettizie, citate a titolo esemplificativo dalla Commissione, considerano solamente i dipendenti dichiarati dai responsabili stessi delle imprese di vigilanza privata e, di per sé, non impongono alcun obbligo.

Giudizio della Corte

100 È pacifico che, in applicazione dell'art. 257 del regolamento di esecuzione, qualsiasi variazione o modifica nel funzionamento dell'impresa, segnatamente una modifica del numero delle guardie impiegate, deve essere comunicata al Prefetto e da questo autorizzata. L'autorizzazione prefettizia necessaria per l'esercizio dell'attività di vigilanza privata viene quindi concessa tenuto conto, in particolare, dell'organico del personale dipendente.

101 Una tale condizione può indirettamente indurre a vietare un aumento o una diminuzione del numero di persone assunte dalle imprese di vigilanza privata.

102 Detta circostanza è tale da incidere sull'accesso degli operatori stranieri al mercato italiano dei servizi di vigilanza privata. Tenuto conto, infatti, delle limitazioni così imposte al potere di organizzazione e direzione dell'operatore economico e delle relative conse-

guenze in termini di costi, le imprese straniere di vigilanza privata possono essere dissuase dal costituire stabilimenti secondari o filiali in Italia o dall'offrire i loro servizi sul mercato italiano.

103 Per quanto riguarda il motivo dedotto dalla Repubblica italiana per giustificare l'ostacolo alle libertà garantite dagli artt. 43 CE e 49 CE, è giocoforza constatare che l'obbligo di assoggettare ad autorizzazione del Prefetto qualsiasi modifica nel funzionamento dell'impresa non può essere immediatamente qualificato inidoneo a conseguire lo scopo ad esso attribuito di realizzare un controllo efficace sull'attività di cui trattasi (v., in tal senso, sentenza 18 luglio 2007, Commissione/Italia, cit., punto 59).

104 Tuttavia, la Repubblica italiana non ha sufficientemente dimostrato in diritto che il controllo della fissazione del numero dei dipendenti richiesto dalla legislazione in vigore è necessario per raggiungere lo scopo perseguito.

105 Di conseguenza la sesta censura dev'essere accolta.

Sulla settima censura, relativa alla violazione degli artt. 43 CE e 49 CE a motivo dell'obbligo di versare una cauzione presso la Cassa depositi e prestiti

106 Ai sensi dell'art. 137 del Testo Unico, le imprese di vigilanza privata sono tenute a versare una cauzione, nella misura da stabilirsi dal Prefetto, presso la sezione della Tesoreria provinciale dello Stato, a favore della Cassa depositi e prestiti, in ciascuna provincia in cui sono autorizzate ad esercitare la loro attività. Detta cauzione è diretta a garantire il pagamento di eventuali sanzioni amministrative in caso di inosservanza delle condizioni che disciplinano il rilascio della licenza.

Argomenti delle parti

107 Secondo la Commissione, tale requisito impone un onere economico supplementare alle imprese che non hanno la loro sede principale in Italia, in quanto la norma di legge italiana non tiene conto dell'eventuale identico obbligo che può già esistere nello Stato membro di origine.

108 La Repubblica italiana osserva che, non essendo l'attività di vigilanza privata soggetta ad armonizzazione comunitaria, non si può che tener conto caso per caso della possibilità che l'impresa stabilita in altro Stato membro abbia già potuto prestare nello Stato membro di origine idonee garanzie presso istituti di credito analoghi alla Cassa depositi e prestiti italiana.

Giudizio della Corte

109 La Corte ha già dichiarato, in materia di vigilanza privata, che l'obbligo di provvedere ad un deposito cauzionale presso una cassa depositi e prestiti può ostacolare o scoraggiare l'esercizio della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, ai sensi degli artt. 43 CE e 49 CE, nella misura in cui essa rende la fornitura di prestazioni di servizi o la costituzione di una filiale o di uno stabilimento secondario più onerosa per le imprese di vigilanza privata stabilite in altri Stati membri rispetto a quelle stabilite nello Stato membro di destinazione (v. sentenza 26 gennaio 2006, Commissione/Spagna, cit., punto 41).

110 Si deve osservare che, nel caso di specie, l'obbligo di versare una cauzione va adempiuto in ciascuna delle province in cui l'impresa intende esercitare la sua attività.

111 Una restrizione siffatta può essere giustificata solo in quanto l'interesse generale dedotto, vale a dire porre a disposizione delle autorità italiane somme che garantiscano l'assolvimento di tutti gli obblighi di diritto pubblico sanciti dalla normativa nazionale vigente, non sia già tutelato dalle norme cui il prestatore è assoggettato nello Stato membro in cui è stabilito.

112 A tale riguardo, la normativa italiana richiede il deposito di cauzioni senza tenere conto di eventuali garanzie già prestate nello Stato membro di origine.

113 Orbene, dalle osservazioni della Repubblica italiana risulta che le autorità prefettizie competenti, nelle loro prassi, prenderebbero in considerazione, caso per caso, le cauzioni versate presso istituti di credito di altri Stati membri analoghi alla Cassa depositi e prestiti.

114 Con questa prassi, la Repubblica italiana stessa riconosce che il deposito di una nuova cauzione in ciascuna delle province in cui l'operatore, proveniente da altri Stati membri, intende esercitare la sua attività in base alla libertà di stabilimento o della libera prestazione dei servizi non è necessario per raggiungere lo scopo perseguito.

115 In tale contesto, la settima censura è fondata.

Sull'ottava censura, relativa alla violazione dell'art. 49 CE a motivo dell'imposizione di un controllo amministrativo dei prezzi

116 In base all'art. 257 del regolamento di esecuzione, il Prefetto è incaricato di approvare le tariffe applicate dalle imprese a ogni prestazione di sicurezza privata. Qualsiasi modifica di tali tariffe deve essere autorizzata alle stesse condizioni.

117 Peraltro, dalla circolare del Ministero dell'Interno dell'8 novembre 1999, n. 559/C. 4770.10089. D, risulta che i Prefetti fissano una tariffa legale per ciascun tipo di servizio, nonché un'oscillazione percentuale della citata tariffa all'interno della quale ogni impresa è libera di scegliere la propria tariffa per ciascun servizio.

118 I Prefetti devono verificare che le tariffe proposte rientrino nell'ambito della citata fascia di oscillazione prima di approvarle. Nel caso in cui quest'ultima non sia osservata, i titolari delle imprese devono giustificare la fissazione di tariffe non conformi, spettando ai Prefetti accertare se le imprese possano operare su tale base. Se detta ultima condizione non può essere dimostrata in maniera inequivocabile, le tariffe non vengono approvate e, di conseguenza, la licenza non può essere rilasciata.

Argomenti delle parti

119 La Commissione ritiene che tale disciplina non sia compatibile con la libera prestazione dei servizi. Considerato il controllo dei prezzi così realizzato, le tariffe praticate in Italia impedirebbero ad un prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro di presentarsi sul mercato italiano o di offrire i suoi servizi a prezzi più vantaggiosi di quelli praticati dai suoi concorrenti in Italia, o di proporre servizi più costosi ma ad elevato valore aggiunto, e dunque più concorrenziali.

120 Una tale disciplina costituirebbe una misura idonea ad ostacolare l'accesso al mercato dei servizi di vigilanza privata, per il fatto di impedire un'efficace concorrenza sul piano dei prezzi.

121 La Repubblica italiana fa valere che la regolamentazione controversa risulta giustificata dalla necessità di evitare la fornitura di servizi a prezzi eccessivamente bassi, che determinerebbero inevitabilmente uno scadimento del servizio, compromettendo quindi, in particolare, la tutela di interessi fondamentali riguardanti la sicurezza pubblica.

Giudizio della Corte

122 Secondo una costante giurisprudenza, l'art. 49 CE osta all'applicazione di qualsiasi normativa nazionale che abbia l'effetto di rendere la prestazione di servizi tra gli Stati membri più difficile della prestazione di servizi puramente interna ad uno Stato membro (v. citata sentenza 18 luglio 2007, Commissione/Italia, punto 70).

123 Per quanto riguarda le tariffe minime obbligatorie, la Corte ha già dichiarato che una normativa che vieti in maniera assoluta di derogare convenzionalmente agli onorari

minimi determinati da una tariffa forense per prestazioni che sono, al tempo stesso, di natura giudiziale e riservate agli avvocati, costituisce una restrizione della libera prestazione dei servizi prevista dall'art. 49 CE (sentenza 5 dicembre 2006, cause riunite C-94/04 e C-202/04, Cipolla e a., Racc. pag. I-11421, punto 70, e 18 luglio 2007, Commissione/Italia, cit., punto 71).

124 Nella controversia in esame, la circolare n. 559/C. 4770.10089. D, menzionata al punto 117 della presente sentenza, riconosce ai Prefetti un potere decisionale relativo alla fissazione di una tariffa di riferimento e all'approvazione delle tariffe proposte dagli operatori, con conseguente diniego dell'autorizzazione qualora le dette tariffe non siano state approvate.

125 La restrizione così apportata alla libera fissazione delle tariffe è idonea a restringere l'accesso al mercato italiano dei servizi di vigilanza privata di operatori, stabiliti in altri Stati membri, che intendano offrire i loro servizi nello Stato in questione. Tale limitazione, infatti, ha, da un lato, l'effetto di privare gli operatori in parola della possibilità di porre in essere, offrendo tariffe inferiori a quelle fissate da una tariffa imposta, una concorrenza più efficace nei confronti degli operatori economici installati stabilmente in Italia e ai quali, pertanto, risulta più facile che agli operatori economici stabiliti all'estero fidelizzare la clientela (v., in tal senso, sentenza 18 luglio 2007, Commissione/Italia, cit., punto 72 e giurisprudenza ivi citata). Dall'altro, questa stessa limitazione è idonea ad impedire ad operatori stabiliti in altri Stati membri di inserire nelle tariffe delle loro prestazioni taluni costi che non devono sopportare gli operatori stabiliti in Italia.

126 Infine, il margine d'oscillazione concesso agli operatori non è tale da compensare gli effetti della limitazione così apportata alla libera fissazione delle tariffe.

127 Si realizza pertanto una restrizione alla libera prestazione dei servizi garantita dall'art. 49 CE.

128 Per quanto riguarda i motivi dedotti dalla Repubblica italiana per giustificare la restrizione di cui trattasi, detto Stato membro non ha fornito elementi idonei a dimostrare le conseguenze positive del regime di fissazione dei prezzi né in relazione alla qualità dei servizi prestati ai consumatori, né in relazione alla sicurezza pubblica.

129 In tale contesto, occorre concludere che l'ottava censura è fondata.

130 Alla luce di quanto precede, si deve constatare che, avendo disposto, nell'ambito del Testo Unico, che:

– l'attività di guardia particolare possa essere esercitata solo previa prestazione di un giuramento di fedeltà alla Repubblica italiana, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa derivanti dagli artt. 43 CE e 49 CE;

– l'attività di vigilanza privata possa essere esercitata dai prestatori di servizi stabiliti in un altro Stato membro solo [previo] rilascio di un'autorizzazione del Prefetto con validità territoriale, senza tenere conto degli obblighi cui tali prestatori sono già assoggettati nello Stato membro di origine, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa derivanti dall'art. 49 CE;

– la detta autorizzazione abbia una validità territoriale limitata ed il suo rilascio sia subordinato alla considerazione del numero e dell'importanza delle imprese di vigilanza privata già operanti nel territorio in questione, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa derivanti dagli artt. 43 CE e 49 CE;

– le imprese di vigilanza privata debbano avere una sede operativa in ogni provincia in cui esse esercitano la propria attività, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa derivanti dall'art. 49 CE;

- il personale delle suddette imprese debba essere individualmente autorizzato ad esercitare attività di vigilanza privata, senza tenere conto dei controlli e delle verifiche già effettuati nello Stato membro di origine, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa derivanti dall'art. 49 CE;
- le imprese di vigilanza privata debbano utilizzare un numero minimo e/o massimo di personale per essere autorizzate, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa derivanti dagli artt. 43 CE e 49 CE;
- le imprese di cui trattasi debbano versare una cauzione presso la Cassa depositi e prestiti, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa derivanti dagli artt. 43 CE e 49 CE, e
- i prezzi per i servizi di vigilanza privata siano fissati con autorizzazione del Prefetto nell'ambito di un determinato margine d'oscillazione, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa derivanti dall'art. 49 CE.

Sulle spese

131 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, deve essere condannata alle spese.

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

1) Avendo disposto, nell'ambito del Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza, approvato con regio decreto 18 giugno 1931, n. 773, così come modificato, che:

- *l'attività di guardia particolare possa essere esercitata solo previa prestazione di un giuramento di fedeltà alla Repubblica italiana, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa derivanti dagli artt. 43 CE e 49 CE;*
- *l'attività di vigilanza privata possa essere esercitata dai prestatori di servizi stabiliti in un altro Stato membro solo [previo] rilascio di un'autorizzazione del Prefetto con validità territoriale, senza tenere conto degli obblighi cui tali prestatori sono già assoggettati nello Stato membro di origine, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa derivanti dall'art. 49 CE;*
- *la detta autorizzazione abbia una validità territoriale limitata ed il suo rilascio sia subordinato alla considerazione del numero e dell'importanza delle imprese di vigilanza privata già operanti nel territorio in questione, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa derivanti dagli artt. 43 CE e 49 CE;*
- *le imprese di vigilanza privata debbano avere una sede operativa in ogni provincia in cui esse esercitano la propria attività, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa derivanti dall'art. 49 CE;*
- *il personale delle suddette imprese debba essere individualmente autorizzato ad esercitare attività di vigilanza privata, senza tenere conto dei controlli e delle verifiche già effettuati nello Stato membro di origine, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa derivanti dall'art. 49 CE;*
- *le imprese di vigilanza privata debbano utilizzare un numero minimo e/o massimo di personale per essere autorizzate, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa derivanti dagli artt. 43 CE e 49 CE;*
- *le imprese di cui trattasi debbano versare una cauzione presso la Cassa depositi e prestiti, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa derivanti dagli artt. 43 CE e 49 CE, e*
- *i prezzi per i servizi di vigilanza privata siano fissati con autorizzazione del Prefetto nell'ambito di un determinato margine d'oscillazione, la Repubblica italiana è venuta meno*

agli obblighi ad essa derivanti dall'art. 49 CE.

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

(doc. 2)

Sentenza del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) 29 maggio – 5 settembre 2007, n. 4647, sul ricorso in appello proposto dalla Lottomatica S.p.A./Istituti di vigilanza riuniti d'Italia – I.V.R.I. S.p.A.

«(Omissis)

In diritto

I. L'appello principale è fondato e deve essere accolto.

I.1. Deve innanzitutto respingersi la preliminare eccezione di improcedibilità dell'appello principale, sollevata dagli Istituti di Vigilanza Riuniti d'Italia S.p.A., sul rilievo che la Lottomatica S.p.A. avrebbe dato esecuzione alla sentenza impugnata, avendo chiesto con la nota in data 19 gennaio 2007 alla impresa aggiudicataria Flash & Capitalpol S.p.A. e alla controinteressata Centralpol S.r.l. precisazioni in merito agli elementi costitutivi dell'offerta proprio in relazione alla deroga alla tariffa di legalità autorizzata dal Prefetto.

È noto infatti che l'esecuzione della sentenza immediatamente esecutiva, qual è quella di primo grado (sospesa solo per effetto del decreto cautelare presidenziale n. 835 del 14 febbraio 2007, sostanzialmente confermato dalla successiva ordinanza n. 1482 del 20 marzo 2007), esclude che possa integrare la fattispecie di acquiescenza, tanto più che la società Lottomatica S.p.A. nella predetta nota del 19 gennaio 2007 ha espressamente rappresentato la volontà di non accettare la sentenza di cui si tratta, precisando che era in corso la relativa impugnazione.

I.2. Passando all'esame del merito del gravame, la Sezione ritiene indispensabile premettere in punto di fatto che, come emerge dalla documentazione in atti (ed in particolare dal paragrafo 5 del foglio illustrativo dell'oggetto della gara, delle modalità di partecipazione e di aggiudicazione, nonché della stipula del contratto), la *lex specialis* disciplinante la gara per l'affidamento del Servizio di vigilanza non armata, ponte radio e *reception* prevedeva espressamente che l'aggiudicazione sarebbe avvenuta in favore del concorrente che avesse offerto il prezzo più basso, ai sensi dell'articolo 23, comma 1, lett. a), del decreto legislativo n. 157 del 1995, valutato in relazione al corrispettivo mensile per lo svolgimento del citato servizio di vigilanza non armata, ponte radio e *reception*, esposto nella dichiarazione d'offerta, e che, in caso di offerta manifestamente ed anormalmente bassa, ai sensi dell'art. 25, comma 2, del ricordato decreto legislativo n. 157 del 1995, e dell'articolo 37, comma 1, della direttiva 92/50/CEE, la Commissione aggiudicatrice avrebbe chiesto al concorrente, prima dell'aggiudicazione, le necessarie giustificazioni e, qualora queste non fossero state ritenute valide, il concorrente sarebbe stato escluso; era precisato che nella valutazione della anomalia dell'offerta, la Commissione avrebbe considerato le tariffe prefettizie (c.d. tariffe di legalità) come parametri di congruità.

Inoltre l'esclusione dalla gara era prevista: a) per i componenti che avessero omesso di presentare anche uno solo dei documenti richiesti o che avessero presentato riserva in merito al loro contenuto o che comunque non si fossero attenuti alle modalità di cui ai precedenti paragrafi 2, 3 e 4; b) per le offerte nelle quali fossero state sollevate eccezioni o apposte condizioni di qualsiasi natura alle modalità di esecuzione del servizio specificate nello Schema di contratto e/o nel Capitolato Tecnico; c) per le offerte irregolari nella forma o nel contenuto ovvero difformi dalle specifiche del Contratto o del Capitolato Tecnico; d) per le impre-

se che avessero presentato situazioni di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c., con altre imprese offerenti nella presente gara.

Giova poi ricordare che, com'è noto, in sede di aggiudicazione dei contratti con la pubblica amministrazione la stazione appaltante è tenuta ad applicare in modo incondizionato le clausole inserite nella *lex specialis* in ordine ai requisiti di partecipazione ovvero alle cause di esclusione, atteso che il formalismo che caratterizza la disciplina delle procedure di gara risponde, per un verso, ad esigenze pratiche di certezza e celerità e, per altro verso, alla necessità di garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa e la parità di condizioni tra i concorrenti, con la conseguenza che se solo in presenza di un'equivoca formulazione della lettera di invito o del bando di gara può ammettersi un'interpretazione che consenta la più ampia ammissione degli aspiranti (C.d.S., sez. V, 31 gennaio 2006, n. 349), d'altra parte la pubblica amministrazione non può disporre l'esclusione dalla gara per cause diverse da quelle espressamente previste nella speciale disciplina di gara da essa stessa fissata, in virtù del principio dell'autovincolo e dell'affidamento, corollari dell'articolo 97 della Costituzione.

I.3. Ciò precisato, deve innanzitutto escludersi che (come del resto sul punto correttamente rilevato dai primi giudici) la violazione da parte dei concorrenti delle tariffe prefettizie (c.d. tariffe di legalità) poteva costituire ex se motivo di invalidità della relativa offerta e di esclusione dalla gara, ciò non essendo espressamente previsto dalla ricordata *lex specialis*.

D'altra parte, secondo un indirizzo giurisprudenziale di questa stessa Sezione, da cui non vi è motivo per discostarsi (sez. IV, 20 settembre 2005, n. 4816), nell'ordinamento giuridico italiano non si rinviene alcuna specifica disposizione normativa, primaria o secondaria, che autorizzi i Prefetti a fissare, in via preventiva e con caratteri di generalità, tariffe minime ed inderogabili per i servizi di vigilanza, non essendo tali le disposizioni contenute negli articoli 9 e 134 del R.D. 18 giugno 1931, n. 773, e 257 del R.D. 6 maggio 1940, n. 635, tanto più che le (più recenti) circolari del Ministero dell'Interno (che hanno introdotto e configurato il nuovo sistema delle tariffe di legalità) si sono preoccupate di chiarire che l'atto di approvazione delle tariffe, mentre impedisce agli istituti di vigilanza di praticare prezzi più alto di quelli ivi stabiliti, non osta a richiedere prezzi inferiori a quelli minimi; pertanto deve escludersi qualsiasi valenza autorizzativo - prescrittiva dell'atto di approvazione delle tariffe di legalità, con la conseguenza, per un verso, che la violazione di queste ultime non comporta alcun effetto automatico di decadenza dal titolo e non spiega nemmeno effetti sulla valida prestazione dei relativi servizi e, per altro verso, che le predette tariffe costituiscono esclusivamente canoni di congruità dei prezzi praticati dagli istituti, ai diversi fini del controllo sulla serietà e affidabilità dell'impresa.

Pertanto in alcun modo la asserita violazione della tariffa di legalità poteva comportare l'invalidità dell'offerta dell'aggiudicatario e della controinteressata e tanto meno l'automatica esclusione dalla gara.

I.4. Diversamente da quanto affermato dai primi giudici, la violazione della tariffa di legalità non implica automaticamente una fattispecie dell'anomalia dell'offerta.

Infatti, secondo le disposizioni della *lex specialis* della gara (riportate nel richiamato paragrafo 5 del foglio illustrativo e che devono essere puntualmente osservate anche dalla stazione appaltante, trattandosi, come si è avuto modo di accennare, di disposizioni poste a presidio dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, nonché di garanzia della par condicio dei concorrenti), ai fini della individuazione dell'offerta manifestamente e anormalmente bassa doveva farsi riferimento all'articolo 25, del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, a norma del quale sono sottoposte alla procedura di verifica le

offerte che presentano una percentuale di ribasso che superi di un quinto la media aritmetica dei ribassi delle offerte ammesse, calcolata senza tener conto delle offerte in aumento. Orbene, in punto di fatto è pacifico tra le parti che l'offerta presentata dalla società aggiudicataria (Flash & Capitalpol S.p.A.) e quella della controinteressata (Centralpol S.r.l.) non raggiungevano la soglia di anomalia, secondo la previsione del ricordato articolo 25 del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, così che non sussisteva alcun obbligo per l'amministrazione appaltante di avviare la procedura di verifica di anomalia delle offerte.

Diversamente opinando, del resto, il concetto di offerta anormalmente bassa sarebbe stato rimesso alla mera discrezionalità della stazione appaltante, violando così macroscopicamente i principi di trasparenza, buon andamento, affidamento e par condicio, a garanzia dei quali si pone, come pure rilevato, la *lex specialis* della gara, cui è vincolata – come sopra accennato – la stessa stazione appaltante, che non può essere disapplicarla.

Sotto altro profilo, poi, non può non rilevarsi che, seguendo la tesi dei primi giudici, verrebbe surrettiziamente reintrodotta sotto altra veste il valore prescrittivo ed inderogabile delle tariffe prefettizie di legalità che, invece, possono costituire solo parametro di valutazione nel giudizio di verifica dell'anomalia dell'offerta anomala, come risulta dalla stessa *lex specialis* della gara di cui si tratta (la cui clausola non è stata neppure oggetto di impugnativa).

II. Alla stregua delle considerazioni svolte deve essere accolto anche l'appello incidentale proposto dalla impresa aggiudicataria Flash & Capitalpol S.p.A., mentre deve essere respinto siccome infondato l'appello incidentale proposto dagli Istituti di Vigilanza Riuniti d'Italia S.p.A. (fondato sulla asserita erroneità della sentenza impugnata per non aver annullato l'impugnato provvedimento di aggiudicazione per la mancata esclusione delle offerte della aggiudicataria e della interessata).

A ciò consegue la riforma della sentenza impugnata ed il rigetto del ricorso proposto in primo grado dagli Istituti di Vigilanza Riuniti d'Italia – I.V.R.I. S.p.A..

La peculiarità delle questioni trattate giustifica la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione quarta, definitivamente pronunciando sull'appello proposto dalla Lottomatica S.p.A. avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sez. II, n. 326 del 27 gennaio 2007, così provvede:

- accoglie l'appello principale della Lottomatica S.p.a. e l'appello incidentale della società Flash & Capitalpol S.p.A.;
- respinge l'appello incidentale proposto dagli Istituti di Vigilanza Riuniti d'Italia – I.V.R.I. S.p.A.;
- per l'effetto, in riforma della impugnata sentenza, respinge il ricorso proposto in primo grado dagli Istituti di Vigilanza Riuniti d'Italia – I.V.R.I. S.p.A.;
- dichiara compensate le spese di entrambi i gradi di giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, il 29 maggio 2007, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quarta, nella Camera di Consiglio».

(doc. 3)

Circolare Ministero dell'Interno del 29 febbraio 2008 N. 557/PAS/2731/10089.D (1)

Oggetto: Corte di Giustizia delle Comunità Europee – Sentenza del 13 dicembre 2007 nella Causa C-465/05 (Commissione c/o Repubblica italiana), concernente l'ordinamento della sicurezza privata.

ai Sigg. ri Prefetti	Loro sedi
ai Sigg. ri Commissari del Governo	Trento e Bolzano
al Sig. Presidente della Giunta regionale della Valle d'Aosta	Aosta
ai Sigg.ri Questori	Loro sedi
e, per conoscenza,	
alla Presidenza del Consiglio dei Ministri	
Dipartimento delle Politiche Comunitarie	Roma
al Ministero dell'Economia e delle Finanze	
Dipartimento per le Politiche Fiscali	Roma
al Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale	Roma
al Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri	Roma
al Comando Generale del Corpo della Guardia di Finanza	Roma

Si premette che con sentenza del 13 dicembre 2007, in corso di pubblicazione nella G.U.C.E., la Corte di Giustizia della Comunità Europea, decidendo la causa C – 465/05 (Commissione Europea c/o Repubblica italiana), ha deliberato che la normativa italiana recante l'ordinamento della sicurezza privata e, in particolare, le disposizioni del Testo Unico delle leggi di pubblica sicurezza (artt. da 133 a 141) e quelle corrispondenti del relativo regolamento di esecuzione (artt. da 249 a 260) sono in contrasto con gli artt. 43 e 49 del Trattato istitutivo della Comunità Europea (versione in vigore dal 1° febbraio 2003) (1), concernenti, rispettivamente, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi.

Rinviando al testo integrale della sentenza, disponibile nel sito web della Corte "curia.europa.eu/it/index.htm", dove è possibile prenderne lettura ed estrarne copia compilando il modulo di ricerca con gli estremi della causa sopra riportati, si richiama l'attenzione delle SS.LL. sul dispositivo, nel quale il Giudice europeo ha stabilito che:

"Avendo disposto, nell'ambito del Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza, approvato con regio decreto 18 giugno 1931, n. 773, così come modificato, che:

1) l'attività di guardia particolare possa essere esercitata solo previa prestazione di un giuramento di fedeltà alla Repubblica italiana, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa derivanti dagli artt. 43 CE e 49 CE;

2) l'attività di vigilanza privata possa essere esercitata dai prestatori di servizi stabiliti in un altro Stato membro solo [previo] rilascio di un'autorizzazione del Prefetto con validità territoriale, senza tenere conto degli obblighi cui tali prestatori sono già assoggettati nello Stato membro di origine, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa derivanti dall'art. 49 CE;

(1) Come noto, il trattato di Roma 25 marzo 1957, ratificato e reso esecutivo in Italia con legge 14 ottobre 1957, n. 1203, è stato successivamente modificato più volte, e in particolare con il Trattato di Nizza del 26 febbraio 2001, che ha stabilito anche la data di entrata in vigore del testo aggiornato, ratificato e reso esecutivo in Italia con legge 11 maggio 2002, n. 102.

- 3) *la detta autorizzazione abbia una validità territoriale limitata ed il suo rilascio sia subordinato alla considerazione del numero e dell'importanza delle imprese di vigilanza privata già operanti nel territorio in questione, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa derivanti dagli artt. 43 CE e 49 CE;*
- 4) *le imprese di vigilanza privata debbano avere una sede operativa in ogni provincia in cui esse esercitano la propria attività, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa derivanti dall'art. 49 CE;*
- 5) *il personale delle suddette imprese debba essere individualmente autorizzato ad esercitare attività di vigilanza privata, senza tenere conto dei controlli e delle verifiche già effettuati nello Stato membro di origine, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa derivanti dall'art. 49 CE;*
- 6) *le imprese di vigilanza privata debbano utilizzare un numero minimo e/o massimo di personale per essere autorizzate, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa derivanti dagli artt. 43 CE e 49 CE;*
- 7) *le imprese di cui trattasi debbano versare una cauzione presso la Cassa depositi e prestiti, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa derivanti dagli artt. 43 CE e 49 CE;*
- 8) *i prezzi per i servizi di vigilanza privata siano fissati con autorizzazione del Prefetto nell'ambito di un determinato margine d'oscillazione, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa derivanti dall'art. 49 CE.*"

In ragione di quanto sopra e, ancor più, delle ben note criticità del settore della sicurezza privata (oggetto, come si ricorderà, di uno speciale monitoraggio svolto nel corso del 2004), questo Ministero ha avviato le iniziative occorrenti per l'adeguamento della normativa di cui trattasi, attraverso una complessa riarticolazione delle disposizioni vigenti, soprattutto di carattere regolamentare, in modo da garantire, in un sistema aperto alla concorrenza, una maggiore affidabilità dei servizi di sicurezza privata e, soprattutto, una tutela adeguata del personale operante e dei profili di sicurezza pubblica e di ordine pubblico.

Poiché la decisione della Corte di Giustizia è immediatamente attivabile presso il giudice nazionale e deve comunque informare l'azione della pubblica amministrazione, anche al fine di evitare le conseguenze negative dell'eventuale inottemperanza al "giudicato" comunitario, è opportuno, nelle more della avviata riforma normativa, fornire qui di seguito le indicazioni formulate sulla scorta dei lavori preparatori del provvedimento *in itinere* e della giurisprudenza nazionale e comunitaria più recente.

1) Giuramento:

la formula del giuramento contenuta nell'articolo 5 della legge 23 dicembre 1946, n. 478 deve ritenersi ormai riservata alle sole guardie giurate che espletano effettivamente pubbliche funzioni (quelle di rilevazione delle violazioni amministrative e, più in generale, dove riconosciuto dalla giurisprudenza, quelle di polizia giudiziaria) (2).

In attesa della revisione normativa in corso, può ritenersi che tale formula di giuramento continui provvisoriamente ad essere efficace, stante anche la giurisprudenza della Corte

(2) In particolare, il giuramento con la formula tradizionale è dovuto, in relazione alle funzioni di natura pubblicistica ad esse attribuite dalla legge, dalle guardie volontarie zoofile dell'ENPA (ex art. 5 del D.P.R. 31.3.1979 s.n.), dalle guardie volontarie addette alla vigilanza ittica (ex art. 22 della legge n. 963/1965) e venatoria (ex art. 27 della legge n. 157 del 1992). Per i "guardia parchi" dovrà farsi riferimento agli specifici ordinamenti, rappresentando che, comunque, i dipendenti pubblici giurano con le formule di cui alla legge n. 478/1946 citata nel testo.

di Cassazione che ha riconosciuto, sia pure in determinate occasioni, lo svolgimento di funzioni di polizia giudiziaria (si confronti per tutte Sez. I, sent. n. 782 del 26-01-1994).

Per gli appartenenti ad altri Stati membri dell'Unione Europea, stante, comunque, la previsione di un giuramento, che la Corte di giustizia non ha di per sé censurato, dovrà adottarsi una formula che non implichi un impegno di fedeltà "alla Repubblica Italiana", né "al Capo dello Stato" italiano, evidentemente inappropriato per quei cittadini comunitari, che pure possono svolgere l'attività di guardia giurata nel nostro Paese (ex art. 138 T.U.L.P.S., come modificato dalla legge n. 39/2002).

Al fine di consentire a questi ultimi di svolgere l'attività di vigilanza senza restrizioni inappropriate, il testo normativo "*in itinere*" ha individuato la seguente formula: "Giuro di osservare lealmente le leggi e le altre disposizioni vigenti nel territorio dello Stato e di adempiere le funzioni affidatemi con coscienza e diligenza, nel rispetto dei diritti dei cittadini", che appare pertinente allo scopo e non discriminatoria nei confronti degli addetti ai servizi di vigilanza che dovessero essere cittadini di altro Stato membro dell'Unione Europea, stabiliti in Italia, o dipendenti da imprese di vigilanza stabilite in Italia.

Nelle more dell'emanando regolamento, e tenuto anche conto del fatto che la presente circolare non può impegnare, per sua natura, gli organi di altre Amministrazioni, si ravvisa l'opportunità di far prestare il giuramento prescritto, nella nuova formula sopra detta, davanti alla medesima autorità amministrativa (il Prefetto) che approva la nomina delle guardie particolari, o un suo delegato, facendone annotazione in calce al decreto di approvazione. Ove disponibile un servizio di traduzione asseverata, sarà consentito il giuramento nella lingua materna o in altra lingua europea conosciuta dall'interessato.

Resta inteso che il giuramento già prestato con la formula e nei modi tradizionali resterà comunque perfettamente valido.

2) Oneri assolti nello Stato d'origine:

Nel caso di rilascio della licenza a titolari o rappresentanti di istituti già stabiliti in altro Stato membro dell'Unione Europea, il Prefetto terrà conto degli obblighi cui gli interessati sono assoggettati nello Stato membro d'origine.

In particolare:

ai fini dell'accertamento della "capacità tecnica" (per la quale vds. punto 3), si terrà conto della professionalità, della struttura organizzativa, della dotazione di mezzi e di attrezzature già in possesso nello Stato d'origine, sempre che ne sia dimostrata la disponibilità per i servizi da svolgersi in Italia, e fermi restando gli altri obblighi di legge vigenti in Italia, in particolare per quanto concerne la conformità dei mezzi e delle attrezzature alle norme nazionali di riferimento;

relativamente alla cauzione, si precisa che essa potrà essere prestata con le modalità previste dall'art. 14 del regolamento di esecuzione del TULPS, come modificato dal D.P.R. 28 maggio 2001, n. 311, anche presso un istituto bancario o assicurativo dello Stato d'origine, accreditato in Italia. Una nuova cauzione potrebbe non essere necessaria qualora l'interessato dimostri che la cauzione, la fideiussione o la polizza assicurativa già prestata nello Stato d'origine, adeguata, anche nell'ammontare, a quella richiesta in Italia in analoghe circostanze, sia assistita da un'ideale clausola di pagamento a favore delle competenti autorità italiane, a semplice richiesta del Prefetto, ai fini dell'eventuale incameramento, totale o parziale, di cui all'art. 137, terzo comma, del T.U.L.P.S (3).

(3) *Cfr.* sul punto, le argomentazioni della Corte di Giustizia CE nella sentenza del 26 gennaio 2006 sulla causa C-514/03 nei confronti della Spagna (punti 41-44).

Pertanto, i sigg.ri Prefetti, cui sia eventualmente richiesto il rilascio di una licenza da parte del titolare o rappresentante di un istituto già autorizzato ad operare in altro Stato membro dell'Unione Europea, richiederanno gli elementi istruttori alle competenti autorità dello Stato d'origine per il tramite del Dipartimento della pubblica sicurezza, nonché, relativamente alla prestazione della cauzione dall'estero, al competente ufficio del Ministero dell'Economia e delle Finanze, per i profili tecnico-finanziari di competenza.

3) Superamento del limite provinciale:

Sia per i richiedenti nazionali che per quelli appartenenti ad altri Stati membri dell'Unione Europea, il limite provinciale cessa di essere una caratteristica indefettibile della licenza, per adeguarsi alla libera articolazione dell'iniziativa economica privata. Inoltre, la facoltà di cui al secondo comma dell'art. 136 del T.U. delle leggi di p.s., di negare la licenza "*in considerazione del numero o della importanza degli istituti già esistenti*", non potrà più trovare applicazione, in quanto contraria, secondo il giudicato della Corte europea, agli artt. 43 e 49 del Trattato CE (4).

Permangono, invece, non censurati dalla Corte di Giustizia ed anzi destinati a costituire i cardini della nuova disciplina di settore, i parametri concernenti i requisiti di affidabilità dei soggetti interessati, la capacità tecnica, le eventuali controindicazioni inerenti la sicurezza pubblica o l'ordine pubblico, di cui, rispettivamente, agli articoli 134, secondo comma, e 136, primo e ultimo comma, del T.U. delle leggi di p.s.

In attesa della più compiuta disciplina regolamentare, che potrà prevedere ambiti territoriali differenziati e differenziate caratteristiche tecnico-organizzative e dimensionali dell'istituto, in reciproca relazione, si ritiene necessario formulare le seguenti direttive: relativamente alle caratteristiche della licenza ed al rilascio della stessa:

la licenza sarà rilasciata, fino a diversa determinazione, dal Prefetto competente per il luogo in cui il richiedente avrà individuato la sede tecnico-operativa, nella quale assolvere gli obblighi di direzione e gestione dell'istituto e quelli di conclusione degli affari concernenti i servizi di vigilanza, con i connessi obblighi di cui all'art. 135 T.U.L.P.S..

La licenza individuerà, quindi, secondo la richiesta degli interessati e sussistendo i prescritti requisiti di affidabilità e capacità, l'ambito funzionale e territoriale prescelto (il tipo o i tipi di servizio che si intende svolgere; la o le province ovvero la o le regioni in cui si intende operare), acquisito il parere dei Prefetti competenti per territorio e del Questore, per i profili tecnico-operativi di competenza, nonché, se necessario, degli altri organi pubblici in possesso delle competenze tecniche eventualmente occorrenti (anche ai fini della valutazione della "capacità tecnica" di cui si dirà appresso).

Il parere degli altri Prefetti non sarà necessario per l'espletamento dei servizi che, per loro natura, già prescindono dal carattere della territorialità, o perché connessi ad una specifica installazione (ad es.: la gestione di sistemi di telesorveglianza ed allarme, di "*caveaux*",

(4) Peraltro anche la giurisprudenza amministrativa più recente (Cons. Stato, ordinanza n. 1472/2004 del 30 marzo 2004; parere n. 2937/05 del 29 marzo 2006; sentenza n. 2197/2006 del 13 dicembre 2005) si è espressa criticamente sull'applicazione della norma in questione, ritenendone l'incompatibilità con l'ordinamento concorrenziale del mercato e sottolineando che l'eventuale rifiuto della licenza per i motivi "*de qua*" non può prescindere dall'accertamento di elementi in grado di denotare l'effettività di un "*vulnus*" diretto per la sicurezza e l'ordine pubblico.

ecc.) o perché necessariamente mobili (ad es.: il trasporto valori, la vigilanza in cantieri mobili, la vigilanza per specifici eventi). Per tali tipologie di servizio le relative modalità di svolgimento saranno approvate, ai sensi del R.D.L. 26 settembre 1935, n. 1952, dal Questore della stessa provincia dove risulta rilasciata la licenza.

In tutti i casi, dovrà essere comunque preventivamente segnalata al Questore competente per territorio, ai fini dei controlli demandatigli dalla legge, la presenza di guardie particolari giurate o di altri operatori della sicurezza privata appartenenti ad istituti aventi sede in altra provincia.

Fermo restando che la determinazione dimensionale dell'impresa, anche relativamente al personale impiegato, costituisce una libera scelta imprenditoriale, fatte salve le condizioni di cui si dirà appresso, va da sé che la struttura organizzativa ed operativa dell'istituto dovrà risultare perfettamente in grado di assicurare i servizi offerti e commisurata all'ambito funzionale e territoriale richiesto, garantendo comunque la necessaria attività di direzione, l'indirizzo unitario ed il controllo delle attività delle guardie particolari giurate.

A tal fine ogni domanda per il rilascio di una nuova licenza o per l'integrazione di quella già rilasciata sarà corredata di un progetto tecnico-organizzativo recante:

- l'indicazione del soggetto che richiede la licenza, dell'istitutore o del direttore tecnico preposto all'istituto o alle eventuali articolazioni secondarie, nonché degli altri soggetti provvisti di poteri di direzione, amministrazione o gestione, anche parziali, se esistenti;
 - la composizione organizzativa e l'assetto proprietario dell'istituto, con l'indicazione, se esistenti, dei rapporti di controllo attivi o passivi e delle eventuali partecipazioni in altri istituti;
 - l'indicazione degli ambiti territoriali in cui l'istituto intende svolgere la propria attività, precisando la sede legale e quella o quelle operative, qualora non coincidenti (circa la pluralità delle sedi operative vds. anche punto 4);
 - l'indicazione dei servizi per i quali si chiede l'autorizzazione, del personale (vds. anche il punto 6), dei mezzi e delle tecnologie che si intendono impiegare;
- unitamente alla documentazione attestante:

- il possesso delle capacità tecniche occorrenti, proprie e delle persone preposte alle unità operative dell'istituto;
- la disponibilità dei mezzi finanziari, logistici e tecnici occorrenti per l'attività da svolgere e le relative caratteristiche, conformi alle disposizioni in vigore;

relativamente ai requisiti soggettivi:

si continuerà a fare riferimento a quelli richiesti dal secondo comma dell'art. 134 T.U.L.P.S., integrati sulla scorta dell'art. 10 della legge n. 575 del 1965, precisando che gli stessi dovranno sussistere in capo al richiedente o, se trattasi di società, al legale rappresentante ed a chiunque eserciti funzioni di amministrazione e gestione (5) della società o impresa e delle persone comunque preposte alle sue articolazioni territoriali o funzionali;

relativamente alla capacità tecnica:

si intende che le indicazioni sopra dette relativamente al "progetto tecnico-organizzativo" (o "progetto d'impresa") sono strettamente finalizzate all'accertamento della capacità tecnica che, in relazione alla soppressione del vincolo dimensionale e territoriale finora in vigore,

(5) Per l'individuazione dei soggetti aventi compiti di amministrazione e gestione, giova fare riferimento alle istruzioni a suo tempo impartite per l'applicazione dell'art. 2, c. 3, del D.P.R. 3 giugno 1998, n. 252.

assume una particolare centralità nel procedimento autorizzatorio, essendo rimesso a questa Amministrazione di assicurare sufficienti livelli di affidabilità e sicurezza dei servizi di vigilanza privata.

Atteso il carattere fortemente innovativo, per l'ordinamento interno, del principio di libera determinazione delle dimensioni funzionali e territoriali degli istituti di vigilanza, anche oltre il limite provinciale, occorre fare riserva di specifiche istruzioni circa i requisiti di "capacità tecnica" per gli istituti che volessero assumere una dimensione territoriale rilevante (ultraprovinciale, regionale o nazionale), posto che quelli finora in uso sono calibrati sulla dimensione non superiore alla provincia. In proposito, giova precisare che l'emanando regolamento rimette la determinazione di tali requisiti ad una decretazione ministeriale assistita dal parere di un'apposita commissione consultiva centrale, con esperti di diversa provenienza e competenza.

Tuttavia, qualora dovessero pervenire – presso la Prefettura della provincia ove l'istituto ha la sede tecnica operativa – nuove istanze, nelle more dalla definizione delle modifiche normative e regolamentari *in itinere*, non è precluso l'avvio delle conseguenti attività di valutazione del "progetto tecnico-organizzativo" (o "progetto d'impresa"), che comporta anche la valutazione della disponibilità dei mezzi finanziari, logistici e tecnici occorrenti per le attività da svolgere. A tal fine, da parte delle SS.LL. dovrà essere intrapresa ogni utile iniziativa al riguardo, non esclusa la convocazione delle conferenze provinciali permanenti di cui all'art. 4 del D.P.R. 3 aprile 2006, 180, opportunamente integrate da esperti in materia di organizzazione aziendale, nella valutazione economica-finanziaria, ecc., al fine di svolgere una valutazione quanto più ampia possibile, fermi restando gli aspetti più intimamente connessi con l'ordine e la sicurezza pubblica. Al termine di tale procedura istruttoria occorrerà segnalare preventivamente al Dipartimento della pubblica sicurezza le conseguenti valutazioni delle SS. LL. connesse alle determinazioni da assumere al riguardo, fornendo, inoltre, ogni ulteriore contributo che potrà formare oggetto di approfondimento ai fini dell'emanazione del decreto ministeriale cui è rimessa l'individuazione dei nuovi requisiti di "capacità tecnica".-

La griglia di requisiti volti ad attestare la "capacità tecnica" a svolgere servizi di vigilanza privata già in uso potranno essere prudentemente utilizzati, oltre che per l'ambito provinciale e per i servizi che, per loro natura, già prescindono dal carattere della territorialità, anche, con effetto sommatorio (salvo quanto si dirà ai punti 4 e 6), nel caso venga richiesta l'unificazione delle licenze finora rilasciate al medesimo titolare in sedi diverse.

In tal caso si procederà al rinnovo della licenza-base, con le opportune integrazioni, sulla base dei "progetti tecnico-organizzativi" che saranno presentati dagli interessati e che dovranno costituire l'occasione per un miglioramento sostanziale della qualità ed affidabilità dei servizi di sicurezza privata. Contestualmente saranno ritirate le licenze non più necessarie.

Si richiamano, infine, per confermarne la valenza, le indicazioni di carattere generale concernenti la verifica della "capacità tecnica" recate nella circolare 557/PAS. 15442.10089.D (7) 2 del 7 gennaio 2005;

relativamente alle evidenze negative di ordine e sicurezza pubblica:

permane, come si è detto, non censurata dal giudice europeo, la facoltà di negare o revocare la licenza per ragioni di sicurezza pubblica o di ordine pubblico, di cui all'ultimo comma del medesimo art. 136 T.U.L.P.S..

Conformemente alla giurisprudenza costante della Corte di Giustizia CE, occorre che il diniego costituisca misura necessaria e proporzionata rispetto alle esigenze. Rientreranno

in quest'ambito, in particolare, sia l'esigenza di prevenire eventuali condotte illecite volte ad incrementare artificiosamente la "domanda" di servizi di vigilanza, sempre che si sia in possesso di utili elementi prognostici, che quella del rapporto fra sicurezza pubblica e sicurezza privata (6).

In conclusione, per effetto della sentenza indicata in premessa, d'ora in avanti la licenza potrà essere riacquisita o, se già rilasciata, potrà o dovrà essere revocata solo per: carenza dei requisiti soggettivi di cui all'art. 134 T.U.L.P.S. o presenza di taluno dei provvedimenti interdittivi previsti dalle norme penali e antimafia; carenza o inadeguatezza della "capacità tecnica", da valutarsi anche con riferimento alle caratteristiche funzionali e dimensionali dell'istituto, con particolare attenzione ai requisiti di affidabilità dei servizi di vigilanza privata; superiori esigenze di ordine e sicurezza pubblica, attentamente valutate e specificamente motivate.

4) Superamento dell'obbligo di una sede operativa in ogni provincia:

Fermo restando quanto detto al punto precedente, neppure può essere considerata pre-supposto indefettibile della licenza la disponibilità di una sede operativa in ogni provincia.

Conseguentemente, gli obblighi di tenuta ed esibizione del registro delle operazioni, quelli di identificazione del cliente (committente) e quelli di affissione della tabella delle operazioni, con le relative tariffe, saranno assolti nella sede principale ed in quelle operative comunque stabilite nel territorio dello Stato, osservate le modalità già indicate con la circolare n. 557/PAS/11858.12015(1) del 2 gennaio 2008, concernente analogo problematica delle agenzie di recupero crediti.

Parzialmente diversa è la questione della disponibilità di una "sala operativa", che si differenzia concettualmente dalla "sede", in quanto non attiene al luogo di assolvimento degli adempimenti disciplinati dall'art. 134 del T.U.L.P.S., bensì alle modalità di impiego delle guardie particolari giurate e, quindi, alla adeguatezza tecnico-operativa dell'istituto e dei suoi servizi. Essa, pertanto, formerà oggetto di specifiche indicazioni in sede di regolamentazione tecnica del requisito della "capacità tecnica", conformando, comunque, le prescrizioni al principio di non richiedere alle imprese oneri che non siano giustificati da evidenti motivi di sicurezza.

Giova precisare in proposito che il Dipartimento della pubblica sicurezza ha già accolto, sia pure in relazione a specifiche situazioni locali (ad es.: le nuove province regionali della Sardegna) il principio secondo cui la dislocazione della "sala operativa" può essere indifferente, purché idonea, per tecnologia e modalità di conduzione, ad assicurare la

(6) A carattere indicativo, si fa presente che la Commissione Affari Costituzionali della Camera dei Deputati, esaminando – nella XIV legislatura – le proposte di legge di riforma della sicurezza privata, aveva individuato il rapporto massimo in un terzo del personale delle forze dell'ordine in ciascuna provincia. Anche il Consiglio di Stato, nel parere n. 2937/05 citato nella nota precedente, aveva suggerito di individuare una soglia oggettiva della pericolosità insita nella presenza di corpi armati troppo numerosi. La sentenza della Corte di Giustizia non consente tuttavia di porre limiti dimensionali allo svolgimento delle attività di sicurezza privata, o nel numero delle guardie giurate dipendenti (cfr. oltre, nel testo, punto 6), va quindi rimessa al prudente apprezzamento dell'autorità di pubblica sicurezza l'individuazione delle situazioni di attuale o potenziale pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica, anche in relazione alle obiettive possibilità di controllo delle attività autorizzate.

costante controllabilità, direzionabilità e assistenza del personale operante e costante collegamento con le sale operative dei presidi di polizia competenti per territorio (7).

Si rappresenta, infine, che lo schema di regolamento predisposto da questa Amministrazione prevede che possa farsi a meno di una sala operativa in ogni provincia, purché l'istituto disponga di linee di telecomunicazioni dedicate almeno per ogni ambito territoriale in cui operano le guardie giurate dipendenti.

Poiché dall'applicazione della sentenza nei punti 3) e 4) può derivare una maggiore mobilità di servizio delle guardie particolari giurate, si precisa che l'eventuale prestazione di un servizio fuori della provincia in cui ha sede l'istituto di appartenenza può essere svolto solo se conforme al regolamento di servizio approvato dal Questore, il quale dovrà contenere le prescrizioni occorrenti per la sicurezza delle guardie particolari giurate, anche relativamente all'osservanza dei limiti previsti per la durata giornaliera del servizio (8).

5) Oneri assolti nello Stato d'origine dal personale di vigilanza:

Il principio di "non duplicazione" degli oneri già assolti nello Stato d'origine, appartenente all'Unione Europea, è stato sancito dalla Corte di Giustizia anche relativamente al personale addetto ai servizi di vigilanza, per cui esso troverà applicazione anche nei confronti del personale operativo al seguito di istituti di vigilanza stabiliti in altro Stato membro che vengano a stabilirsi (richiedere la licenza) anche in Italia.

La loro "nomina" sarà, quindi, approvata tenendo conto delle selezioni, della formazione e delle valutazioni di pubblica sicurezza effettuate nel Paese d'origine, mediante la previa verifica della sussistenza dei requisiti e delle eventuali autorizzazioni già rilasciate nel predetto Stato d'origine e dei soli requisiti penali e di polizia previsti dall'art. 138 del T.U.L.P.S. (osservando, per l'istruttoria, le indicazioni già date a proposito del punto 2). Analogamente si procederà per il personale comunque assunto da istituti di vigilanza operanti nel territorio dello Stato, qualora sia in possesso di un titolo autorizzatorio già rilasciato dalla competente autorità di altro Stato membro dell'U.E..

In parte analoga – anche se fortemente innovativa e particolarmente delicata per i profili di ordine e sicurezza pubblica – è la situazione del personale di vigilanza, appartenente ad un istituto di sicurezza privata stabilito in altro Stato membro dell'Unione Europea, incaricato di svolgere in Italia servizi di sicurezza, in base al principio di libera prestazione di servizi.

Su tale punto si fa presente che la libera prestazione di servizi, senza un previo stabilimento dell'istituto di sicurezza privata nel territorio dello Stato interessato (più semplicemente: senza aver conseguito, nel medesimo Stato, la prescritta licenza o autorizzazione) è generalmente riconosciuta nell'ambito dei cosiddetti servizi "transfrontalieri" ("occasionalmente" e "temporanei") (9) ed è comunque sottoposta alla stretta osservanza delle disposizioni

(7) Cfr. nota 557/PAS/14885.10089.D.53(1) del 27 dicembre 2007, indirizzata alle Prefetture e Questure della Sardegna, e nota 557/PAS/11451.10089.D.4 (1) del 3 settembre 2007, indirizzata alle Prefetture e Questure di Bari e di Palermo.

(8) Cfr., in proposito, da ultimo, la circolare 557/PAS.7446.10089.D.(10) del 1 giugno 2006.

(9) Nella stessa sentenza del 13 dicembre indicata in premessa, la Corte di Giustizia fa specifico riferimento al "prestatore di servizi transfrontaliero" (punto 64), richiamando altre sentenze che sui servizi transfrontalieri si sono espressamente soffermate (sentenza sulla causa C-335/98, riguardante il Belgio, punto 39; sentenza sulla causa C-171/02, riguardante il Portogallo, punto 60).

in vigore nello Stato interessato, particolarmente per quanto concerne il controllo pubblico sulle attività svolte e l'eventuale impiego di armi o altri strumenti sottoposti a particolari regimi (autorizzatori, di omologazione, ecc.) (10).

Si rappresenta, in proposito, che le norme in itinere, come predisposte da questo Ministero, prevedono, sul punto, che: *“Il Ministero dell'interno — Dipartimento della pubblica sicurezza può...autorizzare l'esercizio occasionale nel territorio della Repubblica di servizi temporanei di vigilanza e custodia ammessi dalla legge ad imprese regolarmente autorizzate allo svolgimento dei medesimi servizi nello Stato di stabilimento, utilizzando proprio personale munito delle qualificazioni e autorizzazioni previste nello Stato di stabilimento, sulla base di incarichi regolarmente assunti nel medesimo Stato. Alle medesime condizioni possono essere autorizzate le attività transfrontaliere, intendendo per tali quelle che hanno inizio nello Stato membro di stabilimento dell'impresa e che devono concludersi in territorio italiano e viceversa.*

Con le autorizzazioni ...sono adottate le prescrizioni occorrenti per assicurare che i servizi siano assolti alle medesime condizioni, compresa la vigilanza dell'autorità di pubblica sicurezza, previste nel territorio della Repubblica per lo svolgimento di servizi analoghi. Relativamente al porto delle armi si osservano le disposizioni vigenti nel territorio della Repubblica”.

In relazione a quanto sopra, ove ne venga fatta richiesta nelle more dell'approvazione delle disposizioni in parola, le SS.LL. informeranno tempestivamente al Dipartimento della pubblica sicurezza per la valutazione dei provvedimenti e delle altre misure occorrenti, fermo restando che per il personale impiegato in tali servizi non è richiesto il giuramento.

6) Divieto di limitazioni o prescrizioni numeriche del personale dipendente:

La sentenza indicata in premessa dispone chiaramente che nessuna prescrizione o limitazione numerica potrà essere disposta in ordine al personale dipendente dagli istituti di vigilanza.

Si tratta, evidentemente, dell'affermazione del diritto di libera determinazione dell'attività imprenditoriale, già evidenziato al punto 3), cui si conforma, come noto anche l'ordinamento italiano (cfr. art. 41 Cost.).

Premesso che le norme del T.U.L.P.S. in materia non prevedono, neppure esse, alcuna limitazione numerica, si osserva che la Corte di Giustizia ha inteso fare riferimento alla prassi che vede talvolta condizionare, per motivi diversi, il rilascio della licenza a vincoli numerici minimi o massimi, ritenendola un ostacolo non giustificato alla libertà di impresa.

Nondimeno, è pur vero che i fattori presi in considerazione in passato per il dimensionamento degli istituti di sicurezza privata non sono indifferenti alle valutazioni che accompagnano il rilascio delle licenze in materia ed il controllo delle attività autorizzate, in quanto la puntuale documentazione del numero delle g.p.g. dipendenti o che si intende assumere è particolarmente rilevante per:

(10) Per non incorrere nelle sanzioni previste per l'esercizio senza autorizzazione, occorre che siffatti servizi abbiano durata temporalmente circoscritta ed il carattere di occasionalità, in relazione a specifici eventi ed esigenze (es. vigilanza di beni di proprietà di soggetto straniero trasportati e/o esposti temporaneamente in Italia; servizio di “stewarding” in relazione alla presenza di tifoserie di cittadini di altro Stato europeo, ecc.). Secondo alcuni osservatori occorre anche che l'incarico per lo svolgimento di tali servizi sia conferito nello Stato di stabilimento.

- verificare la capacità tecnica (anche sotto il profilo finanziario e gestionale) di chi richiede la licenza, tanto più nel momento in cui diviene possibile superare il limite territoriale provinciale;
- verificare il rispetto dei regolamenti di servizio e delle prescrizioni che individuano il numero delle g.p.g. da impiegare nei servizi a rischio (es. il trasporto valori);
- verificare il rispetto dei limiti orari di impiego del personale e degli altri obblighi a tutela dello stesso, particolarmente per i profili di sicurezza;
- valutare eventuali rischi, anche solo potenziali, per l'ordine pubblico.

Legittimamente, pertanto, la licenza potrà contenere prescrizioni a tutela dei rilevanti interessi pubblici sopra indicati.

Esclusa, in ogni caso, l'apposizione di limiti numerici minimi o massimi, i Sigg.ri Prefetti adotteranno le prescrizioni occorrenti affinché sia sempre osservato l'obbligo di comunicazione del personale dipendente di cui all'art. 259 del regolamento di esecuzione del T.U.L.P.S., (in funzione dei relativi controlli), e l'onere della previa autorizzazione nei confronti delle modificazioni di carattere strutturale, funzionale o dimensionale che richiedano un aggiornamento della verifica della "capacità tecnica" corrispondente, con applicazione restrittiva, secondo il dettato della Corte europea, della disposizione dell'ultimo comma dell'art. 257 del medesimo regolamento di esecuzione. Anche in tale circostanza sarà richiesto un documentato "progetto tecnico-operativo" di cui si è detto al punto 3).

7) Relativamente alla cauzione, si fa rinvio a quanto anticipato al punto 2).

8) Divieto di determinazione autoritativa dei prezzi:

Occorre prendere atto che la legge (art. 135 T.U.L.P.S., quarto e sesto comma; art. 257, quarto comma, del relativo regolamento di esecuzione) non conferisce al Prefetto alcuna potestà di determinare autoritativamente le tariffe dei servizi di vigilanza privata, bensì di assicurare una sorta di verifica di congruità delle stesse, secondo l'ormai consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato.

In tale prospettiva, anche i "ribassi" eventualmente offerti, per aggiudicarsi taluni servizi potranno essere soggetti a verifiche, finalizzate ad accertare che l'operazione non avvenga in pregiudizio della qualità dei servizi stessi – e, dunque, delle esigenze di ordine e sicurezza pubblica – ovvero della sicurezza delle guardie giurate, secondo regole già ampiamente recepite nell'ordinamento (11) e dalla giurisprudenza amministrativa.

Nelle more delle modifiche regolamentari occorrenti per adeguare compiutamente l'ordinamento interno a quello comunitario e, comunque, alla decisione della Corte di Giustizia, si ritiene di non poter prescindere dai principi enunciati.

Si rappresenta, inoltre, per opportuna indicazione da far valere fin da ora, che il testo normativo in itinere non consente, in ogni caso, ribassi dovuti ad inadempimenti rispetto al costo reale del lavoro, ovvero inadempienze sui costi di sicurezza (veicoli blindati, protezioni individuali antiproiettile, apparecchiature tecnologiche, ecc.).

(11) *Cfr.*, ad esempio, le regole di verifica delle cosiddette "offerte anomale" negli appalti, di cui agli artt. 86 e 87 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici). Secondo quest'ultimo articolo, i ribassi possono essere giustificati, a titolo esemplificativo, da economie nel metodo di prestazione del servizio; dalle soluzioni tecniche adottate; dall'originalità del progetto; da altre condizioni eccezionalmente favorevoli.

Al fine di semplificare, per quanto possibile, i procedimenti di verifica, le SS.LL. potranno avvalersi di una certificazione liberatoria circa l'adempimento degli obblighi contrattuali rilasciata dall'"ente bilaterale" previsto dal contratto nazionale di categoria e del documento unico di regolarità contributiva (D.U.R.C.) di cui all'art. 2 del D.L. 25 settembre 2002, n. 210 e successive integrazioni e modificazioni.

*** ** ***

Nel rassegnare le linee d'indirizzo che precedono alla prudente applicazione che le SS.LL. vorranno assicurare, si confida nella tempestiva segnalazione di eventuali criticità, che si prega far pervenire quanto prima e comunque, non oltre il 30 aprile 2008, segnalando anche i procedimenti in corso, a quella data, per il rilascio di nuove licenze (con l'indicazione degli ambiti territoriali e funzionali richiesti) o per l'estensione di quelle già rilasciate, anche al fine di consentire la messa a punto di eventuali ulteriori indicazioni di dettaglio.

Il Vice Ministro (Minniti)

Violazione alla concorrenza – Imputazione responsabilità in caso di successione di imprese: il caso tabacchi italiani

(Corte di Giustizia delle Comunità europee, Grande Sezione, sentenza dell'11 dicembre 2007 nella causa C-280/06)

La sentenza oggetto della presente nota di commento verte su interessanti questioni di diritto comunitario della concorrenza, in particolare sul criterio da applicare, ai sensi degli artt. 81 e seguenti (CE) e dei principi generali del diritto comunitario, per individuare l'impresa destinataria delle sanzioni in caso di successione di più imprese nel corso della condotta lesiva e sulla competenza dell'Autorità amministrativa nazionale (organo deputato ad applicare la normativa antitrust) a valutare discrezionalmente la ricorrenza di circostanze che giustifichino l'imputazione al successore economico della responsabilità per violazioni concorrenziali commesse dal soggetto a cui subentra.

Le predette questioni sono state oggetto di una domanda di pronuncia pregiudiziale sottoposta alla Corte di Giustizia europea su iniziativa del Consiglio di Stato, a sua volta adito nel corso di procedimenti pendenti fra l'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato, l'Ente tabacchi italiani – ETI SpA, la Philip Morris Products SA, la Philip Morris Holland BV, la Philip Morris GmbH, la Philip Morris Products Inc. e la Philip Morris International Management SA (le cinque società sono considerate le "società del gruppo Philip Morris") e l'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS), in merito ad un'intesa sul prezzo di vendita delle sigarette (1).

Fatto

È opportuno partire da una sintetica esposizione dei fatti per comprendere appieno la portata delle questioni sottoposte in via pregiudiziale alla Corte.

In esito ad un'istruttoria avviata durante il mese di giugno 2001, l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato constatava, con provvedimento del 13 marzo 2003, che le società del gruppo Philip Morris, unitamente all'AAMS (a sua volta trasformatasi in Ente tabacchi italiani e, infine, in

(1) Sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea del 11 giugno 2005 è stata pubblicata una *nota d'informazione*, destinata ai giudici nazionali, concernente il procedimento pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia.

In particolare, il punto 1 testualmente recita "Il sistema del rinvio pregiudiziale è un meccanismo fondamentale del diritto dell'Unione europea, che ha per oggetto di fornire alle giurisdizioni nazionali lo strumento per assicurare un'interpretazione ed un'applicazione uniformi di tale diritto in tutti gli Stati membri".

ETI) avevano concluso ed effettivamente attuato un'intesa tale da alterare la concorrenza sul prezzo di vendita delle sigarette nel mercato nazionale dal 1993 al 2001, in violazione dell'art. 2, comma 2, lett. a) e b), della legge n. 287/90 (2). A prescindere dall'entità delle sanzioni irrogate dalla suddetta Autorità alle società ritenute responsabili delle infrazioni alle regole della concorrenza, desta attenzione il fatto che la condotta incriminata era imputata all'ETI, nonostante fosse stata posta in essere dall'AAMS anteriormente all'1 marzo 1999 (3). Tutte le imprese interessate hanno impugnato il provvedimento in parola dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio. Quest'ultimo, pur respingendo il ricorso delle società del gruppo Philip Morris, accoglieva parzialmente quello presentato dall'ETI, in particolare annullando il provvedimento dell'Autorità nella parte in cui questo imputava all'ETI la responsabilità di fatti commessi dall'AAMS. Avverso le sentenze del Tar Lazio è stato successivamente proposto appello dinanzi al Consiglio di Stato: quest'ultimo, con una prima sentenza dell'8 novembre 2005, respingeva i ricorsi dell'ETI e delle società del gruppo Philip Morris nella parte in cui contestavano l'esistenza della violazione delle regole della concorrenza.

Riguardo alla questione dell'imputazione all'ETI della condotta dell'AAMS il Consiglio di Stato, rilevando una discontinuità fra modello organizzativo e gestionale dell'AAMS e quello subentrato per effetto del trasferimento delle attività dell'AAMS all'Ente tabacchi italiani, concludeva in senso contrario all'applicazione del criterio della continuità economica, laddove anche il Tar aveva fondato le sue valutazioni sul criterio della responsabilità personale. Il medesimo giudice amministrativo di secondo grado ha, nondimeno, ritenuto opportuno interrogare la Corte in merito ai criteri da applicare nel diritto comunitario della concorrenza, al quale rinvia l'art. 1, comma 4, della legge n. 287/90. Esso ha, pertanto, sospeso d'ufficio il procedimento in parola, al fine di sottoporre alla Corte le questioni pregiudiziali di cui si è precedentemente detto.

Sulla competenza della Corte.

Una breve digressione sulla competenza della Corte appare opportuna, dato che la Commissione ha manifestato dubbi a tal riguardo. Quest'ultima,

(2) Si tratta della legge 10 ottobre 1990 n. 287, in cui è enucleata la normativa italiana in tema di tutela della concorrenza e del mercato.

(3) È utile ripercorrere la storia evolutiva dell'AAMS: fu istituita con regio decreto legge n. 2258 del 14 dicembre 1927 come organo dell'Amministrazione dello Stato, dipendente dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, a cui era affidata la gestione del Monopolio del Tabacco (si trattava di un organo dotato di autonomia amministrativa, finanziaria e contabile, ma non di una propria personalità giuridica). Con decreto del 9 luglio 1998, n. 283 tutte le attività di produzione e vendita nel settore tabacchi sono state trasferite ad un altro ente pubblico, l'Ente tabacchi italiani (ETI) con decorrenza dal 1 marzo 1999. Il Consiglio di Amministrazione del suddetto Ente, con delibera del 23 giugno 2000, ha successivamente trasformato in SpA l'ETI che, invece, a partire dal 2003 è stato privatizzato.

infatti, ha rilevato che le cause principali attengono alla validità di una decisione di un'autorità nazionale della concorrenza che, prima dell'entrata in vigore del regolamento (CE) del Consiglio 16 dicembre 2002, n. 1/2003 (4), concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 del Trattato, ha applicato esclusivamente le disposizioni nazionali che vietano le intese, e non l'art. 81 CE. In sostanza, a detta della Commissione, l'art. 1, comma 4, della legge n. 287/90 (5) sarebbe stato applicabile se si fosse trattato di interpretare la nozione di impresa, che è comune agli artt. 81 CE e 2 della legge n. 287/90, ma non per determinare quali sono le imprese da sanzionare. Inoltre il medesimo organo comunitario richiamava, a sostegno della sua tesi, il fatto che sia il Tar Lazio che il Consiglio di Stato avessero rispettivamente fondato le proprie argomentazioni sulle disposizioni italiane in materia di sanzioni amministrative di cui all'art. 31 della legge n. 287/90. Se per i giudici e i giuristi italiani, dunque, avrebbe potuto valere il principio per cui "il diritto comunitario costituisce soltanto un elemento tra gli altri ai fini dell'interpretazione delle disposizioni nazionali applicabili" (argomento riportato dalla Commissione), l'ETI e le società del gruppo Philip Morris ritenevano, al contrario, che la Corte fosse competente a conoscere del rinvio pregiudiziale.

A tal riguardo è, tuttavia, opportuno menzionare l'art. 234 del Trattato CE, in cui si delinea la competenza per così dire "generale" della Corte: rientrerebbe nelle sue funzioni, infatti, il compito di "pronunciarsi in via pregiudiziale sull'interpretazione del diritto dell'Unione europea e sulla validità degli atti di diritto derivato", fermo restando che la Corte non è competente né a pronunciarsi su questioni di fatto sollevate nell'ambito della causa principale né a risolvere le divergenze di opinione in merito all'interpretazione o all'applicazione delle norme di diritto nazionale. In definitiva, spetterebbe alle giurisdizioni di rinvio (nella specie, al Consiglio di Stato) trarre le conseguenze di quanto la Corte abbia espresso nel merito delle questioni sottoposte ed eventualmente disapplicare la norma nazionale di cui trattasi. A ben vedere, sia l'Autorità (che ha adottato il provvedimento impugnato dinanzi al Tar, avviando l'iter procedimentale nel corso del quale è poi emerso il dubbio interpretativo per la cui soluzione i giudici superiori hanno rite-

(4) Si tratta del regolamento concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 del trattato, diretto a sostituire quello n. 17/62, con decorrenza dal 1 maggio 2004, in vista di uno snellimento del ruolo della Commissione e di un correlativo accrescimento del ruolo delle autorità e giurisdizioni nazionali nell'attuazione del diritto della concorrenza, ed a garanzia di una effettiva applicazione uniforme delle regole comunitarie della concorrenza.

(5) La summenzionata norma si colloca fra le disposizioni con cui il legislatore delimita l'"ambito di applicazione rapporti con l'ordinamento comunitario" (rubrica dell'art. 1, che a sua volta ricade nell'ambito del Tit. 1 "Norme sulle intese, sull'abuso di posizione dominante e sulle operazioni di concentrazione") della legge intitolata "Norme per la tutela della concorrenza e del mercato" sopra menzionata. Essa testualmente recita: "L'interpretazione delle norme contenute nel presente titolo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza".

nuto di sottoporre i predetti quesiti all'organo giurisdizionale comunitario) che il medesimo Tar hanno fondato il loro provvedimento e la sentenza sulla normativa e sulla giurisprudenza comunitaria. Il Consiglio di Stato, inoltre, non ha mancato di motivare puntualmente il rinvio pregiudiziale, adducendo la considerazione che "questo è necessario per conoscere il criterio da prendere in considerazione conformemente ai principi del diritto comunitario della concorrenza a cui rinvia l'art. 1, comma 4, della legge n. 287/90".

A tal riguardo, un orientamento dottrinale (6) mette in luce quanto, nonostante i numerosi dubbi interpretativi che la norma inevitabilmente solleva, essa non sia affatto inutile. Se è vero che un certo coordinamento con la disciplina comunitaria già sussisteva in base al sistema di rapporti tra l'ordinamento comunitario e gli ordinamenti nazionali, nel senso che v'era una supremazia del primo sui secondi, esso riguardava innanzitutto la disciplina di fattispecie colpite contemporaneamente dal diritto comunitario e dal diritto nazionale, e non fattispecie che sfuggivano all'applicazione del primo. La norma si inscriverebbe nel quadro di una sorta di "uniformazione" del diritto. Sicché, del tutto contraria alla logica che la ispira sarebbe una sua interpretazione restrittiva. È vero che i giudici e le autorità amministrative italiane sono da sempre stati abituati ad interpretare ed applicare le leggi italiane sulla base dei criteri interpretativi dettati dalle leggi dello Stato, ma è altrettanto vero che le norme comunitarie della concorrenza non fanno parte di un ordinamento straniero, ma sono parte integrante dell'ordinamento italiano. La presenza del referente interpretativo comunitario del resto, non può avere un effetto "totalizzante".

Cosa dovrebbe intendersi in concreto per "principi di diritto comunitario" a cui rinvia il comma 4 oggetto della dibattuta questione interpretativa? Un orientamento abbastanza affermato (7) sostiene che si tratti dei tre principi materiali di diritto comunitario: a) garanzia di una concorrenza non falsata; b) unità del mercato integrato; c) funzionalizzazione dei poteri degli Stati membri agli obiettivi della Comunità. Inoltre, a conforto della summenzionata tesi, è opportuno evidenziare come gli artt. 2 e 3 della legge italiana sulla concorrenza, a cui rinvia l'art. 15 della medesima legge (8), riprendono *mutatis mutandis* la formulazione degli artt. 81 e 82 CE (9).

(6) A. FRIGNANI, *Ambito di applicazione e rapporti con l'ordinamento comunitario*, in *Commento alla legge 10 ottobre 1990, n. 287*, Zanichelli, 1993, Vol. I, p. 106 e ss.

(7) M. V. BENEDETTELLI, *Sul rapporto fra diritto comunitario e diritto italiano della concorrenza*, in *Foro it.*, 1990, IV, c. 237.

(8) In tema di "Poteri dell'Autorità in materia di intese restrittive della libertà di concorrenza e di abuso di posizione dominante" l'art. 15 recita "Se a seguito dell'istruttoria di cui all'art. 14 l'Autorità ravvisa infrazioni agli articoli 2 o 3, fissa alle imprese e agli enti interessati il termine per l'eliminazione delle infrazioni stesse." E gli articoli 2 e 3 contengono rispettivamente la disciplina delle *Intese restrittive della libertà di concorrenza* e dell'*Abuso di posizione dominante*.

(9) Le summenzionate norme, infatti, rappresentano il *contesto normativo comunitario* nel cui ambito la fattispecie *de qua* si colloca, ad esse fa riferimento il Consiglio di Stato nell'ordinanza 8 novembre 2005 con cui ha sottoposto le questioni pregiudiziali alla Corte.

Sulle domande di pronuncia pregiudiziale.

Superata ogni questione preliminare, conviene ora focalizzare l'attenzione sull'oggetto delle domande pregiudiziali sollevate dall'autorità giudiziaria italiana dinanzi a quella comunitaria. In particolare: quali sono le circostanze in base alle quali un comportamento anticoncorrenziale nel quale è incorsa un'impresa già operante sul mercato rilevante possa essere imputato al suo successore?

Sullo sfondo di tale caso di specie, come già precedentemente detto, c'è un'intesa che tra il 1993 e il 2001 aveva influito, in violazione delle norme in materia di concorrenza, sui prezzi di vendita al dettaglio sul mercato delle sigarette in Italia e che era stata scoperta dall'autorità italiana garante della concorrenza. A tale intesa in origine partecipava l'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato. L'attività economica di quest'ultima nel settore della produzione e della commercializzazione di prodotti di tabacco, compresa la sua partecipazione all'intesa, dal marzo 1999 veniva però rilevata dall'Ente Tabacchi Italiani, di nuova fondazione e successivamente privatizzato. Secondo l'autorità italiana garante della concorrenza a quest'ultimo deve essere imputata e punita con un'ammenda, non solo la sua stessa partecipazione all'intesa dal marzo 1999, ma anche la precedente partecipazione all'intesa dell'AAMS.

I limiti di una siffatta imputazione di comportamenti anticoncorrenziali nel caso di successione di imprese sono di rilevante importanza pratica per effettuare in concreto l'alienazione, la riorganizzazione o la privatizzazione di imprese, poiché i rischi di responsabilità per chi aliena e chi acquisisce imprese variano a seconda dei criteri che le autorità garanti della concorrenza e i giudici pongono a fondamento dell'imputazione di comportamenti anticoncorrenziali. Inoltre, la presente fattispecie è di grande interesse anche sotto un altro profilo: la decisione con la quale l'autorità italiana garante della concorrenza infligge l'ammenda è essenzialmente fondata sulla normativa nazionale in materia di concorrenza, la quale è tuttavia orientata al diritto comunitario, la cui interpretazione viene in questa sede richiesta alla Corte di Giustizia. È di grande importanza per la futura collaborazione tra la Corte di Giustizia e i giudici nazionali se una domanda di pronuncia pregiudiziale in tali circostanze sia ricevibile, tanto più che il diritto nazionale e il diritto comunitario in questa materia sono tra loro in sempre più stretto rapporto.

Destano particolare interesse le conclusioni dell'Avvocato generale Juliane Kokott (presentate il 3 luglio 2007) in ordine alla ricevibilità della domanda pregiudiziale da parte della Corte. In esse si mette in evidenza come "nel settore del diritto della concorrenza l'interesse ad un'interpretazione e ad un'applicazione il più possibile uniforme delle disposizioni vigenti a livello comunitario è particolarmente spiccato, poiché in questo campo il diritto nazionale si orienta sul diritto comunitario con particolare frequenza. Ciò non vale soltanto a partire dall'entrata in vigore del regolamento (CE) n. 1/2003 (10), con il quale si è pervenuti ad una correlazione particolarmente stretta tra la normativa nazionale in materia di concorrenza e il diritto comu-

nitario. Già prima, cioè ancora ai tempi in cui vigeva il regolamento n. 17 (11), la normativa nazionale in materia di concorrenza di numerosi Stati membri si ispirava, anche per dirimere situazioni puramente interne, al diritto comunitario. Questo si verificava, non da ultimo, anche per la legge italiana 287/1990, la quale trova applicazione nella controversia di cui alla causa *a qua*". Tali considerazioni rafforzano la conclusione che "il diritto comunitario in materia di concorrenza, sia che trovi applicazione parallela al diritto nazionale in materia di concorrenza, sia che diventi indirettamente rilevante per le situazioni giuridiche puramente interne semplicemente tramite un rinvio contenuto nella normativa nazionale sulla concorrenza, dovrebbe comunque essere interpretato e applicato in modo uniforme, al fine di assicurare nella più ampia misura possibile la certezza del diritto e analoghe condizioni di concorrenza a tutti gli operatori economici ai quali il diritto comunitario trova applicazione diretta o indiretta. Garantire questo risultato nelle fattispecie rientranti nella normativa in materia di concorrenza è uno degli obiettivi principali dei procedimenti di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 CE."

Con riferimento al merito delle questioni pregiudiziali, e *in primis* al problema concernente l'individuazione dei criteri di imputazione di un comportamento anticoncorrenziale al successore nel mercato di colui che ha preso parte all'intesa, è utile tener conto delle osservazioni presentate alla Corte dall'ETI, delle interpretazioni fornite dai giudici nazionali nel corso del procedimento principale, nonché di quelle formulate dall'Avvocato generale, onde avere una lettura il più possibile completa della vicenda e poter comprendere appieno la opzione interpretativa sposata dalla Corte nella sentenza in epigrafe.

Secondo l'ETI, il criterio rilevante è quello della responsabilità personale. Quest'ultimo ammetterebbe deroghe solo in casi eccezionali, al fine di proteggere l'effetto utile delle regole di concorrenza: in questi casi, pertanto, la responsabilità dell'infrazione potrebbe essere imputata ad una persona diversa da quella che aveva il controllo dell'impresa al momento dell'infrazione, anche qualora quest'ultima non abbia cessato di esistere. Tuttavia, circostanze eccezionali di tale natura non sussisterebbero qualora, come nella causa principale *a qua*, sia possibile imputare la responsabilità dell'infrazione alla persona che gestiva l'impresa al momento in cui l'infrazione stessa è stata commessa.

(10) *Regolamento del Consiglio 16 dicembre 2002, n. 1/2003*, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 del Trattato. Con questo regolamento sono state ammodernate le norme relative all'applicazione degli artt. 81 CE e 82 CE, e il coinvolgimento delle autorità e dei giudici nazionali nell'applicazione delle norme comunitarie in materia di concorrenza è stato rafforzato.

(11) *Regolamento (CEE) del Consiglio 6 febbraio 1962, n. 17*: primo regolamento di applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato.

Secondo le società del gruppo Philip Morris, il criterio della responsabilità personale si applica in tutti i casi in cui la persona che ha materialmente compiuto l'atto illecito esiste ancora, esercita attività imprenditoriali ed è in grado di ottemperare alla decisione dell'autorità della concorrenza che impone la sanzione. Quindi, a parte il caso della scomparsa del soggetto giuridico e dell'impossibilità derivatane che esso sia sottoposto a sanzioni, l'ordinamento giuridico comunitario non ammetterebbe deroghe al criterio della responsabilità personale. Pertanto, il ricorso al diverso criterio della continuità economica sarebbe giustificato solamente qualora sia necessario per assicurare l'applicazione effettiva delle regole della concorrenza.

Secondo il governo italiano, il criterio della continuità economica implicherebbe la responsabilità della persona che ha continuato e portato a termine il comportamento contrario alle regole della concorrenza cominciato da un'altra persona ogni volta che l'impresa interessata dall'infrazione è ceduta da una persona ad un'altra è identica dai punti di vista economico, strutturale e funzionale. A tal riguardo, sarebbe indifferente che la persona che ha ceduto tale impresa esista ancora formalmente ed eserciti o meno altre attività. Nella fattispecie, risulterebbe dal decreto legge n. 283/9 che vi è effettivamente un'identità tra l'impresa gestita dall'AAMS e quella gestita dall'Ente tabacchi italiani, diventato ETI. L'AAMS e l'ETI sarebbero inoltre uniti da legami strutturali, essendo entrambi emanazione del Ministero dell'Economia e delle Finanze.

A tal riguardo, il Consiglio di Stato ha, invece, affermato che il trasferimento delle attività dell'AAMS all'Ente tabacchi italiani ha segnato una netta discontinuità rispetto al modello organizzativo e gestionale precedente. Tale modello originariamente era connotato dalla ascrizione in capo all'AAMS (che si configurava come amministrazione autonoma dello Stato) di una concentrazione di compiti economici e di funzioni amministrative di stampo pubblicistico tali da creare una dipendenza dal potere politico. Tale connessione non sarebbe più riprodotta in capo al nuovo ente, le cui attività sono esclusivamente di natura imprenditoriale. Perciò non sarebbe applicabile il criterio della continuità economica, pur riscontrandosi che l'AAMS, ancorché non svolga più alcuna attività commerciale nel settore del tabacco, continua a svolgere un'attività economica sottoposta al diritto della concorrenza.

È opinione della Commissione, invece, che, qualora l'infrazione sia stata commessa da un'impresa gestita da un organismo di uno Stato membro dotato di un proprio potere decisionale e l'attività economica interessata sia stata ceduta ad un altro soggetto giuridico, le sanzioni relative a tale comportamento debbano essere inflitte all'organismo dello Stato se questo, dopo la cessione, continua ad esercitare un'attività imprenditoriale anche in settori diversi da quello interessato da tale comportamento. Per contro, le sanzioni dovrebbero essere inflitte al soggetto giuridico che ha acquisito l'attività economica in questione se, dopo la cessione, tale organismo dello Stato cessa di esercitare attività imprenditoriali.

La Corte (Grande Sezione), in merito alla questione di cui in questa sede si sta trattando ha dichiarato che

Gli artt. 81 CE e seguenti devono essere interpretati nel senso che, nel caso di enti dipendenti dalla stessa autorità pubblica, qualora una condotta costitutiva di una stessa infrazione alle regole della concorrenza sia stata commessa da un ente e successivamente proseguita fino alla sua fine da un altro ente succeduto al primo, il quale non ha cessato di esistere, tale secondo ente può essere sanzionato per l'infrazione nella sua interezza, se è provato che tali due enti sono stati sotto la tutela della citata autorità.

La Corte, in buona sostanza, risolve il problema interpretativo sottoposto alla sua attenzione, alla luce del principio della continuità economica ed in nome della piena ed effettiva realizzazione della *ratio* del diritto comunitario della concorrenza. Tuttavia, essa non manca di mettere in evidenza che il fatto che l'infrazione commessa dall'AAMS e continuata dall'ETI sia imputata interamente a quest'ultima non sia, a ben vedere, in contrasto con il principio di responsabilità personale. Non può e non deve essere trascurato, infatti, che al momento del loro comportamento illecito i due enti fossero sotto il controllo della stessa persona, ossia dello stesso ente pubblico, il Ministero dell'Economia e delle Finanze. Per tale ragione, inoltre, non osterebbe all'applicabilità della sanzione irrogata dalla competente autorità amministrativa italiana nei confronti dell'ETI il fatto che l'ente che ha commesso l'infrazione esista ancora.

In questo modo la Corte si riporta alle conclusioni in passato già formulate in altre cause, circa l'irrilevanza di modifiche di natura giuridica o organizzativa di un ente in vista della imputazione al nuovo ente della responsabilità per comportamenti anticoncorrenziali tenuti dal primo, laddove fra i due enti succedutisi nel tempo vi sia identità sotto l'aspetto economico (12). Inoltre, essa richiama l'attenzione altresì su un'altra circostanza: non rileva il fatto che la cessione venga decisa non da singoli, ma dal legislatore nella prospettiva di una privatizzazione. In definitiva, le misure di ristrutturazione o di riorganizzazione d'impresa adottate dalle autorità di uno Stato membro non possono legittimamente avere come conseguenza la compromissione dell'effetto utile del diritto comunitario della concorrenza (13).

La decisione della Corte alla luce delle conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott.

Per meglio comprendere l'orientamento interpretativo della Corte, è opportuno far riferimento alle osservazioni presentate dall'Avvocato generale Juliane Kokott, ancorché le conclusioni a cui il predetto avvocato giunge non siano state successivamente avallate dai giudici comunitari. Costui affronta con particolare attenzione il problema del rapporto fra principio della responsabilità personale e principio di continuità economica nella

(12) Sentenze 28 marzo 1984, cause riunite 29/83 e 30/83, *Compagnie royale asturienne des mines e Rheinzink/Commissione*, nonché *Aalborg Portland e a./Commissione*.

(13) Sentenza 12 maggio 2005, causa C-415/03, *Commissione/Grecia*.

imputazione di un comportamento anticoncorrenziale nel caso di successione di imprese. Innanzitutto, si mette in evidenza che “il problema dell’imputazione di un comportamento anticoncorrenziale trova le sue radici nel fatto che i destinatari delle norme in materia di concorrenza e i destinatari delle decisioni delle autorità garanti della concorrenza non sono necessariamente identici”. Le prime, infatti, si riferiscono ad imprese, le seconde, invece, possono essere rivolte solo a persone, essendo dirette a reprimere violazioni alle norme di concorrenza e dovendo essere eseguite dopo essere state pronunciate. L’imputazione della infrazione ad una concreta persona sarebbe, pertanto, la imprescindibile premessa per l’attuazione dell’obiettivo della misura sanzionatoria nel caso di specie irrogata. La natura sanzionatoria della medesima misura, che è strettamente correlata alla *ratio* di garanzia di un’effettiva attuazione delle norme sulla concorrenza, realizzata dissuadendo gli operatori economici dal tenere condotte anticoncorrenziali, darebbe ragione del richiamo al principio di responsabilità personale. In quest’ottica questo settore dell’ordinamento si configurerebbe come molto affine al diritto penale: il comportamento incriminato deve essere imputato a quelle persone, fisiche o giuridiche, che gestiscono l’impresa che ha partecipato all’intesa. Dal principio della responsabilità personale consegue che un comportamento anticoncorrenziale deve essere imputato alla persona che gestisce l’impresa al momento dell’infrazione; ne consegue che laddove, per effetto di riorganizzazioni, alienazioni di imprese e altri cambiamenti, il responsabile della gestione della medesima impresa sia un nuovo gestore, “il comportamento incriminato deve essere imputato al nuovo gestore solo dal momento in cui ha assunto la responsabilità dell’impresa”. Tuttavia, occorre guardarsi dai rischi insiti in un’applicazione eccessivamente formalistica del principio in parola: nel caso in cui l’originario gestore non esista più o non svolga più alcuna attività economica significativa, le norme poste a presidio del corretto andamento della concorrenza risulterebbero eluse, anzi, eventuali modificazioni dell’assetto organizzativo delle imprese potrebbero essere orientate unicamente alla finalità elusiva. Al fine di evitare questo effetto distorsivo, si ricorre al principio della continuità economica: esso si configura, pertanto, come una eccezione alla regola generale, dettata dalla esigenza di preservare la medesima *ratio* posta alla base del criterio della personalità della responsabilità. Tuttavia, questo nuovo criterio, che si configura come complementare rispetto a quello in generale applicabile, troverebbe applicazione in presenza di circostanze particolari. Ad esempio, si fa riferimento all’ipotesi di un cambiamento che abbia interessato il gestore dell’impresa che ha preso parte all’intesa e che abbia determinato il venir meno del medesimo da un punto di vista giuridico. In questo caso la continuità economica assicura che “le persone giuridiche non si sottraggano alle loro responsabilità in materia di concorrenza mediante una modifica della loro forma giuridica o denominazione”. Al punto 81 delle sue conclusioni l’Avvocato generale esprime con chiarezza un fondamentale principio: “Il criterio della continuità economica non deve sostituire il principio della responsabilità personale, ma semplicemente integrarlo...”.

A queste considerazioni di carattere generale, si aggiungono riferimenti alla fattispecie sottoposta al vaglio della Corte. A tal riguardo, si ha modo di mettere in evidenza che non v'è dubbio che l'ente economico pubblico ETI (frutto di una ristrutturazione interna all'AAMS, originariamente operante nel settore dei giochi d'azzardo e delle lotterie, nonché dei tabacchi) e la società per azioni ETI Spa devono considerarsi successori economici dell'AAMS nel settore della produzione e del commercio dei tabacchi. Tuttavia quest'ultimo soggetto, gestore originario dell'impresa, continua ad esistere giuridicamente. Pertanto, l'irrogazione nei suoi confronti di un'ammenda può in ogni caso produrre un effetto preventivo generale, ancorché, allo stato attuale esso non sia più economicamente attivo nel settore dei tabacchi, ma in quello del gioco d'azzardo. Si riscontra, inoltre, che al momento dell'irrogazione della sanzione non sussistevano nessi strutturali tra l'AAMS e l'ETI, dato che quest'ultima era già stata trasformata in società per azioni.

Considerazioni conclusive.

La decisione della Corte, quindi, diverge *in toto* dalle conclusioni dell'Avvocato generale: in essa si afferma la prevalenza del criterio della continuità economica, ignorando l'evento rappresentato dalla trasformazione dell'ETI (ente pubblico economico succeduto all'AAMS in uno dei settori in cui quest'ultimo operava) in ETI SpA (società per azioni, quindi, soggetto privato, non più riconducibile strutturalmente al Ministero dell'Economia e delle Finanze). Forse uno spiraglio ad una lettura così ampia del principio della continuità economica, qual è quello che si evince dalla pronuncia della Corte, potrebbe essere ravvisato nella soluzione che il medesimo Avvocato fornisce alla seconda domanda pregiudiziale proposta dal Consiglio di Stato: entro quali limiti l'autorità amministrativa nazionale è titolare di poteri discrezionali nell'imputazione di comportamenti anticoncorrenziali? Si afferma che "le autorità garanti della concorrenza, come pure i giudici competenti, non hanno alcuna facoltà di scegliere se imputare il comportamento anticoncorrenziale di un'impresa all'originario ovvero al nuovo gestore. Il criterio della continuità economica può invece venire in considerazione solo qualora le sanzioni previste dalle norme in materia di concorrenza, in caso di mera applicazione del principio della responsabilità personale, dovessero mancare il loro obiettivo". Questa valutazione può, in determinati casi, richiedere l'analisi di rapporti economici complessi. Si tratta, ad esempio, della valutazione della rilevanza dell'attività economica che l'originario gestore continua a svolgere successivamente alla riorganizzazione interna all'impresa, come pure della individuazione di un nesso strutturale esistente fra originario e nuovo gestore. Nella fattispecie *de qua*, in particolare, è forse alla luce di questi rapporti economici complessi che può essere giustificata l'applicazione del criterio di imputazione della continuità economica, e, quindi, una pronuncia manifestamente a favore ed in linea con l'orientamento dell'Autorità garante italiana.

Dott.ssa Maria Antonia Chieco ^(*)

^(*) Dottore in giurisprudenza, ammessa alla pratica forense presso l'Avvocatura dello Stato.

Sentenza della Corte (Grande Sezione) dell'11 dicembre 2007 (domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Consiglio di Stato – Italia) – Autorità Garante della concorrenza e del mercato/Ente tabacchi italiani. (Avvocato dello Stato D. Del Gaizo – AL 30230/06)

(Concorrenza – Applicazione di sanzioni in caso di successione di imprese – Principio della responsabilità personale – Enti dipendenti dalla stessa autorità pubblica – Diritto nazionale che qualifica come fonte di interpretazione il diritto comunitario della concorrenza – Questioni pregiudiziali – Competenza della Corte)

«(Omissis)

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli artt. 81 CE e segg. nonché dei principi generali del diritto comunitario.

2 Questa domanda è stata proposta nell'ambito di procedimenti tra l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (in prosieguito: l'«Autorità»), l'Ente tabacchi italiani – ETI SpA, la Philip Morris Products SA, la Philip Morris Holland BV, la Philip Morris GmbH, la Philip Morris Products Inc. e la Philip Morris International Management SA (in prosieguito, le cinque società congiuntamente considerate: le «società del gruppo Philip Morris»), nonché l'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato (in prosieguito: l'«AAMS») in merito ad un'intesa sul prezzo di vendita delle sigarette.

Contesto normativo

3 In diritto italiano la legge 10 ottobre 1990, n. 287, recante norme per la tutela della concorrenza e del mercato (GURI n. 240 del 13 ottobre 1990; in prosieguito: la «legge n. 287/90»), comprende in particolare, nel titolo I, le seguenti disposizioni:

«Art. 1.

(...)

1. Le disposizioni della presente legge in attuazione dell'articolo 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica, si applicano alle intese, agli abusi di posizione dominante e alle concentrazioni di imprese che non ricadono nell'ambito di applicazione degli articoli 65 e/o 66 del Trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio, degli articoli 85 e/o 86 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea (CEE), dei regolamenti della CEE o di atti comunitari con efficacia normativa equiparata.

(...)

4. L'interpretazione delle norme contenute nel presente titolo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza.

Art. 2.

(...)

1. Sono considerati intese gli accordi e/o le pratiche concordate tra imprese nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari.

2. Sono vietate le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, anche attraverso attività consistenti nel:

a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali;

b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, gli investimenti, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico;

- c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento;
 - d) applicare, nei rapporti commerciali con altri contraenti, condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza;
 - e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun rapporto con l'oggetto dei contratti stessi.
3. Le intese vietate sono nulle ad ogni effetto».

4 Il titolo II di tale legge riguarda l'Autorità, istituita dall'art. 10, comma 1. L'art. 15, comma 1, della medesima legge, contenuto nel citato titolo II, dispone quanto segue:

«Se (...) l'Autorità ravvisa infrazioni agli articoli 2 o 3, fissa alle imprese e agli enti interessati il termine per l'eliminazione delle infrazioni stesse. Nei casi di infrazioni gravi, tenuto conto della gravità e della durata dell'infrazione, dispone inoltre l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida, determinando i termini entro i quali l'impresa deve procedere al pagamento della sanzione».

5 L'art. 31, riportato al titolo VI della legge n. 287/90, ha il seguente tenore:

«Per le sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alla violazione della presente legge si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II della legge 24 novembre 1981, n. 689».

6 L'8 dicembre 1927 veniva promulgato il regio decreto legge n. 2258, istitutivo dell'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato (GURI n. 288 del 14 dicembre 1927). A tale organo dell'amministrazione dello Stato, che dipendeva dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, è stata affidata, fino al mese di febbraio 1999, la gestione del monopolio del tabacco. In seguito, l'AAMS ha continuato a svolgere funzioni statali nel settore del tabacco. Essa esercita inoltre un'attività commerciale nel settore dei giochi, segnatamente in quello delle lotterie. L'AAMS è autonoma sia a livello della gestione amministrativa sia dal punto di vista finanziario e contabile, ma non dispone di personalità giuridica propria.

7 Dal 1° marzo 1999, tutte le attività di produzione e vendita nel settore dei tabacchi sino ad allora affidate all'AAMS venivano trasferite ad un altro ente pubblico istituito con decreto legge 9 luglio 1998, n. 283, recante «Istituzione dell'Ente tabacchi italiani» (GURI n. 190 del 17 agosto 1998, pag. 3; in prosieguo: il «decreto legge n. 283/98»). Tale ente riceveva le attività e le passività dell'AAMS relative ai settori di attività che gli erano stati affidati. Con delibera del suo consiglio di amministrazione 23 giugno 2000, esso veniva trasformato in società per azioni assumendo la denominazione di Ente tabacchi italiani - ETI SpA (in prosieguo: l'«ETI»). Il capitale di questa società era inizialmente detenuto al 100% dal Ministero dell'Economia e delle Finanze. In seguito ad una gara indetta nel 2003 da tale Ministero, l'ETI veniva privatizzata ed il suo controllo esclusivo era assunto dalla British American Tobacco plc (in prosieguo: la «BAT»), società holding di diritto inglese del gruppo BAT-British American Tobacco.

Cause principali e questioni pregiudiziali

8 In esito ad un'istruttoria avviata durante il mese di giugno 2001, l'Autorità constatava, con provvedimento 13 marzo 2003, che le società del gruppo Philip Morris, congiuntamente all'AAMS, divenuta poi l'Ente tabacchi italiani e, infine, l'ETI, avevano concluso e attuato un'intesa avente ad oggetto ed effetto un'alterazione della concorrenza sul prezzo di vendita delle sigarette nel mercato nazionale dal 1993 al 2001, in violazione dell'art. 2,

comma 2, lett. a) e b), della legge n. 287/90. Essa applicava di conseguenza alle suddette società sanzioni pecuniarie amministrative di importo pari a EUR 50 milioni complessivi, per quanto riguarda le società del gruppo Philip Morris, e pari a EUR 20 milioni per quanto riguarda l'ETI.

9 Nel suo provvedimento, l'Autorità imputava all'ETI la condotta posta in essere dall'AAMS anteriormente al 1° marzo 1999, in quanto quest'ultima, una volta operativo l'Ente tabacchi italiani, divenuto poi l'ETI, aveva cessato lo svolgimento delle attività di produzione e vendita nel settore del tabacco. Ciò premesso, anche tenendo conto del fatto che l'AAMS non ha cessato di esistere, l'ETI, in applicazione del criterio della continuità economica, sarebbe il successore dell'AAMS.

10 Tale provvedimento veniva impugnato da tutte le imprese interessate dinanzi al Tribunale amministrativo regionale del Lazio. Quest'ultimo respingeva il ricorso delle società del gruppo Philip Morris e accoglieva parzialmente il ricorso dell'ETI, annullando il provvedimento nella parte in cui questo imputava all'ETI la responsabilità di fatti commessi dall'AAMS. Il citato Tribunale fondava la sua valutazione sul criterio della responsabilità personale.

11 Adito in appello avverso le sentenze del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, il Consiglio di Stato, con una prima sentenza 8 novembre 2005, ha respinto i ricorsi dell'ETI e delle società del gruppo Philip Morris nella parte in cui contestavano l'esistenza della violazione delle regole della concorrenza. Riguardo alla questione dell'imputazione all'ETI della condotta dell'AAMS, il Consiglio di Stato osserva, nella decisione di rinvio, che il trasferimento delle attività dell'AAMS all'Ente tabacchi italiani ha segnato una netta discontinuità rispetto al modello organizzativo e gestionale precedente. Tale modello, prima che le attività in questione fossero trasferite all'Ente tabacchi italiani, diventato ETI, era connotato dall'iscrizione in capo all'AAMS, nella sua veste di amministrazione autonoma dello Stato, di una concentrazione di compiti economici e di funzioni amministrative di stampo pubblicitario tali da creare una dipendenza dal potere politico. Tale connessione non sarebbe più riprodotta in capo al nuovo ente, le cui attività sono esclusivamente di natura imprenditoriale. Peraltro, il giudice del rinvio rileva che l'AAMS, pur non svolgendo più alcuna attività commerciale nel settore del tabacco, continua a svolgere un'attività economica sottoposta al diritto della concorrenza. Secondo il Consiglio di Stato, tali peculiarità depongono in senso contrario all'applicazione del criterio della continuità economica.

12 Il Consiglio di Stato nondimeno ha ritenuto opportuno interrogare la Corte in merito ai criteri da applicare nel diritto comunitario della concorrenza, al quale rinvia l'art. 1, comma 4, della legge n. 287/90. Esso ha quindi deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) [Q]uale sia, ai sensi degli artt. 81 e seguenti [CE] e dei principi generali del diritto comunitario, il criterio da seguire nell'individuazione dell'impresa da sottoporre a sanzione per violazione delle norme in tema di concorrenza nel caso in cui, nell'ambito di una condotta unitariamente sanzionata, la parte finale del comportamento sia stata tenuta da una impresa succeduta nel settore economico di riferimento all'impresa originaria, qualora l'ente originario, pur non essendo estinto, non operi più, quanto meno nel settore economico interessato dall'intervento sanzionatorio, come impresa commerciale.

2) [S]e, in sede di individuazione del soggetto sanzionabile, residui in capo all'Autorità amministrativa competente nell'applicazione della normativa antitrust il compito di valutare discrezionalmente la ricorrenza di circostanze che giustifichino l'imputazione al successore economico della responsabilità per violazioni concorrenziali commesse dalla persona

giuridica cui subentra, anche quando quest'ultima non abbia cessato di esistere alla data della decisione, affinché l'effetto utile delle norme sulla concorrenza non risulti pregiudicato dalle modificazioni apportate alla figura giuridica delle imprese».

Sulla competenza della Corte

13 Poiché la Commissione delle Comunità europee ha espresso dubbi in merito alla competenza della Corte, occorre anzitutto esaminare tali dubbi.

Osservazioni presentate alla Corte

14 La Commissione sostiene che le cause principali attengono alla validità di una decisione di un'autorità nazionale della concorrenza che, prima dell'entrata in vigore del regolamento (CE) del Consiglio 16 dicembre 2002, n. 1/2003, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 del Trattato (GU 2003, L 1, pag. 1), ha applicato esclusivamente le disposizioni nazionali che vietano le intese, e non l'art. 81 CE.

15 Essa ritiene che l'art. 1, comma 4, della legge n. 287/90, ai sensi del quale l'interpretazione delle norme contenute nel titolo I è effettuata in base ai principi del diritto comunitario della concorrenza, sia privo di rilevanza a tale riguardo. Infatti, nelle cause principali, si tratterebbe di determinare quali sono «le imprese e gli enti interessati» ai sensi dell'art. 15 di tale legge nonché il regime delle sanzioni amministrative come previsto dall'art. 31 della stessa, articoli che fanno parte, rispettivamente, dei titoli II e VI. Il citato art. 1, comma 4, potrebbe essere preso in considerazione se si trattasse di interpretare la nozione di impresa, che è comune agli artt. 81 CE e 2 della legge n. 287/90, ma non per determinare quali sono le imprese da sanzionare.

16 La Commissione aggiunge che, anche ammettendo che il rinvio da parte della legge n. 287/90 ai principi del diritto comunitario si applichi nelle cause principali, la giurisprudenza della Corte condurrebbe nondimeno a concludere che le questioni pregiudiziali sono irricevibili. A tale riguardo, la Commissione cita la sentenza 28 marzo 1995, causa C-346/93, Kleinwort Benson (*Racc.* pag. I-615), ed evidenzia che la citata legge non precisa che i giudici nazionali sono tenuti ad applicare, in modo assoluto e incondizionato, le interpretazioni adottate dalla Corte.

17 Su quest'ultimo punto, la Commissione fa notare che il Tribunale amministrativo regionale del Lazio ha fondato la sua sentenza sulle disposizioni italiane in materia di sanzioni amministrative, alle quali rinvia l'art. 31 della legge n. 287/90. Allo stesso modo, il Consiglio di Stato menzionerebbe argomenti che l'Autorità desume dal diritto italiano in materia di responsabilità. Ciò dimostrerebbe che, per i giudici e i giuristi italiani, il diritto comunitario costituisce soltanto un elemento tra gli altri ai fini dell'interpretazione delle disposizioni nazionali applicabili.

18 L'ETI e le società del gruppo Philip Morris ritengono al contrario che la Corte sia competente a conoscere del rinvio pregiudiziale. Senza prendere posizione sulla competenza della Corte, il governo italiano evidenzia che una risposta di quest'ultima sarebbe utile per il Consiglio di Stato, tenuto conto del rinvio al diritto comunitario di cui all'art. 1, comma 4, della legge n. 287/90.

Giudizio della Corte

19 L'art. 234 CE costituisce uno strumento di cooperazione giudiziaria, grazie al quale la Corte fornisce ai giudici nazionali gli elementi d'interpretazione del diritto comunitario che possono essere loro utili per valutare gli effetti di una disposizione di diritto nazionale controversa nell'ambito della causa sulla quale essi sono chiamati a pronunciarsi (sentenze 15 maggio 2003, causa C-300/01, Salzmann, *Racc.* pag. I-4899, punto 28 e giurisprudenza ivi citata, nonché 4 dicembre 2003, causa C-448/01, EVN e Wienstrom, *Racc.* pag. I-14527, punto 77).

20 Quando la domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione del diritto comunitario, la Corte, in via di principio, è tenuta a pronunciarsi (sentenze Salzman, cit., punto 29, e 18 luglio 2007, causa C-119/05, Lucchini, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 43).

21 Adita con domande di tale natura, in cui le regole comunitarie di cui era stata richiesta l'interpretazione erano applicabili solo mediante un rinvio operato dal diritto interno, la Corte ha giudicato in maniera costante che, quando una normativa nazionale si conforma, per le soluzioni che essa apporta a situazioni puramente interne, a quelle adottate nel diritto comunitario, esiste un interesse comunitario certo a che, per evitare future divergenze d'interpretazione, le disposizioni o le nozioni riprese dal diritto comunitario ricevano un'interpretazione uniforme, a prescindere dalle condizioni in cui verranno applicate (v., in tal senso, in particolare, sentenze 18 ottobre 1990, cause riunite C-297/88 e C-197/89, Dzodzi, Racc. pag. I-3763, punto 37; 17 luglio 1997, causa C-28/95, Leur-Bloem, Racc. pag. I-4161, punto 32; 11 gennaio 2001, causa C-1/99, Kofisa Italia, Racc. pag. I-207, punto 32; 29 aprile 2004, causa C-222/01, British American Tobacco, Racc. pag. I-4683, punto 40, e 16 marzo 2006, causa C-3/04, Poseidon Chartering, Racc. pag. I-2505, punto 16).

22 Infatti, non risulta né dal dettato dell'art. 234 CE né dalle finalità della procedura, istituita da tale articolo, che gli autori del Trattato CE abbiano inteso sottrarre alla competenza della Corte i rinvii pregiudiziali vertenti su una norma comunitaria nel caso specifico in cui il diritto nazionale di uno Stato membro rinvia al contenuto della norma in parola per determinare le regole da applicare ad una situazione puramente interna a tale Stato (sentenze Dzodzi, cit., punto 36; Leur-Bloem, cit., punto 25, e 14 dicembre 2006, causa C-217/05, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, Racc. pag. I-11987, punto 19).

23 Riguardo all'applicazione della summenzionata giurisprudenza alla presente domanda di pronuncia pregiudiziale, è giocoforza constatare che le disposizioni del titolo I della legge n. 287/90 si conformano, per le soluzioni che apportano a situazioni puramente interne, a quelle adottate nel diritto comunitario.

24 Infatti, l'art. 1, comma 4, di tale legge dispone che l'interpretazione delle disposizioni del suo titolo I si effettua sulla base dei principi del diritto comunitario della concorrenza. Gli artt. 2 e 3 della citata legge, che fanno parte dello stesso titolo, riprendono *mutatis mutandis* la formulazione degli artt. 81 CE e 82 CE.

25 Inoltre, né la formulazione dell'art. 1, comma 4, della legge n. 287/90, né la decisione di rinvio, né gli altri documenti del fascicolo sottoposti alla Corte fanno pensare che il rinvio al diritto comunitario che contiene tale disposizione sia sottoposto a una qualunque condizione.

26 Pertanto, conformemente alla sopra citata giurisprudenza, esiste un interesse comunitario certo a che le regole del diritto comunitario, qualora appaiano dubbi nell'ambito dell'applicazione del rinvio operato dal diritto interno, possano ricevere un'interpretazione uniforme mediante sentenze rese dalla Corte su domanda di pronuncia pregiudiziale.

27 Quanto all'argomento della Commissione secondo cui le cause principali rientrano esclusivamente nell'ambito dei titoli II e VI della legge n. 287/90, di modo che l'art. 1, comma 4, di tale legge, il quale fa parte del suo titolo I, non sarebbe rilevante, è giocoforza constatare che tale valutazione non è condivisa dal Consiglio di Stato, il quale ha espressamente motivato il rinvio pregiudiziale facendo riferimento al citato art. 1, comma 4. A tale riguardo, occorre ricordare che non spetta alla Corte giudicare l'esattezza del quadro normativo che il giudice nazionale definisce su sua propria responsabilità (v., in tal senso, senten-

ze Salzmann, cit., punto 31; 1° dicembre 2005, causa C-213/04, Burtscher, Racc. pag. I-10309, punto 35, nonché 7 giugno 2007, cause riunite da C-222/05 a C-225/05, van der Weerd e a., non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 22).

28 Riguardo, infine, all'argomento della Commissione secondo cui il diritto comunitario è solo uno degli elementi da considerare per l'interpretazione delle disposizioni del titolo I della legge n. 287/90 e secondo cui i giudici italiani non sono obbligati ad applicare, in modo assoluto e incondizionato, le interpretazioni fornite dalla Corte, è sufficiente constatare che l'Autorità e il Tribunale amministrativo regionale del Lazio hanno fondato il loro provvedimento e la sentenza sulla normativa e sulla giurisprudenza comunitaria, e che il Consiglio di Stato ha motivato il suo rinvio pregiudiziale con la considerazione che questo è necessario per conoscere il criterio da prendere in considerazione conformemente ai principi del diritto comunitario della concorrenza a cui rinvia l'art. 1, comma 4, della legge n. 287/90.

29 Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, la Corte è competente a conoscere della domanda di pronuncia pregiudiziale.

Sulle questioni pregiudiziali

30 Mediante le sue due questioni, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio domanda, in sostanza, quali sono, in virtù degli artt. 81 CE e segg. nonché, eventualmente, di ogni altra regola rilevante del diritto comunitario, i criteri che occorre applicare per determinare l'impresa da sanzionare per violazione delle regole della concorrenza in caso di successione di imprese, in particolare qualora la parte finale di una violazione di tal genere sia stata attuata dal successore economico dell'ente che ha commesso tale infrazione e qualora quest'ultimo ente, benché non abbia più operato nel settore economico interessato dalla sanzione, non abbia cessato di esistere.

Osservazioni presentate alla Corte

31 Secondo l'ETI, il criterio rilevante è quello della responsabilità personale. Sarebbe possibile derogare a tale criterio solo in casi eccezionali, per proteggere l'effetto utile delle regole di concorrenza. In casi di tal genere, la responsabilità dell'infrazione potrebbe essere imputata ad una persona diversa da quella che aveva il controllo dell'impresa al momento dell'infrazione, anche qualora quest'ultima non abbia cessato di esistere.

32 Tuttavia, circostanze eccezionali di tale natura non sussisterebbero, qualora, come nelle cause principali, sia possibile imputare la responsabilità dell'infrazione alla persona che gestiva l'impresa al momento in cui l'infrazione stessa è stata commessa.

33 Le società del gruppo Philip Morris sostengono che il criterio della responsabilità personale si applica in tutti i casi in cui la persona che ha materialmente compiuto l'atto illecito esiste ancora, esercita attività imprenditoriali ed è in grado di ottemperare alla decisione dell'autorità della concorrenza che impone la sanzione.

34 Tali società ritengono che, a parte il caso della scomparsa del soggetto giuridico e dell'impossibilità derivantene che esso sia sottoposto a sanzioni, l'ordinamento giuridico comunitario non ammetta deroghe al criterio della responsabilità personale. Il ricorso al criterio della continuità economica sarebbe giustificato solamente qualora sia necessario per assicurare l'applicazione effettiva delle regole della concorrenza.

35 Secondo il governo italiano, il criterio della continuità economica implica la responsabilità della persona che ha continuato e portato a termine il comportamento contrario alle regole della concorrenza cominciato da un'altra persona ogni volta che l'impresa interessata dall'infrazione è ceduta da una persona ad un'altra è identica dai punti di vista economico, strutturale e funzionale. A tale riguardo, sarebbe indifferente che la persona che ha ceduto tale impresa esista ancora formalmente ed eserciti o meno altre attività.

36 Nella fattispecie, risulterebbe dal decreto legge n. 283/98 che vi è effettivamente un'identità tra l'impresa gestita dall'AAMS e quella gestita dall'Ente tabacchi italiani, diventato ETI. L'AAMS e l'ETI sarebbero inoltre uniti da legami strutturali, consistenti nel fatto che entrambi sono emanazione del Ministero dell'Economia e delle Finanze.

37 Secondo la Commissione, qualora l'infrazione sia stata commessa da un'impresa gestita da un organismo di uno Stato membro dotato di proprio potere decisionale e l'attività economica interessata sia stata ceduta ad un altro soggetto giuridico, le sanzioni relative a tale comportamento devono essere inflitte all'organismo dello Stato se questo, dopo la cessione, continua ad esercitare un'attività imprenditoriale, anche in settori diversi da quello interessato da tale comportamento. Per contro, le sanzioni dovrebbero essere inflitte al soggetto giuridico che ha acquisito l'attività economica in questione se, dopo la cessione, tale organismo dello Stato cessa di esercitare attività imprenditoriali.

Giudizio della Corte

38 Risulta dalla giurisprudenza che il diritto comunitario della concorrenza riguarda le attività delle imprese (sentenza 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, Aalborg Portland e a./Commissione, Racc. pag. I-123, punto 59) e che il concetto di «impresa» comprende qualsiasi ente che eserciti un'attività economica, a prescindere dal suo status giuridico e dalle sue modalità di finanziamento (v., in particolare, sentenze 28 giugno 2005, cause riunite C-189/02 P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, Dansk Rørindustri e a./Commissione, Racc. pag. I-5425, punto 112; 10 gennaio 2006, causa C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze e a., Racc. pag. I-289, punto 107, nonché 11 luglio 2006, causa C-205/03 P, FENIN/Commissione, Racc. pag. I-6295, punto 25).

39 Qualora un ente di tal genere violi le regole della concorrenza, incombe ad esso, secondo il principio della responsabilità personale, di rispondere di tale infrazione (v., in tal senso, sentenze 8 luglio 1999, causa C-49/92 P, Commissione/Anic Partecipazioni, Racc. pag. I-4125, punto 145, e 16 novembre 2000, causa C-279/98 P, Cascades/Commissione, Racc. pag. I-9693, punto 78).

40 Riguardo alla questione di sapere in quali circostanze un ente che non è l'autore dell'infrazione possa nondimeno essere sanzionato per questa, occorre, anzitutto, constatare che rientra in una tale ipotesi la situazione in cui l'ente che ha commesso un'infrazione ha cessato di esistere giuridicamente (v., in tal senso, sentenza Commissione/Anic Partecipazioni, cit., punto 145) o economicamente. A quest'ultimo riguardo, occorre considerare che una sanzione inflitta ad un'impresa che continua ad esistere giuridicamente, ma non esercita più attività economiche, rischia di essere priva di effetto dissuasivo.

41 Occorre inoltre rilevare che, se nessun'altra possibilità di imposizione della sanzione ad un ente diverso da quello che ha commesso l'infrazione fosse prevista, alcune imprese potrebbero sfuggire alle sanzioni per il semplice fatto che la loro identità è stata modificata a seguito di ristrutturazioni, cessioni o altre modifiche di natura giuridica o organizzativa. Lo scopo di reprimere comportamenti contrari alle regole della concorrenza e di prevenirne la ripetizione mediante sanzioni dissuasive (v., in tal senso, sentenze 15 luglio 1970, causa 41/69, ACF Chemiefarma/Commissione, Racc. pag. 661, punto 173; 29 giugno 2006, causa C-289/04 P, Showa Denko/Commissione, Racc. pag. I-5859, punto 61, nonché 7 giugno 2007, causa C-76/06 P, Britannia Alloys & Chemicals/Commissione, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 22) sarebbe pertanto compromesso.

42 Di conseguenza, come già constatato dalla Corte, qualora un ente che ha commesso un'infrazione alle regole della concorrenza sia oggetto di una modifica di natura giuridica

ca o organizzativa, tale modifica non ha necessariamente l'effetto di creare una nuova impresa esente dalla responsabilità per i comportamenti anticoncorrenziali del precedente ente se, sotto l'aspetto economico, vi è identità fra i due enti (v., in tal senso, sentenze 28 marzo 1984, cause riunite 29/83 e 30/83, *Compagnie royale asturienne des mines e Rheinzink/Commissione*, Racc. pag. 1679, punto 9, nonché *Aalborg Portland e a./Commissione*, cit., punto 59).

43 Conformemente a questa giurisprudenza, le forme giuridiche rispettive dell'ente che ha commesso un'infrazione e del suo successore sono irrilevanti. L'applicazione a tale successore della sanzione per l'infrazione non può dunque essere esclusa per il solo fatto che, come nelle cause principali, questo possiede un altro status giuridico e opera con modalità diverse rispetto all'ente cui è succeduto.

44 È irrilevante anche la circostanza che una cessione delle attività venga decisa non da singoli, ma dal legislatore nella prospettiva di una privatizzazione. Infatti, le misure di ristrutturazione o di riorganizzazione d'impresa adottate dalle autorità di uno Stato membro non possono legittimamente avere come conseguenza la compromissione dell'effetto utile del diritto comunitario della concorrenza (v., in tal senso, sentenza 12 maggio 2005, causa C-415/03, *Commissione/Grecia*, Racc. pag. I-3875, punti 33 e 34).

45 Nelle cause principali, risulta dalla decisione di rinvio nonché dal fascicolo sottoposto alla Corte che le attività economiche dell'AAMS sul mercato interessato dall'intesa sono state proseguite dall'Ente tabacchi italiani, diventato poi ETI. Alla luce di ciò, anche se l'AAMS ha continuato ad esistere in quanto operatore economico su altri mercati, l'ETI poteva essere considerato, nell'ambito del procedimento relativo all'intesa sui prezzi di vendita delle sigarette, come il successore economico dell'AAMS.

46 Riguardo alla questione se un caso come quello in oggetto integri la fattispecie in cui un'entità economica può essere sanzionata per l'infrazione commessa da un altro ente, occorre constatare, anzitutto, che il fatto che l'AAMS non disponga di personalità giuridica (v. punto 6 della presente sentenza) non è un elemento che può giustificare l'applicazione al suo successore della sanzione per l'infrazione che essa ha commesso.

47 Per contro, l'applicazione della sanzione per l'infrazione commessa dall'AAMS all'ETI potrebbe giustificarsi per il fatto che quest'ultimo e l'AAMS dipendono dalla stessa autorità pubblica.

48 A tale riguardo occorre ricordare che, qualora due enti costituiscano lo stesso ente economico, il fatto che l'ente che ha commesso l'infrazione esista ancora non impedisce, di per sé, che venga sanzionato l'ente a cui esso ha trasferito le sue attività economiche (v., in tal senso, sentenza *Aalborg Portland e a./Commissione*, cit., punti 355-358).

49 In particolare, una tale configurazione della sanzione è ammissibile qualora tali enti siano stati sotto il controllo della stessa persona e, considerati gli stretti legami che li uniscono sul piano economico e organizzativo, abbiano applicato in sostanza le stesse direttive commerciali.

50 Nelle cause principali, è certo che, al momento del loro comportamento illecito, l'AAMS e l'ETI erano detenuti dallo stesso ente pubblico, ossia il Ministero dell'Economia e delle Finanze.

51 Spetta al giudice del rinvio verificare se, partecipando all'intesa sui prezzi di vendita delle sigarette, l'AAMS e l'ETI siano stati sotto la tutela di tale organismo pubblico. In caso affermativo, occorrerebbe concludere che il principio della responsabilità personale non si oppone a che la sanzione per l'infrazione commessa dall'AAMS e continuata dall'ETI sia inflitta interamente a quest'ultima.

52 Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, le questioni sottoposte vanno risolte dichiarando che gli artt. 81 CE e seguenti devono essere interpretati nel senso che, nel caso di enti dipendenti dalla stessa autorità pubblica, qualora una condotta costitutiva di una stessa infrazione alle regole della concorrenza sia stata commessa da un ente e successivamente proseguita fino alla sua fine da un altro ente succeduto al primo, il quale non ha cessato di esistere, tale secondo ente può essere sanzionato per l'infrazione nella sua interezza, se è provato che tali due enti sono stati sotto la tutela della citata autorità.

Sulle spese

53 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 (Grande Sezione) dichiara:

Gli artt. 81 CE e seguenti devono essere interpretati nel senso che, nel caso di enti dipendenti dalla stessa autorità pubblica, qualora una condotta costitutiva di una stessa infrazione alle regole della concorrenza sia stata commessa da un ente e successivamente proseguita fino alla sua fine da un altro ente succeduto al primo, il quale non ha cessato di esistere, tale secondo ente può essere sanzionato per l'infrazione nella sua interezza, se è provato che tali due enti sono stati sotto la tutela della citata autorità».

IL CONTENZIOSO NAZIONALE

Dossier

Ingresso-soggiorno dello straniero e tutela dell'ordine pubblico: il problema dell'effetto delle precedenti condanne penali

di Valeria Camilli e Rita Tuccio^()*

TEMI: 1.- Visto d'ingresso e permesso di soggiorno nella disciplina del T.U. Immigrazione. 2.- Condizioni per l'accesso e la permanenza dello straniero in Italia. Autosufficienza dei motivi ostativi alla luce dell'interpretazione letterale del T.U. Immigrazione. 3.- La condanna. 4.- Gli indici di pericolosità sociale. 5.- Attenuazioni al giudizio di pericolosità sociale. DOCUMENTI: 1.- Consiglio di Stato, sezione sesta, sentenza 8 febbraio 2008 n. 415. 2.- Consiglio di Stato, sezione sesta, sentenza 13 marzo 2008 n. 1031. 3.- Tribunale Amministrativo per la Regione Umbria, Perugia, sezione prima, sentenza 6 giugno 2007 n. 505.

1. Visto d'ingresso e permesso di soggiorno nella disciplina del T.U. Immigrazione.

A fronte del forte incremento del flusso migratorio degli stranieri, intensificatosi già a partire dagli anni Novanta (1), il legislatore ha avvertito progressivamente sempre più impellente l'esigenza di provvedere ad una disciplina omogenea sull'immigrazione. Al fine di rendere più aderente alla prassi

^(*) Dottori in Giurisprudenza, ammesse alla pratica forense presso l'Avvocatura dello Stato.

(1) Per una ricostruzione ed un'analisi dei processi migratori in prospettiva storico-giuridica si rinvia da ultimo a GIANLUCA BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, 2007.

si la regolazione del fenomeno migratorio nel rispetto delle diverse esigenze dello straniero sono stati nettamente distinti i due momenti dell'ingresso e del soggiorno nel territorio dello Stato. Infatti, la scelta in tal senso della legge 39 del 1990 (che ha introdotto il permesso di soggiorno) è stata confermata con la legge 40 del 1998 e poi con il d.lgs. 286 del 1998 che agli artt. 4 e 5 disciplina in modo autonomo le due diverse condizioni. Pur volendo limitarsi alla mera formulazione testuale, la scelta del legislatore di disciplinare le due fattispecie in due articoli distinti non può far dubitare del fatto che ciascuna rilevi per caratteristiche proprie e peculiari. A tal proposito, sia sufficiente sottolineare quantomeno due aspetti di divergenza tra i due istituti. In primo luogo, è bene tenere presente che sul piano soggettivo i due atti si differenziano in quanto rientranti nelle competenze di autorità differenti: il visto d'ingresso viene rilasciato dalle rappresentanze diplomatiche e consolari dello Stato italiano, mentre il permesso di soggiorno spetta alla competenza del questore della provincia entro cui si trova lo straniero. In secondo luogo, per ciò che riguarda specificatamente l'elemento temporale, il visto di ingresso si caratterizza per avere una durata limitata (fino a 90 giorni) rispetto ai casi di permesso di soggiorno rilasciato ai sensi dell'art. 5 co. 3 (per motivi diversi da quelli di lavoro), dell'art. 5 co. 3 *bis*, 3 *ter* e 3 *quater* (per motivi di lavoro), dell'art. 9 co. 1 (carta di soggiorno rilasciata a tempo indeterminato).

Tuttavia, è al contempo innegabile che sussista un *elemento di connessione tra le due fattispecie* e che quest'ultimo si appalesi specificamente nel momento patologico della vicenda migratoria, laddove lo Stato si vede costretto ad intervenire in via autoritativa a fronte della necessaria tutela dell'ordine pubblico. Oggetto immediato dell'art. 4 co. 3 T.U. consiste nella disciplina della fattispecie di ammissione dello straniero nel territorio dello Stato, non venendo specificati gli effetti che deriverebbero in caso di accertamento positivo delle condizioni di inammissibilità del cittadino. Propriamente, l'art. 4 co. 3 T.U. non regola direttamente la domanda di rilascio (o revoca) del permesso di soggiorno, quanto piuttosto si limita a circoscrivere i requisiti e le condizioni che legittimano l'ingresso del cittadino nello Stato. Tuttavia, è il successivo art. 5 co. 5. che, nel regolare le conseguenze della mancanza dei requisiti per il rilascio del permesso di soggiorno, opera l'esplicito collegamento con l'art. 4 co. 3 quando afferma che “*il permesso di soggiorno o il suo rinnovo sono rifiutati e, se il permesso di soggiorno è stato rilasciato, esso è revocato, quando mancano o vengono a mancare i requisiti richiesti per l'ingresso e il soggiorno nel territorio dello Stato...*”. Pertanto, dal combinato disposto dell'art. 4 co. 3 e del 5 co. 5 del T.U. sembrerebbe dedursi pacificamente che tra le cause ostative al rilascio/rinnovo del permesso di soggiorno debbano contemplarsi anche le condizioni previste dall'art. 4 co. 3 relative all'ingresso dello straniero sul territorio italiano, in quanto il rilascio/rinnovo del permesso di soggiorno rappresenta l'elemento indefettibile a garanzia della legittima permanenza dello straniero in Italia. Una simile interdipendenza dell'art. 4 co. 3 e dell'art. 5 co. 5 sembra godere anche del consenso della più recente giurisprudenza del giudice di legittimità laddove, ai fini dell'applicazione dell'art. 5 co. 1

del T.U., venga presupposta la regolare entrata in Italia dello straniero nel rispetto delle condizioni stabilite nell'art. 4 co. 3 (2). Oltretutto, siffatta interpretazione sembra essere accolta da ultimo anche dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 424 del 2 febbraio 2007 (3).

Occorre, tuttavia, precisare che il subordinare il rilascio del visto d'ingresso ed il provvedimento di rifiuto, rinnovo o revoca del permesso di soggiorno all'accertamento della sussistenza degli stessi requisiti pare rispondere coerentemente alla medesima logica. Infatti, in una simile equiparazione appare palese che l'intento del legislatore consista nell'assicurarsi un mezzo con cui accertare costantemente la sussistenza e la permanenza in capo allo straniero soggiornante in Italia delle medesime condizioni legittimanti dell'ingresso. In breve, il legislatore parrebbe ispirarsi ad un criterio di continuità dei requisiti di validità del soggiorno. In tal senso, emerge con chiarezza la duplice valenza del permesso di soggiorno – condivisa oltretutto anche da consolidata giurisprudenza (4) – che, se da un lato legittima formalmente la condizione di permanenza stabile sul territorio dello Stato, dall'altro rappresenta lo strumento attraverso cui le autorità di polizia possono procedere ad un controllo preventivo, finalizzato alle esigenze di tutela di sicurezza e di cura dell'ordine pubblico. Pertanto, proprio in ragione della necessità di rendere possibile il costante controllo dell'autorità pubblica, le norme del T.U. sul permesso di soggiorno sono puntuali e specifiche. In particolare, si sta facendo riferimento alle disposizioni del Regolamento d'attuazione in cui si prevede che il permesso di soggiorno riporti per iscritto il motivo indicato nel visto d'ingresso, che secondo alcuni (5) finirebbe per irrigidire ecces-

(2) Cass. Civ., sez. I, n. 210 del 2005.

(3) C.d.S., sent. 424 del 2 febbraio 2007, sez. VI: "L'art. 4, comma 3, D.Lgs. n. 286 del 1998 come sostituito dalla L. n. 189 del 2002, prevede che non è ammesso in Italia lo straniero che risulti condannato, anche a seguito di applicazione della pena su richiesta ex art. 444, c.p.p., per i reati previsti dai commi 1 e 2, art. 380 c.p.p., ovvero per reati inerenti gli stupefacenti, la libertà sessuale, il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina verso l'Italia e dell'emigrazione clandestina dall'Italia verso altri Stati o per reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione od allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività. L'art. 5, comma 5, D.Lgs. n. 286 del 1998, prevede che il permesso di soggiorno od il suo rinnovo sia rifiutato e, se il permesso di soggiorno è stato rilasciato, esso sia revocato, quando manchino o vengano a mancare i requisiti richiesti per l'ingresso ed il soggiorno nel territorio dello Stato. Ne consegue la legittimità della revoca, vincolata, del permesso di soggiorno dello straniero che ha commesso un reato rientrante fra quelli di cui dall'art. 380 c.p.p., commi 1 e 2, adeguatamente motivato col richiamo alle norme di legge". In tal senso anche C.d.S., sent. 410, 1 febbraio 2007, Sez. VI., ma anche TAR Campania - Napoli, sez. IV, sent. n. 3832, 27 aprile 2006.

(4) Si veda in particolare C.d.S., sez. IV, 30 marzo – 20 maggio 1999, n. 870, in cui riconosce al permesso di soggiorno non solo la finalità di verificare i requisiti dello straniero a soggiornare in Italia, ma anche l'ulteriore scopo di facilitare la localizzazione del medesimo ai fini della verifica in concreto della sua permanenza.

(5) In merito si veda PAOLO BONETTI, *Ingresso, Soggiorno ed Allontanamento*, in BRUNO NASCIBENE, *Diritto degli stranieri*, p. 328, Padova, 2003.

sivamente la posizione dello straniero e per non tener conto dei possibili cambiamenti della vita quotidiana. In realtà, proprio la necessità di contemperare le esigenze di garanzia dell'ordine pubblico con i diritti dello straniero sembrerebbe richiedere al legislatore una cautela tale che solamente la puntualità e la specificità del testo normativo sembrano offrire, in conformità a quanto richiede la riserva di legge prevista dall'art 10 co. 2 Cost. Infatti, laddove è costituzionalmente previsto l'intervento del legislatore, la disciplina non solo deve essere dettata esclusivamente dalla legge, ma quest'ultima, a parere di chi scrive, deve essere quanto più possibile stringente, al fine di ridurre il margine valutativo in sede di interpretazione. In proposito, come si vedrà anche in seguito (6), il legislatore sembra muoversi lungo uno schema binario: *in primis* provvede a dettare la regola generale, *in secundis* si preoccupa di disciplinarne le eccezioni. Si noti, è sempre egli stesso che esercita il potere derogatorio con gli effetti più vistosi, da un lato, di conservare in capo a sé la disciplina dell'immigrazione, dall'altro, di attenuare la rigidità della disposizione puntuale proprio in considerazione di specifiche esigenze. Pertanto, alla luce di quanto finora esposto, non sembra condivisibile l'opinione (7) di chi sostiene che la normativa sull'immigrazione, ed in particolare le norme sull'ingresso ed il soggiorno dello straniero, renderebbero la condizione di quest'ultimo incerta e precaria con la conseguenza di non favorirne l'integrazione nel Paese ospitante. Tuttavia, qui si ritiene che una simile impostazione tenderebbe a sottovalutare le ragioni su cui si fonda la *ratio* stessa degli istituti in esame, ovvero la garanzia dell'ordine pubblico, a fronte delle esigenze dello straniero che, tuttavia, laddove non venga in alcun modo posto in discussione il principio dell'affidamento, trovano ben ampia tutela nel testo normativo.

Pertanto, al fine di provare a comprendere la *ratio* che sottende la spina (8) materia della regolazione dell'immigrazione, in questa sede, pare opportuno soffermarsi in primo luogo sull'analisi delle condizioni legittimanti l'ingresso – e, di qui, la permanenza – dello straniero in Italia a partire da una lettura testuale della disposizione.

(6) In riferimento ai motivi familiari e alle cause di esclusione dell'espulsione si veda *infra*.

(7) Si confronti GUIDO SIRIANNI, *La polizia degli stranieri*, Torino, 1999, p. 60.

(8) Si è scelto il presente aggettivo al fine di suggerire una più ampia riflessione sui temi connessi ai diritti fondamentali dello straniero, alla tutela costituzionale dello straniero, alla natura della situazione giuridica soggettiva dello straniero, di cui la presente sede non consente una trattazione specifica e puntuale. Tuttavia, sui primi temi si rinvia *ex multis* ALESSANDRO PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 2003, GIUSEPPE UGO RESCIGNO, *Cittadinanza: riflessioni sulla parola e sulla cosa*, in *Riv. Dir. Cost.*, 1997, p. 37 e dello stesso autore *Note sulla cittadinanza*, in *Dir. Pubbl.*, 2000, p. 751; STEFANO SICCARDI, *L'immigrato e la Costituzione. Note sulla dottrina e sulla giurisprudenza costituzionale*, *Giur. it.*, 1996, p. 316; circa la configurabilità di una nuova situazione giuridica si veda ALESSANDRO CACCIARI mentre per la ricostruzione della posizione dello straniero in termini di soggezione si veda più dettagliatamente GUIDO SIRIANNI, *cit.*, p. 79.

Prima di passare a tale esame occorre fare un'ultima precisazione con riguardo alla lettera della disposizione di cui all'art. 5 co. 5 T.U. laddove ricollega alla mancanza dei requisiti necessari per l'ingresso ed il soggiorno un provvedimento di "revoca". Sebbene si sia sostenuto (9) che i provvedimenti di revoca, rifiuto di rinnovo e annullamento del permesso siano stati configurati dal legislatore alla stregua di provvedimenti di polizia, cioè di provvedimenti attinenti all'attività di prevenzione tipica dell'autorità di pubblica sicurezza, di fronte ai quali lo straniero non potrebbe esercitare neppure in tale procedimento i diritti tipici del procedimento amministrativo previsti dalla legge 241/1990, tale orientamento deve ritenersi superato dalla più recente giurisprudenza (10). Infatti, si è affermato che il provvedimento di "revoca" del permesso di soggiorno debba essere preceduto da un regolare atto di comunicazione di avvio del procedimento, ai sensi degli articoli 7, 8, 9 e 10 legge 7 agosto 1990 n. 241, salvo che ricorrano comprovate ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento, di conseguenza sembrando che il provvedimento di diniego abbia natura di vero e proprio atto amministrativo a cui siano applicabili le previsioni della legge 241/1990. Pur tuttavia, le suddette considerazioni non compromettono il rilievo secondo cui, a differenza dalla legge sul procedimento amministrativo laddove sono distinte le ipotesi di revoca e di annullamento, il legislatore nel T.U. abbia pensato ad una *revoca intesa in senso atecnico*, come tale comprendente anche l'istituto dell'annullamento (11). E ciò per la semplice considerazione che nel comma 5 art. 5 il legislatore equipara, quanto ai presupposti e alle conseguenze, alla revoca il rifiuto originario del permesso o del suo rinnovo.

2. Condizioni per l'accesso e la permanenza dello straniero in Italia. Autosufficienza dei motivi ostativi alla luce dell'interpretazione letterale del T.U. Immigrazione.

L'art. 4 comma 3 prevede tre motivi ostativi al rilascio del visto d'ingresso (mancanza di requisiti, minaccia dell'ordine pubblico, condanna), colle-

(9) PAOLO BONETTI, *Ingresso, Soggiorno ed Allontanamento*, in BRUNO NASCIMBENE, *Diritto degli stranieri*, p. 328, Padova, 2003.

(10) T.A.R. Marche Ancona, sez. I, 14 febbraio 2007, n. 34; Consiglio Stato, sez. VI, 19 gennaio 2007, n. 109.

(11) Peraltro in proposito, si consideri l'ulteriore profilo dell'adozione di provvedimenti di diniego in considerazione degli elementi richiesti all'art. 21 *nonies* l. 241/1990 ai fini dell'annullamento d'ufficio, con specifico riferimento a quei casi in cui sia emersa solo dopo molto tempo la mancanza dei requisiti necessari per l'ingresso e il soggiorno nel territorio dello Stato. In particolare, tale disposizione prevede quali condizioni per l'annullamento del provvedimento amministrativo, sussistendo le ragioni di interesse pubblico, un termine ragionevole e che si tenga conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati. Tuttavia, sebbene possa apparire in contrasto con quanto sostenuto finora, in proposito si ritengono prevalenti le ragioni a sostegno della previsione del termine ragionevole. Infatti, tale specifico termine è volto essenzialmente ad assicurare un principio di certezza del diritto e della tutela dell'affidamento legittimo.

gati tra loro per il tramite della proposizione *o*. Pertanto, se risulta intuitivo che il primo requisito non solleva particolari dubbi, ben più problematico appare individuare la relazione tra il secondo ed il terzo elemento. Ad un'interpretazione testuale e letterale della norma secondo i canoni ermeneutici prescritti dall'art. 12 disp. att. c.c. (12), la preposizione semplice impiegata dal legislatore appartiene alle preposizioni disgiuntive. Da tale considerazione dovrebbe trarsi agilmente che ogni elemento rappresenta un requisito autonomo ed indipendente, di talché dovrebbe dedursi la pari ordinazione di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie. L'interpretazione in senso disgiuntivo di tali elementi comporta, *in primis*, che ciascuno di essi sarebbe di per sé idoneo ad arrestare la procedura di rilascio del permesso di soggiorno ed, *in secundis*, che la mancanza di anche uno solo di essi determinerebbe il mancato rilascio del titolo di soggiorno. Accedendo, ad una simile interpretazione, appare piuttosto limpido che non esiste una diretta correlazione tra il secondo ed il terzo elemento e che, pertanto, entrambi quest'ultimi elementi rilevano autonomamente e in modo del tutto autosufficiente, al pari del primo.

Inoltre, sempre alla luce della ricostruzione prospettata non può accogliere la tesi che presuppone la necessaria verifica della contemporaneità della condanna e della pericolosità sociale, in quanto una simile valutazione sembra finire per anteporre la pericolosità sociale alla condanna in una relazione di causa-effetto. Infatti, una simile visione ridurrebbe la condanna (si badi per determinati reati, e non per qualunque reato) a mero presupposto per la valutazione della pericolosità sociale, ed oltretutto ciò attribuirebbe ampi poteri discrezionali in capo al questore. Invece, si è qui sostenuta la volontà della disposizione di dotare di propria autonomia ciascun segmento normativo e di garantire la pari ordinazione tra gli stessi. Pertanto, il subordinare in via di fatto la circostanza della presenza della condanna all'accertamento della concreta minaccia pare del tutto fuorviante e poco fedele alle intenzioni del legislatore, il quale, se avesse voluto indurre l'autorità pubblica a temperare nella verifica entrambi i motivi ostativi, avrebbe senz'altro scelto di coordinarli impiegando la preposizione *e* e non la disgiuntiva *o*.

Ancora si consideri che proprio la formulazione letterale della disposizione contribuisce ad escludere un ruolo attivo (e quindi valutativo) dell'amministrazione pubblica (13), in quanto l'art. 4 co. 3 non si rivolge direttamente al soggetto agente, bensì predilige una costruzione passiva e negativa (*Non è ammesso lo straniero che non*), volta a mettere in evidenza le ragioni, dettagliatamente indicate, che comportano l'esclusione dei titoli di sog-

(12) Art. 12 co. 1 disp. att. c.c. recita: "Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore".

(13) Sull'esistenza di un automatismo tra la condanna e l'impossibilità di continuare il soggiorno in Italia si veda TAR Trentino Alto Adige - Trento, sent. n. 164 del 16 maggio 2006.

giorno. Pertanto, a buon diritto dalla disposizione in esame sembra dedursi la volontà del legislatore di riservare a se stesso la scelta esclusiva delle situazioni ostative, con la conseguenza di precludere, secondo il principio costituzionale della divisione dei poteri, margini discrezionali in capo alla P.A. (14). Più nel dettaglio, l'assenza di spazio discrezionale in capo all'Amministrazione parrebbe essere nuovamente confermato dall'ipotesi di espulsione prevista all'art. 7 della legge 39 del 1990, in cui ugualmente sono presupposti i delitti *ex art. 380 co. 1 e 2 c.p.p.* ma, dovendo la pronuncia essere emessa obbligatoriamente, si finisce con il negare *in toto* la valutazione della pericolosità sociale.

Ciò non di meno, pur volendo prescindere dagli aspetti più propriamente letterali, non pare possa farsi a meno di rilevare il nesso di contenuto tra la pericolosità sociale ed i reati *ex art. 380 c.p.p.* Tuttavia, il tacito riferimento dei reati elencati nell'art. 4 co. 3 alla pericolosità sociale, non sembra di per sé idoneo a legittimare un'ulteriore valutazione in tal senso da parte del questore. In primo luogo, non può sottovalutarsi che ai fini del divieto di rilascio del titolo abilitativo all'ingresso è necessaria una condanna per alcuni tra i reati più afflittivi nei confronti dello Stato: da un lato, per i reati per i quali è previsto l'arresto in flagranza *ex art. 380 c.p.p.* e che, quindi, per questo solo fatto rivelano l'intenzione del legislatore di classificarli come reati particolarmente gravi (15); dall'altro, per i reati specificatamente previsti, volti a punire comportamenti che ledono diritti fondamentali della persona e rappresentano violazioni che comportano elevato allarme sociale. Pertanto, proprio in ragione delle specifiche norme incriminatrici tassativamente elencate nell'art. 4 co. 3 e dei beni giuridici a tutela dei quali esse sono poste, può dedursi che la valutazione della pericolosità sociale rimane assorbita dalla condanna: colui che ha commesso uno di quei reati è socialmente pericoloso (16), in quanto l'autorità giudiziaria ha già accertato con condanna che costui ha posto in essere dei comportamenti illeciti volti a ledere l'incolumità pubblica e la personalità dello Stato.

(14) Dello stesso orientamento pare essere il TAR Veneto - Venezia, sez. III, sent. n. 1493 dell'8 maggio 2007.

(15) In cui il legislatore ha fondato i presupposti dell'arresto obbligatorio sulla natura di delitto non colposo del fatto commesso; sulla flagranza di esso e sulla gravità del delitto che è alternativamente correlata: alla misura della pena edittale (co. 1) ; alla specificità del delitto e, quindi, alla sua inclusione in un elenco tassativo (co. 2) che per queste ultime ipotesi l'obbligatorietà dell'arresto è correlata alla salvaguardia della sicurezza collettiva e della tranquillità sociale. In giurisprudenza si veda TAR Piemonte - Torino, sez. II, n. 4619 del 12 dicembre 2006; in giurisprudenza sull'inesistenza di alcuna concreta verifica della gravità del reato in capo all'Amministrazione si veda da ultimo TAR Veneto- Venezia, sez. III, sent. n. 1439, 8 maggio 2007.

(16) Sulla gravità dei reati *ex art. 380 c.p.p.* e sulla natura della condotta del soggetto agente si veda la dottrina di FRANCESCO ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, vol. II, Giuffrè, 2003, p. 3-58 e p. 558-647; in giurisprudenza si veda la sent. del C.d.S. n. 359 del 30 gennaio 2007, sez. VI in cui si afferma che: "il citato art. 4, comma 3, non dà

Tuttavia, tale tesi, fondata su argomenti sia testuali che contenutistici, sebbene inizialmente è sembrata inserirsi nel solco di alcuna giurisprudenza (17), sembra andare contro tendenza rispetto alla giurisprudenza sempre più costante dei T.A.R. che già all'indomani della riforma, assumendo un atteggiamento di particolare tolleranza nei confronti dello straniero, hanno via via interpretato in senso congiuntivo il secondo con il terzo elemento, ritenendo necessaria anche la valutazione circa la pericolosità sociale dello straniero, ancorché in presenza di condanna per uno dei reati espressamente elencati (18). Ciò non di meno, la giurisprudenza amministrativa di primo grado è finanche giunta a riconoscere un'ampia discrezionalità in capo all'autorità pubblica con la conseguenza di svalutare il momento valutativo effettuato in sede penalistica, provvedendo a distinguere la valutazione di pericolosità sociale svolta dall'amministrazione nel rilascio del permesso di soggiorno dal giudizio penale (19). Tuttavia, da ultimo la giurisprudenza amministrativa ha mostrato un'inversione di tendenza (20), scindendo la valutazione

luogo a dubbi di costituzionalità, in quanto l'intervento di una sentenza penale di condanna per reati di particolare gravità quali quelli indicati dalla norma stessa, anche se non passata in giudicato, è di per sé indice di pericolosità sociale e di minaccia per l'ordine pubblico. Tanto è vero che l'art. 86 del d.P.R. n. 309/1990 prevede, a pena espiata, l'espulsione dallo Stato dello straniero condannato per alcuni reati, tra cui quello previsto dall'art. 73 del decreto medesimo”.

(17) Si veda sempre C.d.S., sent n. 7979/2004, in cui si afferma che la valutazione degli elementi *ex art. 4 co 3* debba farsi in via autonoma ed indipendente, in quanto il giudizio di pericolosità sociale su cui si fonda il diniego di rinnovo del permesso di soggiorno non postula necessariamente l'esistenza di una sentenza irrevocabile di condanna, essendovi sufficienti anche una serie di indizi e di fatti purché da essi possa ragionevolmente desumersi l'inclinazione del soggetto a delinquere.

(18) In tal senso, rimane emblematico il caso del TAR Lombardia - Brescia, che con ben due ordinanze ha sollevato la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto degli articoli 4 co. 3 e 5 co. 5 nella parte in cui fanno discendere automaticamente l'obbligo di rigettare l'istanza di rinnovo del permesso di soggiorno per gli stranieri condannati per i reati previsti dall'art. 4 co. 3. La prima volta la questione era stata sollevata nel 2003 e su di essa la Corte costituzionale con l'ordinanza 9/2005 aveva dichiarato la manifesta infondatezza per la mancanza del requisito della rilevanza. Successivamente, nel 2005, il TAR Brescia sollevava nuovamente la questione di legittimità che questa volta la Corte Costituzionale con sent. 414/2006 ha dichiarato inammissibile, in quanto il rimettente non ha fornito alcuna motivazione circa l'impossibilità di pervenire ad un'interpretazione che escluda l'applicabilità delle disposizioni censurate nelle fattispecie oggetto del giudizio *a quo*. Sul punto si veda anche TAR Emilia Romagna - Bologna, sent. 28 luglio 2003, n 1035 in cui il TAR espressamente afferma che “ in particolare le condanne inflitte dal giudice penale, vanno considerate non sulla base di presunzioni automatiche e assolute di pericolosità del soggetto che ha già commesso un reato incluso fra quelli ivi indicati, ma in concreto, tenendo conto dei giudizi prognostici concreti contenuti nella sentenza di condanna.”

(19) Si veda sul punto espressamente TAR Veneto - Venezia, sent. n. 484 del 17 gennaio 2003, tuttavia nel caso in esame la statuizione perde tutta la propria forza in quanto non sufficientemente motivata ed affermata in via meramente assertiva.

(20) TAR Toscana, Firenze, 19 dicembre 2007 n. 5043.

della pericolosità sociale dalla sussistenza di una condanna, rappresentando quest'ultima, di per sé, un indice presuntivo di pericolosità sociale o quanto meno di riprovevolezza, nel senso di immeritevolezza ai fini della permanenza dello straniero in Italia (21).

Infine, si rilevi che ulteriori elementi a conferma di una valutazione autonoma degli elementi individuati dall'art. 4 co. 3 sembrerebbero rinvenibili anche in altre disposizioni del Testo Unico. In particolare, con riferimento alla presentazione di documentazione falsa e contraffatta o di false attestazioni a sostegno della domanda di visto, è lo stesso legislatore che all'art. 4 co. 2 prevede un automatico rigetto della domanda per inammissibilità (22), rimanendo assorbito, in quanto presupposto, ogni giudizio di pericolosità sociale nel comportamento dello straniero lesivo del principio di affidamento.

3. La condanna.

Avendo fin qui dimostrato l'autosufficienza dei due elementi su cui fondare il diniego od il rifiuto del visto d'ingresso/ permesso di soggiorno, ci si domanda: in quali casi rileva la pericolosità sociale? In che senso va inteso il sostantivo condanna di cui all'art. 4 co. 3?

A tale ultimo fine pare opportuno quantomeno soffermarsi sul significato del termine condanna e, infine, sull'introduzione della sentenza di patteggiamento *ex art. 444 c.p.* come ulteriore pronuncia ostativa al rilascio o al rinnovo del permesso di soggiorno.

Per ciò che attiene specificatamente al primo aspetto, un'interpretazione letterale della norma vorrebbe che l'elemento preclusivo per il rilascio del titolo abilitativo all'ingresso ed al soggiorno del soggetto in Italia sia propriamente una condanna. Ad una lettura testuale, appare alquanto evidente che la condizione della condanna, in quanto in connessione con specifici reati, tassativamente elencati, debba essere ricondotta alla nozione penalistica della medesima. Inoltre, la volontà del legislatore di richiamare il concetto processual-penalistico sembrerebbe aver trovato ulteriore conferma con la legge 189 del 2002 – più sopra richiamata – con la quale, introducendo anche la sentenza di patteggiamento come motivo ostativo al rilascio, si è in fin dei conti proceduto ad evocare un ulteriore elemento penalistico. In proposito, risolutivo di tale questione pare essere l'art. 533 c.p.p. che, rubricato *Condanna dell'imputato*, delimita chiaramente il proprio oggetto, in quanto statuisce che la sentenza di condanna consiste in quella specifica decisione, emessa a seguito di un procedimento penale conclusosi con l'accertamento della colpevolezza dell'imputato (23). Pertanto, una sentenza di condanna è

(21) TAR Toscana, Firenze, 6 dicembre 2007 n. 4678; TAR Trentino Alto Adige 23 novembre 2007 n. 344; TAR Campania 9 agosto 2007 n. 7415; TAR Veneto 8 maggio 2007 n. 1439; TAR Piemonte 7 maggio 2007 n. 2046.

(22) TAR Campania, Napoli, sez. IV, 7 agosto 2006 n. 7876.

(23) È bene a questo punto sottolineare la volontà del legislatore penale che in sede di riforma ha preferito a fini garantistici vincolare l'emissione della sentenza di condanna

caratterizzata dalla compresenza di tre elementi: 1) è una sentenza, perciò rappresenta il momento decisionale-conclusivo di un processo; 2) è una sentenza emessa nel corso di un procedimento penale che, notoriamente, è un procedimento fasico; 3) è una sentenza di condanna perciò attribuisce in capo all'imputato la responsabilità penale, ovvero imputa a costui la commissione di un fatto ritenuto penalmente illecito dall'ordinamento.

Una simile precisazione, pare opportuno sottolineare, non rappresenta un eccesso di pedanteria giuridica, in quanto a far chiarezza sul punto è stata chiamata la stessa Corte Costituzionale. Infatti, la questione è parsa complicarsi con l'entrata in vigore del d.l. 195/2002 (poi convertito in legge 222/2002) "in materia di legalizzazione del lavoro irregolare di extracomunitari", che ha sollevato il problema della rilevanza della mera denuncia ai fini dell'espulsione dello straniero. Ai sensi del decreto legge su indicato, la dichiarazione di emersione, compiuta dal datore di lavoro, consente al lavoratore di rimanere sul territorio nazionale fino a quando il procedimento non è terminato (con il rilascio del permesso di soggiorno ovvero il diniego) e al datore di lavoro di non essere punito per tutte le violazioni ("comunque afferenti all'occupazione", art. 1, comma 6 legge 222/2002), di carattere penale o amministrativo, delle norme relative al soggiorno e al lavoro. Fino alla definizione del procedimento non è applicabile a carico del datore di lavoro la norma penale che sanziona l'occupazione illegittima di un lavoratore, privo di permesso o con permesso scaduto, revocato, annullato (art. 22, comma 12 t.u.; la rilevanza penale del fatto previsto da detta norma è così sospesa, art. 1, comma 6 citato). Tale *favor* è soltanto attenuato dall'aver escluso dalla sanatoria gli stranieri che siano stati espulsi per motivi diversi dal mancato rinnovo del permesso di soggiorno. Anche in tal caso, ove la sfera dei beneficiari (pur espulsi) viene ristretta, si afferma che possono comunque sussistere condizioni per la revoca del provvedimento di espulsione "in presenza di circostanze obiettive riguardanti l'inserimento sociale" (art. 1, comma 8, lett. a), escludendo, alla fine, solo alcune limitate categorie di stranieri (si tratta di coloro che: siano o siano stati sottoposti a procedimento penale per delitto non colposo conclusosi, in sostanza, con la condanna; espulsi con accompagnamento alla frontiera mediante la forza pubblica; rientrati illegittimamente nel territorio nazionale dopo l'espulsione; segnalati ai fini della non ammissione; *denunciati* per uno dei reati previsti dagli artt. 380 e 381 c.p.p. o destinatari di una misura di prevenzione o di sicurezza, art. 1, 8° comma, lett. a, b, c).

Pertanto dalla lettera della norma appare di tutta evidenza che risultano esclusi dall'ambito della sanatoria coloro che siano quantomeno denunciati

all'accertamento della colpevolezza dell'imputato, sostituendo il carattere residuale della sentenza di condanna (prima si diceva fuori dei casi in cui non fosse previsto il proscioglimento).

per uno dei reati suddetti. Tale novità normativa pare aver ispirato l'orientamento giurisprudenziale del Consiglio di Stato che, inizialmente, ha ritenuto condizione legittima di espulsione la *mera denuncia*, in quanto essa, al pari della condanna, rappresenterebbe una situazione di conflitto tra lo straniero e l'ordinamento interno (24). Tuttavia, la Corte Costituzionale nella sentenza 78/2005, è intervenuta a censurare una serie di norme in relazione a tale specifico profilo ed ha, inoltre, riconosciuto che “la denuncia nulla prova riguardo la colpevolezza o alla pericolosità del soggetto indicato come autore degli atti che il denunciante riferisce (25)”.

Inoltre, la giurisprudenza (26) ha finanche ritenuto elemento fondante del diniego del rinnovo del permesso di soggiorno al pari della condanna espressamente prevista anche il *mero decreto di rinvio a giudizio* emesso dal GUP ai sensi dell'art. 424 c.p.p. ancorché la forma di decreto sia posta volutamente a garanzia dell'imputato nel corso del procedimento non ancora concluso.

Di altro tenore appare, poi, la questione circa l'infedeltà o meno del carattere di definitività della condanna poiché, in assenza di espresso divieto del legislatore, pare debba protendersi per l'equiparazione della sentenza definitiva e quella *non ancora passata in giudicato*, per la quale sia ancora possibile proporre impugnazione (27).

Infine, l'ultimo aspetto da rilevare circa la condanna *ex art. 4 co. 3* attiene alla natura della medesima: la lettera della norma espressamente prevede che la sentenza sia *patteggiata o di condanna*.

Il testo normativo attualmente in vigore equipara le due diverse sentenze, nonostante il legislatore abbia provveduto a tale pari ordinazione in momenti successivi. Di conseguenza, la condanna per i reati di cui agli artt. 380-381 c.p.p. vincola l'autorità amministrativa a rifiutare il rilascio/rinnovo del permesso di soggiorno e ciò a prescindere dalla natura della relativa sentenza (di condanna o patteggiata) (28).

In realtà, una simile novellazione del testo ha comportato non poche conseguenze, soprattutto a livello processuale, per i dinieghi emessi sulla

(24) C.d.S., sez. IV, sent. 238/2002.

(25) Sent. Corte Cost. n. 78/2005, punto 3 del Cons. Dir., in dottrina si veda GUIDO SAVIO, *Scheda*, Nota a commento a Corte Costituzionale n. 78/2005, 18 febbraio 2005, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2005, fasc. 6, p. 103.

(26) C.d.S., sez. IV, sent. n. 6704/2006 in cui si afferma che “il Collegio deve osservare che nel caso in esame gli atti impugnati nel giudizio di primo grado sono basati, oltre che sulla sentenza patteggiata avanti indicata, anche *su altri due essenziali presupposti*: da una parte, la sentenza del Tribunale di Bari n. 25 settembre 2002, n. 1486, di condanna a tre anni di reclusione, per favoreggiamento dell'immigrazione clandestina in concorso, anche se, al momento della proposizione dell'attuale appello, non ancora passata in giudicato, e dall'altra, l'applicazione della misura di prevenzione della sorveglianza speciale sopra specificata”.

(27) In tal senso si veda C.d.S., Sez. VI, sent. n. 359 del 30 gennaio 2007.

(28) TAR Veneto, sez. III, n. 795 del 2008; TAR Emilia Romagna – Bologna, sez. I, n. 165/2008.

base di sentenze patteggiate in date anteriori al 2002, anno dell'entrata in vigore della modifica legislativa. Si consideri, a tal fine, che nel vigore della disciplina previgente la condanna patteggiata non era, da sola, sufficiente a precludere il soggiorno in Italia ai cittadini extracomunitari, richiedendosi a tal fine a carico dello straniero un motivato giudizio di pericolosità sociale in forza del quale questi potesse considerarsi una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato. Tuttavia, i T.A.R. (29) e da ultimo anche il Consiglio di Stato (30) hanno pian piano accolto le doglianze degli stranieri che impugnavano i decreti di mancato rinnovo o di espulsione sulla base di tali motivazioni e hanno sostenuto che la disciplina di cui all'art. 4 co. 1 b) legge 189/2002 non trova applicazione nel caso in cui il procedimento di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p. per i reati ivi contemplati sia iniziato e/o concluso anteriormente all'entrata in vigore della legge 189/2002. Si è affermato, innanzitutto, che alla componente negoziale propria del patteggiamento si raccorda l'esigenza che lo stesso sia chiamato ad esplicare effetti in un quadro di valori giuridici certi e stabili e che successive modificazioni legislative non possano modificare *in pejus* gli effetti su cui l'imputato aveva fatto affidamento con rinuncia al pieno esercizio del diritto di difesa in giudizio. Inoltre, applicare la riforma operata dalla legge 189/2002 alle condanne patteggiate antecedenti porrebbe la disposizione in contrasto con la garanzia dei diritti di difesa riconosciuti dall'art. 27 Costituzione, restando vanificati dallo *jus superveniens* gli effetti premiali del patteggiamento. Infine, l'applicazione retroattiva della disposizione si tradurrebbe in una interna irragionevolezza e contraddittorietà della norma, introducendo con effetto di automatismo una misura espulsiva per ipotesi di reato in precedenza definiti in base al rito di cui agli artt. 444 ss. c.p.p.; ed una delle ragioni per cui lo straniero imputato può aver accettato di patteggiare è proprio la possibilità di sottrarsi all'automatismo dell'applicazione della misura di sicurezza di cui all'art. 215 co. 2 n. 4 c.p. (espulsione dello straniero dallo Stato). Quindi, applicando l'art. 4 co. 1 b) anche alle sentenze patteggiate antecedenti alla sua entrata in vigore, si verrebbe a riprodurre in via amministrativa ciò che è precluso in sede penale, poiché al mancato rinnovo del permesso di soggiorno segue l'intimazione di lasciare il territorio nazionale e la successiva espulsione con vanificazione dell'effetto premiale che aveva indotta alla richiesta di patteggiamento.

(29) TAR Lombardia – Brescia, 25 agosto 2003, n. 1190 e TAR Lombardia – Brescia, 7 giugno 2005, n. 561; TAR Trentino Alto Adige, 3 aprile 2006, n. 107; TAR Umbria, Perugia, sez. I, 6 giugno 2007, n. 505 che ha superato il precedente orientamento secondo cui “*le ridette condanne siano rilevanti anche se l'istanza di rinnovo sia stata presentata in data anteriore alla vigenza della L. n. 189/2002 e pure se le condanne stesse si siano estinte per decorso del quinquennio (art. 445 C.P.P.). Difatti, se il procedimento amministrativo di rinnovo era in corso alla data di entrata in vigore della ridetta legge, questa ad esso si applica in base ai principi pacifici in materia di ius superveniens*” (TAR Umbria, Perugia, 319/2006).

(30) C.d.S., IV, 11 settembre 2006, n. 5250; C.d.S., IV, 28 aprile 2006, n. 2076.

In alcune sentenze (31) è dato riscontrarsi un orientamento diverso che ha giustificato il diniego/revoca del titolo di soggiorno qualora l'episodio criminoso posto a sostegno della sentenza di patteggiamento ante 2002 integri comunque, a prescindere dalla natura della relativa sentenza e dagli eventuali benefici di legge ivi conseguiti, un fatto ostativo ai sensi dell'art. 4 co. 3 e dell'art. 5. In particolare, i ricorsi avanzati dallo straniero non sono stati accolti in quanto, sebbene l'art. 4 prima della riforma del 2002 non parlasse espressamente di sentenze di condanna emesse ai sensi dell'art. 444 c.p.p., si sia escluso ogni automatismo tra condanna patteggiata e diniego del titolo di soggiorno, valorizzando piuttosto la complessiva condotta e personalità del ricorrente, giungendo a considerarlo pericoloso per l'ordine pubblico. I Collegi hanno ritenuto che le condotte integratrici delle fattispecie criminose indicate nell'art. 4 rilevano come indici oggettivi di pericolosità sociale e quindi come meri fatti storici sufficienti a giustificare il giudizio di pericolosità sociale dello straniero alla base dell'allontanamento.

4. Gli indici di pericolosità sociale.

In coerenza con quanto fin qui sostenuto circa l'autonomia degli elementi atti a legittimare il diniego/revoca del permesso di soggiorno e del visto di ingresso, pare necessario ora soffermarsi sul significato della "*minaccia per l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato*" quale elemento previsto all'art. 4 co. 3 ed identificato dalla prevalente giurisprudenza attraverso l'individuazione di indici di pericolosità sociale.

Già il testo normativo ha voluto in più casi richiamare un giudizio di pericolosità sociale dimostrando la particolare attenzione del legislatore alle ragioni di tutela dell'ordine pubblico.

Un argomento in tal senso si rileva dall'art. 4 co. 2 laddove, con riferimento al diniego del visto di ingresso per motivi di sicurezza e di ordine pubblico, esclude l'obbligo di *motivazione* del provvedimento in deroga all'art. 3 legge 241/1990. Nella disposizione in esame appare con evidenza il bilanciamento operato dal legislatore il quale ha chiaramente ritenuto in tal caso naturalmente prevalente l'interesse di tutela pubblica sulle ragioni dello straniero. L'obbligo motivazionale ricompare, infatti, solo con riferimento ad ipotesi tassativamente previste (visto per motivi di lavoro, ricongiungimento familiare, cure mediche e frequenza universitaria) rispetto alle quali tornano con tutta forza preminenti i diritti dello straniero costituzionalmente protetti.

Inoltre, il comma in esame prevede espressamente un'ipotesi di automatica inammissibilità della domanda laddove lo straniero abbia presentato *documenti falsi o contraffatti* a sostegno della propria domanda di visto. Da

(31) TAR Toscana, sez. I, 238/2008; TAR Sicilia Catania, sez. II, 26 settembre 2007 n. 1494.

ciò pare agilmente dedursi che il legislatore abbia voluto far pesare la gravità di un comportamento tale da ledere il beneficio dell'affidamento, ontologicamente connesso all'ingresso dello straniero e pertanto meritevole di tutela. Tutela dell'affidamento non vuol dire riconoscimento di un valore incondizionato dell'apparenza, bensì protezione della buona fede, da intendersi come lealtà, diligenza e correttezza, canoni ai quali lo straniero che chiede l'ingresso o il soggiorno nello Stato italiano deve uniformarsi. La stessa giurisprudenza (32) nell'individuare le conseguenze del comportamento dello straniero che abbia ottenuto l'ingresso nello Stato attraverso false attestazioni ha riconosciuto che simile previsione normativa risponde proprio alla necessità di garantire il rispetto di tale principio (33). Del resto che le attestazioni e la documentazione siano funzionali (34) ai motivi del rilascio del visto in funzione delle ragioni del soggiorno è reso evidente dai commi 3 e 4 dell'art. 4: si richiede, rispettivamente, che la documentazione sia atta a confermare lo scopo e le condizioni del soggiorno e che, per i visti per soggiorni validi fino a 90 giorni o per soggiorni di lunga durata, sussista una motivazione coincidente con quella del successivo e necessario permesso di soggiorno. Ciò premesso, è logica conseguenza che, qualora si accerti che il visto d'ingresso sia stato concesso sulla base di false attestazioni da parte dell'interessato, il permesso di soggiorno venga legittimamente revocato.

Oltre al dato normativo, anche la casistica giurisprudenziale, tralasciando l'orientamento che ha voluto vedere nella condanna un sintomo della pericolosità sociale, sembra offrire necessario punto di riferimento per la ricostruzione della nozione di minaccia per l'ordine pubblico.

(32) C.d.S., sez. IV, 17 gennaio 2002, n. 238.

(33) È alla luce delle considerazioni su riportate che va risolta anche la questione del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e le vicende del permesso di soggiorno. L'art. 4 co. 3 D.Lgs. 286/1998 stabilisce che lo straniero non è ammesso in Italia in presenza, tra l'altro, di due condizioni alternative: *a*) sia considerato una minaccia per l'ordine o la sicurezza dello Stato; *b*) *oppure* risulti condannato per uno dei reati previsti dall'art. 380 co. 1 e 2 c.p.p., o tra l'altro per un reato inerente il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina. Laddove ricorra quest'ultima ipotesi, il legislatore non lascia all'Amministrazione alcun margine di discrezionalità o di valutazione della pericolosità sociale attuale dell'interessato. Di fronte ad una sentenza di condanna per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina non rimane che il diniego del rilascio del permesso di soggiorno (Cons. Stato, sez. VI, n. 2866/2006).

A tali fini, è da accogliersi l'orientamento della giurisprudenza di merito (Cass. pen., sez. II, n. 40789/2004; Cass. pen., sez. II, 11 dicembre 2003, n. 882) secondo la quale integra il reato di cui all'art. 12 D.Lgs. 286/1998 (Disposizioni contro le immigrazioni clandestine) non solo l'attività diretta a favorire l'ingresso di stranieri privi del visto nel territorio dello Stato, ma anche il compimento di atti finalizzati ad eludere le disposizioni del suddetto Testo Unico e, dunque, anche i casi in cui sia stata presentata richiesta di visto di ingresso mediante false attestazioni o la produzione di documenti falsi in relazione agli effettivi motivi del soggiorno nel territorio italiano.

(34) Cass., II sez. pen., n. 882 del 2003.

In tal senso decisive sembrano quelle pronunce che hanno riconosciuto l'*arresto in flagranza di reato* quale elemento sufficiente a fondare un giudizio di pericolosità sociale, prescindendo dalla sussistenza di una condanna (35).

Inoltre, il Consiglio di Stato ha ritenuto che un *numero elevato di denunce* nei confronti dello straniero (36), la *pendenza di più procedimenti penali* non ancora definiti con condanna (37) e la prova di episodi criminosi gravi, posti a fondamento di una sentenza di patteggiamento emessa prima della riforma del 2002 (38), costituiscono presupposti legittimi per avviare il procedimento di diniego. In realtà, in casi di tal genere, il giudice amministrativo, anziché fondare la propria motivazione valorizzando l'elemento della condanna, ha preferito volgere l'attenzione sulla seconda condizione che l'art. 4 co. 3 pone, ovvero la minaccia dell'ordine pubblico e della sicurezza dello Stato. Pertanto, simili fatti, anche qualora anticipino il diniego del titolo ad una fase precedente alla condanna, sarebbero del tutto legittimi e rilevanti, in quanto riconducibili alla stregua della pericolosità sociale. Ciò non di meno, una simile impostazione rafforzerebbe ancor di più la tesi ivi sostenuta, in quanto ridurrebbe ulteriormente il margine di apprezzamento della P.A. Infatti, la pendenza di più procedimenti penali o delle numerose denunce rappresentano fatti oggettivamente dati che rilevano di per sé come circostanze sintomatiche ed indizi di pericolosità sociale, a fronte delle quali all'amministrazione residuerebbe esclusivamente l'accertamento della loro concreta esistenza.

Occorre, infine, sottolineare come anche dalle scelte compiute più di recente dal legislatore emerga un atteggiamento volto a recuperare e al contempo circoscrivere il giudizio di pericolosità sociale. Infatti, il legislatore appare impegnato a fornire gli indici in base ai quali formulare una valutazione che tenga conto anche di profili di pericolosità che non emergono direttamente da provvedimenti formali. Tale osservazione deriva in particolare dall'intervento operato dal D.Lgs. 3/2007 di attuazione della dir. 2003/109/CE con la previsione relativa al "*permesso di soggiorno CE per i soggiornanti di lungo periodo*". Il nuovo co. 4 dell'art. 9, diversamente dal testo previgente, non contiene più il riferimento alla "riabilitazione" e così dispone: "*Il permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo non può essere rilasciato agli stranieri pericolosi per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato. Nel valutare la pericolosità si tiene conto anche dell'appartenenza dello straniero ad una delle categorie indicate nell'articolo 1 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423, come sostituito dall'articolo 2 della legge 3 agosto 1988, n. 327, o nell'articolo 1 della legge 31 maggio 1965,*

(35) TAR Toscana - Firenze n. 5043 del 19 dicembre 2007; TAR Sicilia - Palermo n. 1247 del 23 maggio 2006; TAR Valle d'Aosta n. 73 del 10 giugno 2004.

(36) Si veda C.d.S., sez. VI, sent. n. 248, 17 maggio 2006.

(37) In tal senso C.d.S., sez. VI, sent. n. 3319, 31 maggio 2006.

(38) Così C.d.S., VI sez., sent. n. 424, 2 febbraio 2007.

n. 575, come sostituito dall'articolo 13 della legge 13 settembre 1982, n. 646, ovvero di eventuali condanne anche non definitive, per i reati previsti dall'articolo 380 del codice di procedura penale, nonché, limitatamente ai delitti non colposi, dall'articolo 381 del medesimo codice. Ai fini dell'adozione di un provvedimento di diniego di rilascio del permesso di soggiorno di cui al presente comma il questore tiene conto altresì della durata del soggiorno nel territorio nazionale e dell'inserimento sociale, familiare e lavorativo dello straniero". Si pone, quindi, il problema se lo straniero nei cui confronti sia stata pronunciata una condanna possa, attraverso la riabilitazione (o anche sussistendo una delle ipotesi di estinzione del reato), rientrare nello Stato. In realtà, in base ad una lettura sistematica del T.U. Immigrazione, l'eliminazione del riferimento alla riabilitazione deve essere letto alla luce dell'ampio criterio di esclusione degli stranieri pericolosi per l'ordine e la sicurezza pubblica, in cui quell'espressione originaria risulta ricompresa (39).

5. Attenuazioni al giudizio di pericolosità sociale.

Sebbene la tesi della valorizzazione autonoma degli elementi ostativi all'ingresso e alla permanenza dello straniero in Italia possa apparire eccessivamente restrittiva e rigida, non può in tale sede sottacersi la previsione normativa di ipotesi in cui i suddetti criteri subiscono delle attenuazioni. Infatti, il legislatore, seguendo la logica *lex generalis – lex specialis*, ha riconosciuto un particolare *favor* allo straniero, pur carente dei requisiti di cui all'art. 4 co. 3, qualora si trovi in particolari situazioni.

In primo luogo, l'art. 4 co. 3 sottopone lo straniero per il quale sia richiesto il *ricongiungimento familiare* ad un giudizio che valuti la concretezza e l'attualità della minaccia, di talché pare ridursi ancor più il margine discrezionale in capo all'Amministrazione. In tal modo, ancorando la valutazione ad elementi testuali ben definiti (concretezza ed attualità), il legislatore pare riservare maggiori garanzie allo straniero in ragione della preminenza di quello che non può non evidenziarsi quale diritto soggettivo all'integrità familiare (40). La stessa *ratio* sembra essere sottesa all'art. 5 co. 5 laddove è fatto obbligo all'Amministrazione, nell'adottare il provvedimento di rifiu-

(39) Si consideri che, in base alla nuova previsione, nel valutare la pericolosità dello straniero, ai fini dell'espulsione, proprio allo scopo di svincolare dal provvedimento formale si dovrà tenere conto, sia in senso migliorativo che peggiorativo, anche di specifici indici individuati dalla legge, ovvero si dovrà tener conto dell'età dell'interessato, delle conseguenze dell'espulsione per lo stesso e per i suoi familiari nonché della durata del soggiorno e dell'esistenza di legami familiari e sociali nel nostro Paese e, viceversa, dell'assenza di tali vincoli nel Paese d'origine. Nel caso in cui manchi un provvedimento formale allora la valutazione della pericolosità potrebbe attenuarsi.

(40) In merito si veda GUIDO SIRIANNI, *Diritto all'unità familiare e interesse agli affetti dei cittadini extracomunitari secondo la Consulta*, in *Costituzionalismo.it* 1 2006; ID., *Diritto degli stranieri all'unità familiare*, Milano, 2006.

to del rilascio del permesso di soggiorno, di tener conto della natura e dell'effettività dei vincoli familiari dello straniero e dell'esistenza di legami familiari e sociali nel paese d'origine. Ciò non è negato dal fatto che il legislatore all'art. 5 co. 5 bis affianchi al giudizio di pericolosità dello straniero, nel caso di richiesta di permesso di soggiorno per *motivi familiari*, anche la valutazione di condanne per i reati previsti all'art. 407 c.p.p. ovvero per i reati di cui all'art. 12 co. 1 e 3. Tale previsione deve essere letta, infatti, nel senso di comprimere la maggiore tollerabilità con cui viene ammesso lo straniero in quelle specifiche circostanze a fronte di reati che si presentano tanto gravi quanto complessi (in relazione al più lungo termine previsto per tali reati dall'art. 407 c.p.p. al fine dello svolgimento delle indagini preliminari).

In secondo luogo, il legislatore sembra aver recepito un'ulteriore criterio meno restrittivo e derogatorio della disciplina generale secondo il consueto *modus operandi* più sopra illustrato laddove al comma 5 dell'art. 5 dispone che *“Il permesso di soggiorno o il suo rinnovo sono rifiutati e, se il permesso di soggiorno è stato rilasciato, esso è revocato, quando mancano o vengono a mancare i requisiti richiesti per l'ingresso e il soggiorno nel territorio dello Stato, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 22, comma 9, e sempre che non siano sopraggiunti nuovi elementi che ne consentano il rilascio e che non si tratti di irregolarità amministrative sanabili.”*

Una simile visione pare essere stata accolta anche dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato (41), in quanto al momento pare orientato, pur in presenza di una condanna ostativa al rinnovo del permesso di soggiorno, a richiamare l'attenzione del giudice di prime cure a valutare anche i nuovi elementi sopravvenuti con funzione di sanatoria rispetto al diniego del permesso di soggiorno. Inoltre, è stato sottolineato (42) che l'aver aggiunto il riferimento ai sopraggiunti nuovi motivi valga a porre in serio dubbio l'asserito automatismo della preclusione dovuta alla commissione di certi reati. Non sono mancate, però, pronunce volte a ribadire espressamente l'autosufficienza della mancanza dei requisiti essenziali al fine del rigetto dell'istanza di ingresso o di permanenza dello straniero: tale giurisprudenza (43) permette di attribuire rilevanza alle circostanze sopravvenute, alla sola condizione che si tratti di mere *“irregolarità amministrative sanabili”* e non in difetto di requisiti essenziali per l'ingresso nel territorio dello Stato.

Le più recenti pronunce del Consiglio di Stato (44) hanno escluso ogni possibile dubbio di costituzionalità sulla previsione in esame. Il bilanciamento degli interessi che sta alla base delle scelte del legislatore, tra politica dell'accoglienza e politica del rigore, in rapporto a fenomeni di vasta porta-

(41) C.d.S. n. 3412/2006.

(42) TAR Friuli Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 28 settembre 2006, n. 609.

(43) TAR Puglia, Lecce, sez. III, 24 novembre 2006, n. 5483; in tal senso anche C.d.S., sez. IV 21 maggio 2004, n. 3300.

(44) C.d.S., sez. IV, 11 marzo 2008, n. 1031 e 8 febbraio 2008, n. 415.

ta che, in un determinato momento storico, possono porre problematiche eccezionali, non trova ostacolo a livello della Costituzione, non essendo imposta alcuna presunzione assoluta di pericolosità sociale del singolo, ma solo una esigenza di condotta irrepreensibile per l'ingresso e la permanenza in Italia dello straniero. La giurisprudenza, pertanto, ritiene possibile valutare (come appunto previsto dalla normativa in esame) nuove circostanze sopravvenute che siano tali da attenuare il disvalore riconducibile a singole condotte devianti, ovvero da giustificare, in via eccezionale, quell'inserimento dello straniero nel territorio nazionale, che appaia già positivamente in atto.

Infine, ulteriore traccia di un simile approccio, pare rinvenirsi in materia di *rilievi fotodattiloscopici*. Infatti, occorre ricordare che la legge 189 del 2002 ha inserito nell'art. 5 il co. 2 *bis*, in base al quale si prevede che lo straniero che richiede il permesso di soggiorno sia sottoposto a rilievi fotodattiloscopici. Inoltre, al comma 4 *bis* del medesimo articolo, si richiede che lo straniero che presenti la richiesta di rinnovo del permesso di soggiorno sia sottoposto al medesimo trattamento. In realtà, sorvolando sulla questione inerente la legittimità costituzionale di tale misura (45), ivi preme maggiormente far rilevare che tale disposizione non si applica nei confronti dello straniero che giustifichi la richiesta di un permesso di soggiorno per una durata non superiore a tre mesi con motivi di visite, affari, turismo e in tutte le ulteriori ipotesi diverse dai motivi di lavoro, studio e ricongiungimento familiare. Pertanto, dall'analisi sistematica delle precedenti disposizioni facilmente si comprende come il legislatore anche in questo caso prediliga le ragioni di tutela dell'ordine pubblico, ragioni che, tuttavia, trovano il limite espresso nella tutela dell'individuo. Infatti, è chiaramente disposto che laddove l'ingresso o la permanenza dello straniero sia limitata nel tempo (inferiori a tre mesi) non è fatto obbligo di sottoporre lo straniero a simili forme di identificazione. Pertanto, appare evidente che la condizione legittimante di tale trattamento invasivo della sfera personale dello straniero sia la manifestata volontà di quest'ultimo di stabilire un legame permanente sul territorio dello Stato sia mediante la richiesta di un permesso di soggiorno di lunga durata, sia attraverso la stipula di un contratto di lavoro subordinato, sia per il tramite di un permesso di soggiorno per ricongiungimento familiare. Inoltre, l'esigenza di esercitare un controllo sugli stranieri nel territorio dello stato mediante l'identificazione attraverso dati biologici al precipuo fine di garantire sicurezza ed ordine pubblico, pare ancor più trovare conferma nell'art. 6 del T.U. laddove è previsto che, qualora vi sia motivo di dubitare circa l'identità personale dello straniero, costui è sottoposto ai rilievi fotodattiloscopici. In simile circostanza, infatti, appare ancor più giustificato il ricorso

(45) Per le quali, anche in relazione all'equiparazione con i cittadini italiani operata dall'art. 2 co. 7 d.l. 195/2002 sia consentito rinviare a ALESSANDRA BALLERINI, ANDREA BENNA, *Il muro invisibile. Immigrazione e legge Bossi – Fini*, Genova, 2002.

a tali procedure proprio in ragione del mero dubbio di violazione del principio dell'affidamento che, come più sopra ricordato, rappresenta il postulato indefettibile del rapporto straniero/Stato ospitante. Ciò non di meno, non pare possa sottacersi la funzione ausiliaria di tale trattamento sia in termini di certezza delle situazioni giuridiche soggettive, sia in termini di efficacia, efficienza ed effettività dell'azione amministrativa. Infatti, pare innegabile il collegamento diretto tra il rilievo fotodattiloscopico e la sussistenza dei requisiti previsti all'art. 4 co 3, in quanto l'identificazione immediata dello straniero permette automaticamente di risalire ad eventuali condanne penali riportate, e dunque valutabili alla stregua della pericolosità sociale ovvero dell'elenco tassativo del 380 co. 1 e 2 c.p.p.

(doc. 1)

Consiglio di Stato, sezione sesta, sentenza 8 febbraio 2008 n. 415 – Pres. G. Ruoppolo – Rel. Cons. G. De Michele – Z.E.I.S. (Avv. C. Benini) c/ Ministero dell'Interno, Questura di Forlì – Cesena.

«(...) *Fatto* – Con atto di appello notificato il 20 ottobre 2006 si impugna la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, sede di Bologna, n. 1140/06 del 28 giugno 2006, con la quale veniva respinto il ricorso del sig. Z.E.I.S. avverso il diniego di rinnovo del proprio permesso di soggiorno, emesso con decreto del Questore di Bologna in data 21 marzo 2006 e notificato il 31 marzo 2006, diniego giustificato da sentenze di condanna riportate dallo straniero interessato. Nella citata sentenza, emessa in forma semplificata ex art. 9 legge n. 205/2000 si rilevava, in particolare, la sufficienza dell'ultima delle sentenze in questione – emessa ex art. 444 c.p.p. – quale causa ostativa del rinnovo, a norma dell'art. 4, comma 3 (come modificato dalla legge n. 189/02) e dell'art. 5, comma 5 del D.Lgs. n. 286/98, senza necessità di valutazione della pericolosità sociale del diretto interessato. Avverso detta sentenza, nonché avverso il contestato diniego, nell'atto di appello vengono ribaditi i seguenti motivi di gravame:

– in via preliminare, illegittimità costituzionale degli articoli 4, comma 3 e 5, comma 5 del D.Lgs. n. 286/98, come modificato dalla legge n. 189/2002, per violazione degli articoli 2, 3, 4, 13, 16, 25 comma 3, 27 comma 3 e 35 della Costituzione, nella parte in cui le predette norme introducono un automatismo nel negare il rilascio del permesso di soggiorno per motivi di lavoro, a fronte di una condanna per determinati reati, sottraendo all'Autorità amministrativa il potere di valutazione della pericolosità sociale del cittadino extracomunitario;

– illegittimità della sentenza impugnata per violazione o erronea interpretazione di legge, oltre che per irragionevolezza, eccesso di potere, carenza e vizio di motivazione, in relazione all'omessa valutazione della pericolosità sociale e alla corretta applicazione della disciplina (ancora una volta art. 4, comma 3 e art. 5, comma 5 del D.Lgs. n. 286/98) in materia di rilascio di permesso di soggiorno, in quanto le condanne inflitte in sede penale non dovrebbero dare luogo ad una presunzione assoluta di pericolosità sociale, indipendentemente dalle "risultanze di un'adeguata istruttoria, riguardante l'intera personalità del soggetto in tutte le manifestazioni della sua vita"; nella fattispecie, inoltre, non sarebbero state considerate diverse circostanze, che avrebbero giustificato conclusioni diverse: l'esistenza

con certezza di un'unica condanna (mentre altri precedenti penali, emersi dal casellario giudiziale di Roma corrisponderebbero a casi di omonimia o ad errori), la lunga permanenza in Italia (almeno dal 1995) e la documentata sussistenza di un rapporto di lavoro in corso.

L'Amministrazione non si è costituita in giudizio in sede di appello.

Diritto – La duplice questione sottoposta all'esame del Collegio è quella (in ordine di priorità logica) dell'avvenuta emanazione, o meno, dell'atto impugnato in primo grado in conformità alle norme vigenti e, in caso affermativo, della possibilità di sollevare riguardo a dette norme questione di costituzionalità, previo giudizio di rilevanza e non manifesta infondatezza della questione stessa.

Sotto il primo profilo, il diniego di permesso di soggiorno appare emesso in conformità al dettato dell'art. 5, comma 5 del D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (*Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione*), in base al quale "il permesso di soggiorno o il suo rinnovo sono rifiutati e, se il permesso di soggiorno è stato rilasciato, esso è revocato, quando mancano o vengono a mancare i requisiti richiesti per l'ingresso e il soggiorno nel territorio dello Stato...sempre che non siano sopraggiunti nuovi elementi che ne consentano il rilascio e che non si tratti di irregolarità amministrative sanabili".

Tra le circostanze che precludono il rilascio del permesso di soggiorno (e quindi, in base alla norma sopra riportata, anche il rinnovo del medesimo) l'art. 4, comma 3 del medesimo D.Lgs. – nel testo introdotto dall'art. 4, comma 1, della legge 30 luglio 2002, n. 189 – pone infatti espressamente il caso in cui lo straniero "risulti condannato, anche a seguito di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale, per reati previsti dall'art. 380, commi 1 e 2 del codice penale, ovvero per reati inerenti gli stupefacenti, la libertà sessuale, il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina verso l'Italia e dall'emigrazione clandestina dall'Italia verso altri Stati, o per reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite".

Nella situazione in esame, dunque, correttamente il Giudice di primo grado ha ritenuto che – anche in presenza di contestazioni, circa la riferibilità al ricorrente di altri precedenti penali, risultanti dal casellario giudiziale – fosse sufficiente giustificazione del diniego impugnato anche la sola ultima condanna inflitta al medesimo, a seguito di patteggiamento, per detenzione e spaccio di stupefacenti.

La norma sopra riportata, d'altra parte, non lascia margini di discrezionalità, circa l'entità della pena, la gravità e la segnalata occasionalità della condotta sanzionata e la valutazione della personalità complessiva dell'imputato, essendo presupposto del diniego la mera sussistenza di determinate tipologie di condanne penali (come, per quanto qui interessa, quelle relative a reati in materia di possesso e commercio di sostanze stupefacenti) e ponendosi come unico elemento giustificativo di eventuali deroghe la "sopravvenienza di nuovi elementi", evidentemente da valutare caso per caso ove emergente dagli atti (cfr. in tal senso, fra le tante, Cons. St., sez. VI, 20 aprile 2006, n. 2199; 17 maggio 2006, n. 2866, 27 giugno 2006, n. 4108; 17 maggio 2006, n. 2866).

Nel caso di specie, la condanna riportata nel 2005 dall'attuale appellante rientra fra quelle ostative, *ex se*, del rilascio o del successivo rinnovo del permesso di soggiorno, senza che siano evidenziati dall'interessato – o ravvisabili in base alla documentazione in atti – quei "nuovi elementi" sopravvenuti, che in base alla citata normativa avrebbero potuto consentire, in via eccezionale, il rinnovo stesso: la condotta penalmente sanzionata, infatti, risulta posta in essere quando l'interessato soggiornava già da tempo sul territorio naziona-

le, dove il medesimo attesta di avere sempre svolto regolare attività lavorativa, tanto da non potersi ricondurre la condotta stessa a circostanze straordinarie, o a ragioni (poi venute meno) di assenza di mezzi di sostentamento.

In tale contesto, il diniego deve essere ritenuto atto vincolato, non annullabile per violazione di norme sul procedimento o sulla forma, ai sensi dell'art. 21 *octies* della legge 7 agosto 1990, n. 241, nel testo introdotto dall'art. 14 della legge 11 febbraio 2005, n. 15, con conseguente irrilevanza del mancato preavviso di diniego e della omessa traduzione del provvedimento nella lingua dell'attuale appellante (fermo restando, sotto quest'ultimo profilo, che non si afferma nel caso di specie che l'appellante stesso, soggiornante sul territorio nazionale dal 1995, non conoscesse l'italiano, ma solo che non avesse conoscenze sufficienti per avere piena consapevolezza del significato della terminologia giuridica: circostanza, questa, rapportabile più al livello di scolarizzazione che alla nazionalità e che, comunque, impone nei giudizi una difesa professionale, di cui l'appellante ha in effetti usufruito).

Resta da valutare se le norme, nella fattispecie applicate, possano suscitare dubbi di costituzionalità, nei termini prospettati dall'appellante o, comunque, rilevabili anche d'ufficio dal Collegio.

La questione sarebbe indubbiamente rilevante per la soluzione (altrimenti negativa) della questione sottoposta a giudizio, ma il Collegio stesso ritiene di doverne ravvisare la manifesta infondatezza, anche a prescindere dal fatto che la Corte Costituzionale si sia già espressa per l'inammissibilità di diverse eccezioni di incostituzionalità, sollevate in ordine sia all'art. 4, comma 3 nel testo attualmente vigente, sia all'art. 5, comma 5 del più volte citato D.Lgs. n. 286/98, alla luce degli articoli 2, 3, 4, 13, 16, 27, 29 e 35 della Costituzione (Corte Cost. 11 gennaio 2005, ordinanza n. 9, 6 dicembre 2006, ordinanza n. 431 e 4 dicembre 2006, sentenza n. 414).

Non può essere posta in dubbio, infatti, la discrezionalità del legislatore nel valutare le esigenze di tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza dei cittadini, in rapporto a fenomeni di vasta portata che, in un determinato momento storico, possono porre problematiche eccezionali: l'ampiezza del fenomeno immigratorio, la registrata crescita di condotte devianti, con conseguente allarme sociale e l'oggettiva difficoltà di controllo capillare del territorio possono, dunque, porre su una base di ragionevolezza (nei limiti rilevanti sotto il profilo in esame), anche disposizioni molto rigide, che vedano preclusa la permanenza sul territorio nazionale di chi sia stato condannato per determinati reati.

Le norme di cui si discute, pertanto, appaiono frutto di bilanciamento di interessi, fra una "politica dell'accoglienza" (che privilegi il lato personale ed umano, ovvero l'indubbia possibilità di recupero sociale di chi sia incorso in vicende anche penalmente rilevanti) ed una "politica del rigore", che punti ad inserire nel tessuto sociale solo i numerosissimi lavoratori stranieri che offrano le migliori garanzie di positivo apporto e migliore inserimento nella collettività, senza che l'una o l'altra di tali scelte trovino ostacolo nella Carta Costituzionale, non essendo imposta – anche nell'ottica della legislazione restrittiva, attualmente vigente – alcuna presunzione assoluta di pericolosità sociale del singolo, ma solo una esigenza di condotta irreprensibile per l'ingresso e la permanenza dello straniero sul territorio nazionale, peraltro non senza possibilità di valutare nuove circostanze sopravvenute (non ravvisate nel caso di specie), che possano in via eccezionale giustificare anche singole condotte devianti.

Per le ragioni esposte, in conclusione, il Collegio ritiene che l'appello debba essere respinto; quanto alle spese giudiziali, tuttavia, il Collegio stesso ne ritiene equa la compensazione.

P.Q.M. Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, respinge l'appello; compensa le spese giudiziali.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, il 20 novembre 2007 (...).

(doc. 2)

Consiglio di Stato, sezione sesta, sentenza 13 marzo 2008 n. 1031 – Pres. C. Varrone – Rel. Cons. G. De Michele – P.V.I. (Avv. A. Simoncelli) c/ Ministero dell'Interno, Questura di Firenze (Avvocatura Generale dello Stato).

«(...) *Fatto* – Con atto di appello notificato il 21 luglio 2006 si impugna la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana n. 1140/06 del 12 gennaio 2006 (che non risulta notificata), con la quale veniva respinto il ricorso della sig.ra P.V.I. avverso il diniego di rinnovo del proprio permesso di soggiorno, diniego emesso con decreto del Questore di Firenze n. prot. 66 del 10 gennaio 2005 e giustificato da una sentenza di condanna, riportata dalla straniera interessata per il reato di furto aggravato, ex artt. 624 e 625 n. 2 cod. pen.. Nella citata sentenza n. 1140/06, emessa dal Giudice Amministrativo in forma semplificata, ex art. 9 legge n. 205/2000, si rilevava la sufficienza della predetta condanna quale causa ostativa del rinnovo di cui trattasi, a norma dell'art. 5, comma 5 del D.Lgs. n. 286/98, senza necessità di valutazione della pericolosità sociale della diretta interessata. Avverso la pronuncia del Giudice Amministrativo, nonché avverso il contestato diniego, nell'atto di appello vengono ribaditi i seguenti motivi di gravame:

– violazione di legge in relazione all'art. 5, comma 5 del D.Lgs. n. 286/1998 e successive modificazioni; eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti e difetto di motivazione, in quanto la condanna inflitta in sede penale (nel caso di specie, ex artt. 444 e seguenti c.p.p.) non dovrebbe dare luogo ad una presunzione assoluta di pericolosità sociale, indipendentemente dalla situazione complessiva del soggetto interessato e dall'eventuale insorgenza di nuovi elementi di valutazione; a quest'ultimo riguardo, non sarebbero state nella fattispecie considerate diverse circostanze, che avrebbero giustificato conclusioni diverse: alla sussistenza di un unico isolato episodio delittuoso, infatti, dovevano contrapporsi il documentato svolgimento, da parte dell'interessata, di attività sia di lavoro dipendente, sia di studio presso l'Università di Firenze, con ulteriore rilevazione di una situazione patologica all'epoca dei fatti contestati (“bulimia nervosa – sottotipo multimpulsivo, nell'ambito del quale possono essere presenti atti cleptomaniaci”, come attestato in una perizia medica di parte).

L'Amministrazione appellata, costituitasi in giudizio, resisteva formalmente all'accoglimento del gravame.

Diritto – La questione sottoposta all'esame del Collegio è quella della avvenuta emanazione, o meno, dell'atto impugnato in primo grado in conformità alla disciplina vigente, con riferimento all'art. 5, comma 5 del D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (*Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione*), in base al quale “il permesso di soggiorno o il suo rinnovo sono rifiutati e, se il permesso di soggiorno è stato rilasciato, esso è revocato, quando mancano o vengono a mancare i requisiti richiesti per l'ingresso e il soggiorno nel territorio dello Stato...sempre che non siano sopraggiunti nuovi elementi che ne consentano il rilascio e che non si tratti di irregolarità amministrative sanabili”.

Tra le circostanze che precludono il rilascio del permesso di soggiorno (e quindi, in base alla norma sopra riportata, anche il rinnovo del medesimo) l'art. 4, comma 3 del medesimo D.Lgs. – nel testo introdotto dall'art. 4, comma 1, della legge 30 luglio 2002, n. 189 – pone espressamente il caso in cui lo straniero “risulti condannato, anche a seguito di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale, per reati previsti dall'art. 380, commi 1 e 2 del codice di procedura penale, ovvero per reati inerenti gli stupefacenti, la libertà sessuale, il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina verso l'Italia e dall'emigrazione clandestina dall'Italia verso altri Stati, o per reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite”.

Nella situazione in esame non è contestato che la condanna riportata dall'appellante configuri una delle ipotesi ostative al rilascio o al rinnovo del permesso di soggiorno, a norma del citato art. 380 c.p.p. (arresto in flagranza di reato), ma si sottolinea come la condotta sanzionata (furto di tre capi di abbigliamento di scarso valore in un grande magazzino) si sia successivamente rivelata – secondo la documentazione depositata in atti – manifestazione di una patologia (bulimia nervosa e cleptomania), regredita dopo un periodo – 1 febbraio 2005 / 25 marzo 2005 – di ricovero presso la casa di cura neuropsichiatrica (...), con ulteriore prosecuzione del percorso terapeutico, attestato da certificazione della psicologa (...), in data 14 luglio 2005 e da una perizia di parte, a firma dello psichiatra (...), in data 16 settembre 2005.

Altra documentazione inerente all'interessata riguarda lo svolgimento degli studi universitari, presso la facoltà di Economia, con borsa di studio per l'anno accademico 2003/2004 e la prosecuzione di attività lavorativa come collaboratrice familiare a tempo indeterminato presso l'abitazione del sig. (...), come da attestazione in data 21 ottobre 2004.

In tale situazione, il Collegio ritiene fondata ed assorbente la censura di violazione dell'art. 5, comma 5 del D.Lgs. n. 286/1998: se in via generale, infatti, la norma sopra riportata non lascia margini di discrezionalità, circa l'entità della pena, l'abitudine o la segnalata occasionalità della condotta sanzionata, nonché circa la valutazione della personalità complessiva dell'imputato, non manca tuttavia la previsione di una possibile deroga, in via eccezionale, ove si ravvisi la “sopravvenienza di nuovi elementi”, evidentemente da valutare caso per caso, in rapporto ai dati emergenti dagli atti (cfr. in tal senso, fra le tante, Cons. St., sez. VI, 20 aprile 2006, n. 2199; 17 maggio 2006, n. 2866, 27 giugno 2006, n. 4108; 17 maggio 2006, n. 2866).

Nel caso di specie, la condanna riportata nel 2004 dall'attuale appellante rientra fra quelle ostative, *ex se*, del rilascio o del successivo rinnovo del permesso di soggiorno, ma sono stati evidenziati dall'interessata – come riscontrabile dalla documentazione in atti – “nuovi elementi” che, in base alla citata normativa, avrebbero potuto consentire, in via eccezionale, il rinnovo stesso: la condotta penalmente sanzionata, infatti, risulta concomitante ad una situazione di disagio psico-fisico, che è stata affrontata (nonché almeno in parte risolta) sul piano clinico e che, per altro verso, emerge come fatto episodico, in un contesto di vita e di lavoro del tutto regolare.

In tale situazione, il diniego non doveva ritenersi atto vincolato, sussistendo la possibilità di una valutazione di merito, ragionevolmente indirizzata ad una diversa conclusione della procedura di rinnovo di cui trattasi, dovendo ritenersi erronea – alla luce di tutte le circostanze sopra esposte – l'avvenuta qualificazione dell'appellante come “persona che viva anche in parte con i proventi di attività delittuose”.

Non viene nella fattispecie posta in dubbio, dunque, la discrezionalità del legislatore nel valutare le esigenze di tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza dei cittadini, in rap-

porto a fenomeni di vasta portata che, in un determinato momento storico, possono porre problematiche eccezionali: l'ampiezza del fenomeno immigratorio, la registrata crescita di condotte devianti (con conseguente allarme sociale) e l'oggettiva difficoltà di controllo capillare del territorio possono, infatti, porre su una base di ragionevolezza anche disposizioni molto rigide, che vedano preclusa la permanenza sul territorio nazionale di chi sia stato condannato per determinati reati, nella consapevolezza della impossibilità di compiere accertamenti approfonditi sulla pericolosità sociale dei singoli.

Le norme di cui si discute, pertanto, appaiono frutto di bilanciamento di interessi, fra una "politica dell'accoglienza" (che privilegi il lato personale ed umano, ovvero l'indubbia possibilità di recupero sociale di chi sia incorso in vicende anche penalmente rilevanti) ed una "politica del rigore", che punti ad inserire nel tessuto sociale solo i numerosissimi lavoratori stranieri, che offrano le migliori garanzie di positivo apporto e migliore inserimento nella collettività, senza che l'una o l'altra di tali scelte trovino ostacolo nella Carta Costituzionale, non essendo imposta – anche nell'ottica della legislazione restrittiva, attualmente vigente – alcuna presunzione assoluta di pericolosità sociale del singolo, ma solo una esigenza di condotta irreprensibile per l'ingresso e la permanenza in Italia dello straniero: è la stessa logica sopra indicata, in ogni caso, ad imporre che sia possibile valutare (come appunto previsto dalla normativa in esame) nuove circostanze sopravvenute che, come quelle ravvisabili nel caso di specie, siano tali da attenuare il disvalore riconducibile a singole condotte devianti, ovvero tali da giustificare, in via eccezionale, quell'inserimento dello straniero nel territorio nazionale, che appaia già positivamente in atto.

Per le ragioni esposte, in conclusione, il Collegio ritiene che l'appello debba essere accolto, con gli effetti di cui in dispositivo; quanto alle spese giudiziali, tuttavia, il Collegio stesso ne ritiene equa la compensazione.

P.Q.M. Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, accoglie l'appello n. 6768/06 e, per l'effetto, annulla la sentenza del TAR per la Toscana n. 16/06 del 12 gennaio 2006 e, in riforma della medesima, annulla altresì il diniego di rinnovo del permesso di soggiorno n. 66 del 10 gennaio 2005; compensa le spese giudiziali.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, il 14 dicembre 2007 (...).

(doc. 3)

Tribunale Amministrativo per la Regione Umbria, Perugia, sezione prima, sentenza 6 giugno 2007 n. 505 – Pres. P.G. Lignani – Cons. est. A. Ferrari – R.H. (Avv.ti A. Carrino e E. Sanchez De Las Heras) c/ Questura di Perugia e Ministero dell'Interno (Avvocatura distrettuale dello Stato di Perugia).

«(...) *Fatto e diritto*

1. Con decreto in data 25 maggio 2006, il Questore di Perugia ha rigettato l'istanza di rinnovo del permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato che l'attuale ricorrente aveva presentato in data 17 ottobre 2005.

I motivi del rigetto sono riferiti ad una sentenza penale di condanna per furto aggravato pronunciata dal Tribunale di Cosenza in data 10 gennaio 2000 e divenuta irrevocabile in data 20 febbraio 2000, con l'applicazione di una pena *ex artt.* 444 e 445 c.p.c. pari a 3 mesi e 10 giorni di reclusione.

La norma applicata è l'art. 4, 3° co. del D.Lgvo 286/1998 come modificato dalla legge n. 189/2002.

2. Avverso tale provvedimento sono state formulate censure di violazione di legge e di eccesso di potere sotto vari profili, con le quali viene in sintesi sottolineato:

a) che il ricorrente non è persona socialmente pericolosa, tant'è che dopo la predetta sentenza di condanna non solo non ha più avuto alcun problema con la giustizia penale, ma attualmente lavora stabilmente godendo di un reddito fisso;

b) che la stessa sentenza è intervenuta prima dell'entrata in vigore della legge n. 189/2002 e che essa non può di per sé avere efficacia vincolante ai fini del procedimento di rinnovo del permesso di soggiorno dovendosi valutare il requisito della pericolosità sociale anche in relazione alla condotta tenuta dallo straniero nel periodo successivo alla condanna.

Significativa, in proposito, risulterebbe anche la circostanza della intervenuta riabilitazione penale documentata con il relativo certificato prodotto in udienza.

3. Ritenendo del tutto inammissibili ed infondate le predette censure, l'Amministrazione intimata si è costituita in giudizio ed ha chiesto la pronuncia di una sentenza di rigetto succintamente motivata.

4. Trattenuta la causa in decisione all'udienza del 21 marzo 2007, il Collegio ritiene che il ricorso è fondato e come tale meritevole di accoglimento sulla base delle rimediate considerazioni già espresse in casi analoghi nelle proprie recenti sentenze di accoglimento n. 171 e 172 del 2007 e, per un caso del tutto diverso, nella sentenza di rigetto n. 241 del 2007.

5. Dette sentenze di accoglimento sono state testualmente argomentate come segue.

In ordine alla portata applicativa del predetto articolo 4, comma 3, questo Tribunale ha a lungo affermato l'irrelevanza della natura patteggiata della sentenza di condanna e della sua antecedenza rispetto alla disposizione preclusiva del rinnovo del permesso di soggiorno, come anche della mancata valutazione da parte della Questura della personalità del ricorrente e del suo inserimento sociale e lavorativo, posto che l'esito di detta valutazione non avrebbe comunque potuto modificare l'effetto preclusivo automatico disposto dalla legge n. 189/2002 (cfr. da ultimo, sentt. 28 dicembre 2005, n. 638, 10 maggio 2006, n. 298 e 14 giugno 2006, n. 319).

Tuttavia, occorre prendere atto che sul punto si è ormai consolidato un diverso orientamento del Consiglio di Stato, secondo il quale in sede di rinnovo del permesso di soggiorno la disciplina di cui all'art. 4, comma 1, lettera *b*), della legge 189/2002 (che ha modificato l'articolo 4, comma 3, del D.Lgs. 286/1998) non trova applicazione nei casi in cui il procedimento di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p. per i reati ivi contemplati sia iniziato e/o concluso (come nel caso del ricorrente) anteriormente all'entrata in vigore della legge 189/2002.

In particolare, è stato affermato (cfr. Cons. Stato, VI, 11 settembre 2006, n. 5250) che:

– alla componente negoziale peculiare all'istituto del patteggiamento si raccorda l'esigenza che lo stesso sia chiamato ad esplicitare effetti in un quadro di valori giuridici certi e stabili e che successive modificazioni legislative non possano modificare in *pejus* gli effetti su cui l'imputato aveva fatto affidamento con rinuncia al pieno esercizio del diritto di difesa nel grado di giudizio. In tali sensi si è del resto espressa la Corte Costituzionale pronunciandosi in ordine a disposizioni del c.p.p. innovative quanto agli effetti di giudicato della sentenza patteggiata nel procedimento disciplinare cui sia sottoposto il pubblico dipendente (cfr. sent. 25 luglio 2002, n. 394);

– aderire alla tesi dell'applicazione dell'art. 4, comma 1, lettera *b*), della legge 189/2002 alle condanne patteggiate antecedenti, porrebbe la disposizione in contrasto con la

garanzia dei diritti di difesa riconosciuti dall'articolo 27 della Costituzione, restando vanificati dallo *jus superveniens* gli effetti premiali del patteggiamento che avevano indotto l'imputato alla conclusione anticipata del processo con rinuncia ad ogni contraddittorio in ordine al capo di imputazione;

– l'applicazione retroattiva della disposizione verrebbe a tradursi in una interna irragionevolezza e contraddittorietà della norma, introducendo con effetto di automatismo una misura espulsiva per ipotesi di reato in precedenza definiti in base al rito di cui agli articoli 444 e segg. del c.p.p. (in presenza di pena inflitta in base al c.d. "patteggiamento" l'art. 455, comma 1, c.p.p., esclude l'applicazione "di pene accessorie e di misure di sicurezza"; mentre l'art. 215, c.p., include fra le misure di sicurezza non detentive "l'espulsione dello straniero dallo Stato");

– una delle ragioni per cui lo straniero imputato può aver acceduto al patteggiamento della pena è proprio la possibilità di sottrarsi all'automatismo dell'applicazione della misura di sicurezza di cui all'articolo 215, comma 2, n. 4), c.p..

In sintesi, applicando l'articolo 4, comma 1, lettera b), anche alle sentenze patteggiate antecedenti alla sua entrata in vigore, ciò che è precluso dalla legge penale verrebbe a riprodursi in via amministrativa, poiché al mancato rinnovo del permesso di soggiorno segue l'intimazione di lasciare il territorio nazionale e la successiva espulsione in caso di inottemperanza, con vanificazione dell'effetto premiale che aveva indotto alla richiesta di patteggiamento.

Nello stesso senso, anche Cons. Stato, VI, 28 aprile 2006, n. 2076 – ord. (con cui sono stati sospesi gli effetti della succitata sentenza del TAR Umbria 28 dicembre 2005, n. 638); 31 maggio 2006, n. 3319; 21 settembre 2006, n. 5563; 14 novembre 2006, n. 6704; nonché numerose sentenze dei TAR (cfr. tra le altre: TAR Trentino Alto Adige, 3 aprile 2006, n. 107; TAR Friuli Venezia Giulia, 10 febbraio 2006, n. 60; TAR Abruzzo, Pescara, 19 luglio 2004, n. 706; TAR Toscana, I, 9 giugno 2003, n. 2303) .

6. A tale orientamento, che comporta la fondatezza delle censure dedotte dal ricorrente, il Collegio ritiene di doversi adeguare con la pronuncia di accoglimento del ricorso ed il conseguente annullamento del provvedimento impugnato; il tutto con l'ulteriore e doveroso rilievo che l'interesse pubblico al controllo dei flussi migratori nei loro riflessi sull'ordine e la sicurezza pubblica non resta tuttavia privo di tutela perché – una volta escluso ogni automatismo ai fini del rigetto della domanda di rinnovo del permesso di soggiorno – l'Amministrazione è tenuta a valutare ai fini della permanenza nel territorio dello Stato dello straniero l'insussistenza degli estremi della pericolosità sociale, in base ad elementi indicatori di carattere oggettivo ed attuale che si riconnettono: alla sua condotta complessiva; al livello di inserimento lavorativo e sociale; ai proventi da cui trae sostentamento, ecc. (cfr. Cons. Stato, VI, n. 5250/2006, *cit.*).

7. In conclusione, riportandosi alle predette motivazioni, il Collegio ritiene che anche il presente ricorso sia meritevole di accoglimento con l'ulteriore pronuncia di totale compensazione delle spese di lite tra le parti in presenza di giusti motivi.

P.Q.M. Il Tribunale Amministrativo dell'Umbria, definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato compensando integralmente tra le parti le spese di lite.

Così deciso in Perugia, nella Camera di Consiglio del 21 marzo 2007 (...).

Applicabilità della normativa della Regione Friuli Venezia Giulia in materia di lavori pubblici

(Corte Costituzionale, sentenze 23 novembre 2007 n. 401 e 14 dicembre 2007 n. 431)

La sentenza n. 401/2007.

La Corte Costituzionale è di recente intervenuta, con le sentenze n. 401/2007 (1) e n. 431/2007 (2), a dirimere i rapporti tra il D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (*Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*) e le leggi sugli appalti emanate da alcune regioni e province autonome.

In particolare, la sentenza 401/2007 è stata pronunciata a seguito dei ricorsi delle regioni Toscana, Veneto, Piemonte, Lazio, Abruzzo e della provincia autonoma di Trento, volti a contestare l'asserita ingerenza operata dal Codice dei contratti che, disciplinando compiutamente l'intero ambito dei contratti pubblici in attuazione delle direttive comunitarie, ha dettato una normativa innovativa e difforme rispetto alle discipline che le singole regioni avevano adottato a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione e dell'introduzione del riparto delle competenze delineato dall'art. 117 Cost. L'oggetto dei ricorsi ha riguardato, tra l'altro, la questione di legittimità relativamente alle norme in materia di subappalto, progettazione, pubblicità, criteri di aggiudicazione, composizione delle commissioni, verifiche sui concorrenti alle gare, cauzioni, sicurezza, stipulazione ed esecuzione dei contratti, figura del responsabile del procedimento. L'elemento cardine sul quale si sono incentrati i ricorsi è la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 del Codice dei Contratti che, premesso l'obbligo per le regioni e province autonome di esercitare la potestà normativa nel rispetto dei vincoli derivanti dall'appartenenza all'ordinamento comunitario e delle disposizioni relative a materie di competenza esclusiva dello Stato, qualifica al comma 3 tali materie prescrivendo che: *Le regioni, nel rispetto dell'articolo 117, comma secondo, della Costituzione, non possono prevedere una disciplina diversa da quella del presente codice in relazione: alla qualificazione e selezione dei concorrenti; alle procedure di affidamento, esclusi i profili di organizzazione amministrativa; ai criteri di aggiudicazione; al subappalto; ai poteri di vigilanza sul mercato degli appalti affidati all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture; alle attività di progettazione e ai piani di sicurezza; alla 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 amministrati-*

(1) Corte Cost. 19 novembre 2007-23 novembre 2007, n. 401.

(2) Corte Cost. 10 dicembre 2007-14 dicembre 2007, n. 431.

ve; al contenzioso. Resta ferma la competenza esclusiva dello Stato a disciplinare i contratti relativi alla tutela dei beni culturali, i contratti nel settore della difesa, i contratti segreti o che esigono particolari misure di sicurezza relativi a lavori, servizi, forniture.

Le censure mosse dai ricorrenti sono state affrontate dalla Corte argomentando dalla nozione di *lavori pubblici*, già esaminata nella sentenza n. 303/2003 (3), per la quale *i lavori pubblici non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono e pertanto possono essere ascritti, di volta in volta, a potestà legislative statali o regionali*. Da tale principio, estensibile per la Corte all'intera attività contrattuale della pubblica amministrazione, deriva la considerazione di metodo per la quale le questioni di legittimità costituzionale prospettate vanno esaminate con riferimento ad ogni singola norma oggetto di censura, al fine verificare caso per caso la compatibilità con il riparto di competenze delineato dalla Costituzione. Nell'esaminare le singole questioni dedotte dai ricorrenti, la Corte ha quindi modo di affermare i criteri ai quali attenersi per valutare la legittimità delle norme impugnate; viene sul punto in rilievo la corretta interpretazione dell'art. 117 della Costituzione che attribuisce allo Stato la legislazione esclusiva in materia di *tutela della concorrenza* (art. 117 secondo comma, lettera "e") e di *ordinamento civile* (art. 117 secondo comma, lettera "f").

Con riferimento alla *tutela della concorrenza*, la Corte afferma, con ciò ribadendo un consolidato orientamento già espresso in diverse pronunce precedenti (4), che si tratta di una nozione di origine comunitaria, teleologicamente orientata al mercato, *la quale impone che il contraente venga scelto mediante procedure di garanzia che assicurino il rispetto dei valori comunitari e costituzionali*; ancora, deve ritenersi che la tutela della concorrenza *abbia natura trasversale, non presentando i caratteri di una materia di estensione certa, ma quelli di una funzione esercitabile sui più diversi oggetti*. Ulteriormente, la Corte precisa che *nello specifico settore degli appalti deve, però, ritenersi che la interferenza con competenze regionali 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 normativa*; in effetti, la tutela della con-

(3) Corte Cost. 25 settembre 2003 -1 ottobre 2003, n. 303.

(4) Corte Cost., 18 dicembre 2003-13 gennaio 2004, n. 14, secondo la quale la nozione di concorrenza enucleata dall'art. 117, secondo comma, lett. e), comprende in sé diverse accezioni, sia in senso statico, *come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto*, sia in senso dinamico, a giustificazione di *misure pubbliche volte a ridurre squilibri e a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali*; la conferma di tale interpretazione è giustificata anche dal punto di vista sistematico, poiché il medesimo titolo di competenza accorpa la moneta, la tutela del risparmio e dei mercati finanziari, il sistema valutario, i sistemi tributario e contabile dello Stato. Si vedano, altresì, le sentenze 13-27 luglio 2004, n. 272; 23 gennaio 2006-1 febbraio 2006, n. 29; 27 luglio 2005-3 agosto 2005, n. 336.

correnza è destinata ad attuare, nel settore degli appalti pubblici, i principi comunitari di parità di trattamento e non discriminazione, nonché della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi. Da tali considerazioni la Corte fa discendere il fatto che l'intera fase della procedura ad evidenza pubblica deve essere ricondotta alla materia della tutela della concorrenza e quindi può venire interamente disciplinata dal legislatore statale. Più precisamente, devono essere ricondotte alla tutela della concorrenza, con la conseguenza che devono essere respinte le relative eccezioni di incostituzionalità (per lesione del riparto di competenza legislativa): le disposizioni in materia di criteri di aggiudicazione, ivi comprese le modalità di verifica delle offerte anormalmente basse, la progettazione sia dei lavori pubblici che dei servizi e forniture, le norme in materia di sicurezza, le modalità di verifica dei requisiti delle imprese partecipanti alle gare, le norme in materia di garanzie a corredo dell'offerta. In questo contesto, non deve attribuirsi alcuna valenza distintiva al valore degli appalti, e segnatamente al fatto che il Codice disciplini anche gli appalti sotto-soglia in via di sostanziale uniformazione alla prevista per il sopra-soglia: la Corte chiarisce infatti, in adesione a principi già espressi dalla Corte di Giustizia (5), che *pur in presenza di un appalto sotto soglia, debbano essere comunque rispettati i principi fondamentali del Trattato idonei a consentire l'esercizio di un potere conforme, tra l'altro, ai canoni della parità di trattamento, della trasparenza e della pubblicità, al fine di garantire un assetto concorrenziale del mercato*. Per la Corte ciò *implica che la distinzione tra contratti sotto soglia e sopra soglia non può essere, di per sé, invocata quale utile criterio ai fini della individuazione dello stesso ambito materiale della tutela della concorrenza*. Gli unici limiti che, nell'ambito della propria competenza, il legislatore statale incontra, sono limiti cd. interni, cioè la proporzionalità e l'adeguatezza rispetto agli obiettivi perseguiti, non essendo affatto censurabile l'eccessivo dettaglio della norma: *una volta che sia stata riconosciuta come riconducibile alla materia in questione la normativa statale, la stessa può avere anche un contenuto analitico*, e ciò non può ledere in alcun modo la competenza delle regioni, sul presupposto che le materie (come nel caso della concorrenza) appartengano alla legislazione esclusiva statale.

Con riferimento alla materia dell'*ordinamento civile* e alla sua incidenza nell'ambito degli appalti pubblici, la Corte osserva che l'attività contrattuale della pubblica amministrazione si caratterizza per la sua struttura essenzialmente bifasica, in quanto al momento tipicamente procedimentale dell'evidenza pubblica (in cui domina, come si è visto, il principio di tutela della concorrenza), segue la fase negoziale. Tale seconda fase, che ha inizio con la stipulazione del contratto e che ricomprende l'intera disciplina di ese-

(5) Corte di giustizia, sez. VI, sentenza del 7 dicembre 2000, n. C-324/98, c.d. Telaustria, e di recente Corte di Giustizia, sez. I, sentenza 14 giugno 2007 n. C-6/05. In punto, si veda anche la Circolare del Ministro per le Politiche Comunitarie di data 29 aprile 2004, pubblicata in *G.U.R.I.* 12 luglio 2004, n. 161.

cuzione del rapporto contrattuale, deve, secondo la Corte, *essere ascritta all'ambito materiale dell'ordinamento civile. Sussiste, infatti, l'esigenza, sottesa al principio costituzionale di eguaglianza, di garantire l'uniformità di trattamento, nell'intero territorio nazionale, della disciplina della fase di conclusione ed esecuzione dei contratti di appalto avente, tra l'altro – per l'attività di unificazione e semplificazione normativa svolta dal legislatore – valenza sistematica.* La Corte, affermando che in tale fase la pubblica amministrazione si spoglia dei poteri autoritativi e agisce nella piena autonomia negoziale, non nega che possano sussistere alcuni caratteri di specialità dei pubblici appalti rispetto alla disciplina codicistica, ma considera preminente l'esigenza di garantire l'uniformità dell'ordinamento civile nel territorio nazionale. In tal modo, la Corte rigetta numerose le censure mosse dai ricorrenti, affermando che appartengono alla competenza esclusiva statale tutte le norme in materia di stipulazione ed esecuzione dei contratti, ivi compresi il collaudo e la disciplina del subappalto, che secondo l'interpretazione fatta propria dalla Corte sono attratti nell'ambito materiale dell'ordinamento civile.

La sentenza n. 401/2007 accoglie invece la censura proposta dalla Provincia Autonoma di Trento dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 5, comma 2, del Codice, secondo il quale il regolamento attuativo del D.Lgs. 163/2006 può dettare norme che si applicano anche alle province autonome nelle materie individuate dall'art. 4, comma 3, mentre tale norma, nel definire gli ambiti di competenza esclusiva dello Stato, cita soltanto le regioni e non le province autonome. Con riferimento invece agli ambiti di competenza delle regioni, la Corte Costituzionale accoglie soltanto i ricorsi proposti in relazione a: norme in materia di composizione delle commissioni aggiudicatrici (dichiarazione di incostituzionalità relativamente all'art. 84, commi 2, 3 8 e 9 del D.Lgs. 163/2006, *nella parte in cui, per i contratti inerenti a settori di competenza regionale, non prevedono che esse abbiano carattere suppletivo e cedevole rispetto ad una divergente normativa regionale*) e disposizione in materia di effetti dell'approvazione dei progetti a fini urbanistici ed espropriativi (art. 98, comma 2, del D.Lgs. 163/2006, secondo cui *l'approvazione dei progetti definitivi costituisce variante urbanistica a tutti gli effetti*), in quanto siffatta norma non lascia alcun margine di intervento alle regioni in un ambito in cui (governo del territorio) sussiste invece una competenza ripartita Stato-Regioni. Da notare, infine, che la Corte, pur non accogliendo il ricorso in materia di inclusione dei "compiti e requisiti del responsabile del procedimento" (art. 4, comma 2, del D.Lgs. 163/2006) tra le materie oggetto di competenza concorrente, per cui lo Stato è legittimato a dettare i principi fondamentali cui le regioni e province autonome devono attenersi, precisa che le previsioni del Codice devono ritenersi costituzionalmente legittime in quanto si limitano a prevedere l'istituzione del responsabile del procedimento senza dettare norme a contenuto organizzativo; residua in tal modo un ambito in cui l'intervento regionale può legittimamente esplicarsi, nel rispetto dei principi dettati dal Codice.

La sentenza n. 431/2007.

La sentenza della Corte Costituzionale 14 dicembre 2007, n. 431, suscitata da un ricorso promosso dal Presidente del Consiglio dei Ministri avver-

so le leggi regionali della Campania e dell'Abruzzo, emanate in epoca successiva all'entrata in vigore del D.Lgs. 163/2006, riprende le considerazioni espresse nella sentenza n. 431/2007 e chiarisce la portata preclusiva che le norme del Codice emanate in ambiti a competenza esclusiva statale hanno, in quanto comportano l'illegittimità delle norme eventualmente adottate in materia dalle regioni. La Corte afferma che *nel settore degli appalti pubblici, la disciplina delle procedure di gara e in particolare la regolamentazione della qualificazione e selezione dei concorrenti, delle procedure di affidamento e dei criteri di aggiudicazione mirano a garantire che le medesime si svolgano nel rispetto delle regole concorrenziali e dei principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libera prestazione dei servizi, della libertà di stabilimento, nonché dei principi costituzionali di trasparenza e parità di trattamento (sentenza n. 401 del 2007). Esse, in quanto volte a consentire la piena apertura del mercato nel settore degli appalti, sono dunque riconducibili all'ambito della tutela della concorrenza ex art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione, di esclusiva competenza del legislatore statale (sentenze n. 401 del 2007, n. 345 del 2004). L'esclusività di siffatta competenza si esprime nella ammissibilità della formulazione, da parte del legislatore statale, di una disciplina integrale e dettagliata delle richiamate procedure e nell'inderogabilità delle relative disposizioni, le quali legittimamente incidono, nei limiti della loro specificità e dei contenuti normativi che di esse sono propri, sulla totalità degli ambiti materiali entro i quali si applicano (sentenza n. 430 del 2007), senza che ciò determini una compressione irragionevole e sproporzionata di alcuna sfera di competenza regionale. Il carattere trasversale della tutela della concorrenza (sentenze n. 401 del 2007, n. 272 del 2004), infatti, implica che essa, avendo ad oggetto la disciplina del mercato di riferimento delle attività economiche, può influire anche su materie attribuite alla competenza legislativa, concorrente o residuale, delle Regioni (sentenza n. 430 del 2007).*

La Corte dichiara, conseguentemente, l'illegittimità sia delle norme regionali impugnate suscettibili di incidere in materie coperte da esigenze di tutela della concorrenza (norme in materia di: procedure di scelta del contraente, svolgimento delle gare e di scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa, pubblicità dei bandi di gara, cause di esclusione dalle gare, qualificazione delle gare per l'affidamento di servizi e forniture, modo di invitare i concorrenti, requisiti formali e giuridici dell'offerta nonché di talune operazioni di gara, asta pubblica, licitazione privata, appalto-concorso, anomalia dell'offerta, trattativa privata), sia di norme che intervengono in materia di ordinamento civile (garanzie, forme di stipula, termini, prezzo, varianti, spese, verifiche e collaudi).

Effetti sulla normativa regionale. Conclusioni.

La Regione Friuli Venezia Giulia ha adottato un *corpus* normativo unitario in materia di lavori pubblici con la legge regionale 31 maggio 2002, n. 14 (*Disciplina organica in materia di lavori pubblici*), seguita dal regola-

mento attuativo (decreto del Presidente della Regione 5 giugno 2003, n. 0165/Pres., recante *Regolamento di attuazione della legge regionale n. 14/2002 in materia di lavori pubblici*) e dall'adozione di un capitolato generale (decreto del Presidente della Regione 5 giugno 2003, n. 0166/Pres.).

A seguito della pubblicazione del Codice dei Contratti, la Regione Friuli Venezia Giulia ha ritenuto di non promuovere alcuna questione di legittimità costituzionale in merito alle norme contenute nel D.Lgs. 163/2006, né le norme regionali in materia di lavori pubblici sono state oggetto di alcun ricorso ad opera del Presidente del Consiglio dei Ministri. Tuttavia, è da ritenere che le pronunce della Corte Costituzionale producano degli effetti diretti ed immediati sia sull'ambito nel quale la Regione intenderà, in futuro, esercitare la propria competenza, sia sulle materie nelle quali la Regione ha già adottato una specifica disciplina, in relazione alla quale va valutata la corretta interpretazione e la residua compatibilità con la legislazione nazionale.

Infatti, come si è visto, la Corte Costituzionale ha sancito che lo Stato ha una competenza legislativa esclusiva che abbraccia l'intera fase di evidenza pubblica e si estende alla successiva fase di stipula e di gestione dei contratti, sulla base dei pilastri costituiti dalla tutela della concorrenza e dall'unitarietà dell'ordinamento civile. In questo contesto, i margini di intervento ancora consentiti al legislatore regionale sono estremamente ridotti. In particolare, deve ricordarsi che il citato articolo 4, comma 3, del D.Lgs. 163/2007, espressamente fatto salvo dalle pronunce della Corte, ha vietato alle regioni di adottare una disciplina diversa in relazione alla qualificazione e selezione dei concorrenti, alle procedure di affidamento (esclusi i profili di organizzazione amministrativa), ai criteri di aggiudicazione, al subappalto, ai poteri di vigilanza sul mercato degli appalti affidati all'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, alle attività di progettazione e ai piani di sicurezza, alla stipulazione e all'esecuzione dei contratti (ad eccezione dei profili di organizzazione e contabilità amministrative), al contenzioso.

In applicazione dei principi dettati dalla Corte e dell'espressa individuazione degli ambiti materiali di esclusiva competenza statale operata dal Codice dei Contratti, devono quindi ritenersi in contrasto con la normativa nazionale, secondo una prima ricognizione, le seguenti norme della legge regionale 14/2002: parte del capo II in materia di progettazione e di sicurezza, l'intero capo III (*Requisiti degli esecutori di lavori pubblici*), il capo IV (*Sistema di realizzazione di lavori pubblici e scelta del contraente*) con l'eccezione delle norme in materia di commissioni aggiudicatrici, il capo V (*esecuzione dei lavori pubblici*), il capo VI (*Norme in materia di contenzioso*), il capo VII relativamente alle forme di pubblicità, il capo X (*Collaudo*).

È ben vero che il Friuli Venezia Giulia, in quanto regione a statuto speciale, presenta delle peculiarità e dei margini di intervento differenziati rispetto alle altre regioni a statuto ordinario; in effetti, lo Statuto della Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia contempla all'articolo 4, punto 9), la "viabilità, acquedotti e lavori pubblici di interesse locale e regionale" tra le materie in cui sussiste la potestà legislativa primaria regionale. Va tuttavia sottolineato, in punto, che la Corte Costituzionale ha autorevolmente e ripe-

tutamente sostenuto che i lavori pubblici non costituiscono di per sé una materia, essendo necessario inquadrare le singole fasi di realizzazione dei lavori per definirne l'inclusione tra le materie di competenza statale o regionale (6). La norma dello Statuto, pertanto, alla luce delle considerazioni espresse dalla Consulta, risulta apparentemente priva di diretta portata preceettiva, almeno fino a quando la Corte non sarà investita direttamente della questione e potrà chiarire i limiti e la corretta ripartizione delle competenze tra lo Stato e la Regione Friuli Venezia Giulia nello specifico ambito (e non materia) dei lavori pubblici.

Sul punto, va inoltre esaminato l'art. 5 del D.Lgs. 163/2006, che ha introdotto una sorta di obbligo di adeguamento, da parte della normativa regionale e nei limiti della rispettiva competenza, alla normativa introdotta dal legislatore nazionale: *Le regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e Bolzano adeguano la propria legislazione secondo le disposizioni contenute negli statuti e nelle relative norme di attuazione*. Tuttavia, la Regione Friuli Venezia Giulia ha finora ritenuto di non operare, in materia, alcun adeguamento legislativo, lasciando il precetto dell'art. 5, per il momento, privo di attuazione.

Una volta definita l'estensione della competenza esclusiva statale e accertato il contrasto fra normativa nazionale e la normativa della Regione Friuli Venezia Giulia nelle materie sopra indicate, occorre prendere atto delle conseguenze che è la stessa Corte Costituzionale ad indicare. Infatti, secondo l'insegnamento della Corte, *l'attribuzione delle misure alla competenza legislativa esclusiva dello Stato comporta sia l'inderogabilità delle disposizioni nelle quali si esprime, sia che queste legittimamente incidono, nei limiti della loro specificità e dei contenuti normativi che di esse sono proprie, sulla totalità degli ambiti materiali entro i quali si applicano (sentenza 14 dicembre 2007, n. 430; in senso conforme, sentenza 3 marzo 2006, n. 80 e n. 431/2007)*. Ne deriva che il Codice dei Contratti, superato il vaglio di legittimità costituzionale, legittimamente dispone su materie di competenza statale con disposizioni *inderogabili*, non residuando alcuno spazio per una regolamentazione regionale, con l'eccezione degli specifici ambiti in cui permane una potestà legislativa primaria (nelle materie non attribuite allo Stato dall'art. 117) o concorrente (ad esempio, in materia di tutela e sicurezza del lavoro, governo del territorio).

In tal modo, in forza del contrasto con norme inderogabili, si deve prendere atto che è venuta meno l'organicità della disciplina dettata nell'ambito dei lavori pubblici dalla Regione Friuli Venezia Giulia; la fonte primaria, anche nel territorio regionale, è costituita pertanto dal D.Lgs. 163/2006, cui si aggiungerà il regolamento attuativo del Codice attualmente in corso di pubblicazione. La legge regionale può essere invece tuttora applicata per i residui ambiti non incisi dal Codice e segnalati dalle pronunce della Corte:

(6) Corte Cost. 303/2003, *cit.*

ad esempio le norme in materia di commissioni aggiudicatrici (art. 17, comma 5 e seguenti della L.R. 14/2002), in quanto attinenti a profili organizzazione amministrativa, di responsabile del procedimento (art. 5 della L.R. 14/2002; secondo la Corte, materia a competenza ripartita Stato-Regioni), nonché le norme in materia di urbanistica, espropriazioni ed assetto del territorio se ed in quanto riconducibili al *governo del territorio* per il quale sussiste la competenza legislativa concorrente.

Dott. Diego Arocchi^()*

Corte Costituzionale, sentenza 23 novembre 2007 n. 401 (udienza pubblica del 23 ottobre 2007, decisione del 19 novembre 2007, pubblicata nella *G.U.* 28 novembre 2007) – Pres. F. Bile – Red. A. Quaranta – Giud. G.M. Flick (Avv. dello Stato D. Del Gaizo).

«(...) *Considerato in diritto*

1.— Le Regioni Veneto, Piemonte, Toscana, Lazio e Abruzzo, nonché la Provincia autonoma di Trento hanno impugnato gli artt. 4, commi 2 e 3; 5, commi 1, 2, 4, 7, e 9; 6, comma 9, lettera *a*); 7, comma 8; 10, comma 1; 11, comma 4; 48; 53, comma 1; 54, comma 4; 55, comma 6; 56; 57; 62, commi 1, 2, 4 e 7; 70; 71; 72; 75; 81; 82; 83; 84; 85; 86; 87; 88; 91, commi 1 e 2 (e disposizioni di cui alla Parte II, Titolo I e Titolo II, cui si rinvia); 93; 98; 112, comma 5, lettera *b*); 113; 118, comma 2; 120, comma 2; 121, comma 1; 122, commi da 1 a 7; 123; 124, commi 2, 5 e 6; 125, commi 5, 6, 7, 8 e 14; 130, comma 2, lettera *c*); 131; 132; 141; 153; 197; 204; 205; 240, commi 9 e 10; 252, commi 3 e 6; 253, commi 3, 10, 11 e 22, lettera *a*); 257, comma 3, del 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*), per asserita violazione degli artt. 76, 97, 117 e 118 della Costituzione e del principio di leale collaborazione; dell'art. 8 (*recte*: 11), numeri 1, 17, 19 e dell'art. 16 della legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 5 (*Statuto speciale per il Trentino-Alto Adige*), del decreto del Presidente della Repubblica 22 marzo 1974, n. 381 (*Norme di attuazione dello statuto speciale per la Regione Trentino-Alto Adige in materia di urbanistica ed opere pubbliche*), degli artt. 2 e 4 del decreto legislativo 16 marzo 1992, n. 266 (*Norme di attuazione dello statuto speciale per il Trentino-Alto Adige concernenti il rapporto tra atti legislativi statali e leggi regionali e provinciali, nonché la potestà statale di indirizzo e coordinamento*), nonché dell'art. 117, terzo, quarto e sesto comma, Cost. in combinato disposto con l'art. 10 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (*Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione*).

Ponendo i predetti ricorsi questioni analoghe, deve essere disposta la riunione dei relativi giudizi ai fini di una trattazione unitaria e di un'unica decisione.

(*omissis*) deve rilevarsi, in via preliminare, come le disposizioni contenute nel D.Lgs. n. 163 del 2006, per la molteplicità degli interessi perseguiti e degli oggetti implicati, non siano riferibili ad un unico ambito materiale.

Questa Corte ha già avuto modo di affermare che i lavori pubblici «non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono» e per-

^(*) Funzionario del Consorzio per l'Area di ricerca scientifica e tecnologica di Trieste.

tanto possono essere ascritti, di volta in volta, a potestà legislative statali o regionali (sentenza numero 303 del 2003). Non è, dunque, configurabile né una materia relativa ai lavori pubblici nazionali, né tantomeno un ambito materiale afferente al settore dei lavori pubblici di interesse regionale.

Tali affermazioni non valgono soltanto per i contratti di appalto di lavori, ma sono estensibili all'intera attività contrattuale della pubblica amministrazione che non può identificarsi in una materia a sé, ma rappresenta, appunto, un'attività che inerisce alle singole materie sulle quali essa si esplica.

Ne consegue che i problemi di costituzionalità sollevati dalle ricorrenti devono essere esaminati in rapporto al contenuto precettivo delle singole disposizioni impugnate, al fine di stabilire quali siano gli ambiti materiali in cui esse trovano collocazione.

Ancora in via preliminare, appare opportuno precisare – alla luce delle osservazioni sin qui svolte – che non è possibile tracciare una netta linea di demarcazione che faccia unicamente perno sul profilo soggettivo, distinguendo le procedure di gara indette da amministrazioni statali da quelle poste in essere da amministrazioni regionali o sub-regionali, per inferirne che solo le prime sarebbero di spettanza statale, mentre le seconde rientrerebbero nell'ambito della potestà legislativa regionale. La perimetrazione delle sfere materiali di competenza non può, infatti, essere determinata avendo riguardo esclusivamente alla natura del soggetto che indice la gara o al quale è riferibile quel determinato bene o servizio, in quanto, come già sottolineato, occorre fare riferimento, invece, al contenuto delle norme censurate al fine di inquadrarlo negli ambiti materiali indicati dall'art. 117 Cost. (*omissis*)

6.– Le Regioni ricorrenti e la Provincia autonoma di Trento hanno, altresì, impugnato il comma 3 dell'art. 4 del Codice, il quale così dispone: «Le Regioni, nel rispetto dell'articolo 117, comma secondo, della Costituzione, non possono prevedere una disciplina diversa da quella del presente Codice in relazione: alla qualificazione e selezione dei concorrenti; alle procedure di affidamento, esclusi i profili di organizzazione amministrativa; ai criteri di aggiudicazione; al subappalto; ai poteri di vigilanza sul mercato degli appalti affidati all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture; alle attività di progettazione e ai piani di sicurezza; alla 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; al contenzioso. Resta ferma la competenza esclusiva dello Stato a disciplinare i contratti relativi alla tutela dei beni culturali, i contratti nel settore della difesa, i contratti segreti o che esigono particolari misure di sicurezza relativi a lavori, servizi, forniture».

6.1.– In via preliminare, deve essere esaminata la questione proposta dalla Provincia autonoma di Trento, con la quale si asserisce che la norma impugnata sarebbe, in particolare, in contrasto con le disposizioni dello statuto speciale, che attribuiscono nel settore in esame alla legge provinciale competenza legislativa primaria.

La questione è inammissibile, per difetto di interesse.

L'art. 4, comma 5, del D.Lgs. n. 163 del 2006 contiene, infatti, una clausola di salvaguardia secondo la quale «Le regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e Bolzano adeguano la propria legislazione secondo le disposizioni contenute negli statuti e nelle relative norme di attuazione».

A tale fine, pertanto, opera il meccanismo prefigurato dall'art. 2 del D.Lgs. n. 266 del 1992, secondo il quale l'emanazione di nuove norme statali non determina una diretta abrogazione di leggi provinciali preesistenti, ma solo un obbligo di adeguamento entro i sei mesi

successivi alla pubblicazione dell'atto legislativo statale nella *Gazzetta Ufficiale* o nel più ampio termine da esso stabilito.

Il mancato adempimento di siffatto obbligo può essere fatto valere dal Governo con ricorso contro le leggi provinciali non adeguate (vedi, tra le altre, la sentenza numero 302 del 2003).

Il legislatore statale ha, pertanto, espressamente previsto una clausola che, per il suo contenuto puntuale in ordine al relativo ambito applicativo (vedi le sentenze numeri 384, 287 e 263 del 2005), è idonea ad escludere, come afferma la stessa difesa dello Stato, il vizio di costituzionalità della disposizione. Del resto, il medesimo art. 4, comma 3, fa espressamente riferimento alle sole «regioni» e non anche alle Province autonome.

6.2.– Per quanto attiene ai ricorsi regionali, deve, in primo luogo, essere esaminata la questione proposta dalla Regione Veneto, con la quale si deduce l'illegittimità costituzionale della disposizione impugnata, per violazione dell'art. 76 della Costituzione – in relazione agli artt. 1, comma 6, e 5, comma 5, della legge n. 62 del 2005 – e dell'art. 117, quinto comma. Analoga censura è stata proposta dalle Regioni Lazio e Abruzzo, le quali deducono, in particolare, la violazione dell'art. 117, quinto comma, Cost. sotto il profilo che, pur intervenendo in ambiti materiali «pacificamente attribuiti dalla Costituzione alla potestà normativa regionale residuale e concorrente», la disposizione impugnata non lascerebbe alcuno spazio alle Regioni nella fase di attuazione della normativa comunitaria.

In particolare, si osserva che la legge delega (art. 1, comma 6) ha attribuito alla Regione il potere di dare attuazione alle direttive comunitarie nei limiti previsti dalla legge 4 febbraio 2005, n. 11 (*Norme generali sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo dell'Unione europea e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari*). Tale legge, in attuazione di quanto disposto dall'art. 117, quinto comma, Cost., ha conferito il predetto potere in tutte le materie di competenza regionale, con possibilità dello Stato di svolgere, in caso di inadempimento della Regione, esclusivamente un intervento sostitutivo di natura preventiva, suppletiva e cedevole.

La Regione Veneto assume, inoltre, che la norma impugnata violerebbe l'art. 76 Cost. «anche in relazione alla disciplina dei contratti di interesse regionale “sotto soglia”», in quanto il vincolo a dettare solo norme suppletive e cedevoli, pur non derivando dall'art. 117, quinto comma, Cost., si imponeva al Governo per effetto dell'art. 5, comma 5, della legge n. 62 del 2005.

Le questioni non sono fondate.

L'art. 1, comma 6, della legge delega n. 62 del 2005, al quale rinvia il comma 5 dell'art. 5, prevede, in relazione a quanto disposto dalla citata norma costituzionale, che i decreti legislativi eventualmente adottati nelle materie di competenza legislativa delle Regioni e delle Province autonome entrano in vigore, quando in sede locale non sia stata emanata l'apposita normativa di attuazione, alla data di scadenza del termine stabilito per il recepimento della normativa comunitaria e perdono comunque efficacia a decorrere dalla data di entrata in vigore della normativa di attuazione adottata da ciascuna Regione e Provincia autonoma nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e, nelle materie di competenza concorrente, dei principi fondamentali stabiliti dalla legislazione dello Stato. Lo stesso comma 6 prosegue disponendo che «A tale fine i decreti legislativi recano esplicita indicazione della natura sostitutiva e cedevole delle disposizioni in esse contenute».

Orbene, tale essendo il contenuto delle norme alle quali le ricorrenti fanno riferimento, deve escludersi che esse possano essere invocate a fondamento delle doglianze volte al riconoscimento della esistenza di un vincolo, per il legislatore delegato, di introdurre la clau-

sola di cedevolezza di norme che, per le ragioni esposte, intervengono a disciplinare un settore rientrante, nei limiti di seguito precisati, nell'ambito della competenza legislativa esclusiva statale.

Ne consegue che la sussistenza di un titolo di legittimazione dello Stato a disciplinare, in via esclusiva, i profili di attività indicati dalla norma impugnata, consente allo Stato, contrariamente a quanto sostenuto, in particolare, dalle Regioni Lazio e Abruzzo, l'adozione di una normativa non soltanto di principio, ma anche di dettaglio, avente carattere esaustivo.

Per le medesime ragioni, come sarà precisato in prosieguo in sede propria, non può considerarsi fondata la questione relativa ai contratti sotto soglia comunitaria, in quanto, anche in questo caso, la sussistenza di titoli di competenza legislativa statale esclude la necessità di prevedere la clausola di cedevolezza. (*omissis*)

6.7.– Quanto al ricorso proposto dalla Regione Piemonte, si contesta che, pur se «per gli ambiti della qualificazione e selezione dei concorrenti, procedure di affidamento, criteri di aggiudicazione, subappalto» sia effettivamente riscontrabile la sussistenza di un titolo di competenza riconducibile alla materia tutela della concorrenza, nondimeno il legislatore avrebbe violato i canoni della adeguatezza e ragionevolezza mediante «l'assoggettamento indiscriminato alla normativa anche di dettaglio del Codice», nonostante sia ravvisabile invece uno spazio in cui legittimamente può ammettersi un intervento normativo regionale. A sua volta, la Regione Veneto, contesta, nello specifico, l'inclusione del subappalto nell'ambito applicativo della norma censurata, atteso che il collegamento con la tutela della concorrenza sarebbe così labile che, se fosse sufficiente a radicare la potestà legislativa statale, «determinerebbe una espansione abnorme della stessa "tutela"».

In secondo luogo, tutte le Regioni ricorrenti lamentano, sotto vari profili, che ciascuna delle specifiche attività indicate dalla norma impugnata possano farsi rientrare nella competenza esclusiva statale, ponendo in rilievo come talune tra quelle richiamate appartengano, invece, alla competenza regionale residuale o concorrente. Esse deducono, pertanto, la violazione degli artt. 76, 97, 117 e 118 della Costituzione.

Le questioni così prospettate non sono fondate.

Innanzitutto, deve precisarsi che una parte rilevante della disciplina prevista dal comma in esame trova sicura legittimazione nella materia della tutela della concorrenza, che l'art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione attribuisce alla potestà legislativa esclusiva statale.

Sul punto – anche al fine di sgombrare il campo da un equivoco in cui sono incorse alcune delle ricorrenti – appare opportuno soffermarsi sulla nozione di tutela della concorrenza allo scopo di chiarirne, per quanto può interessare questo giudizio, ambiti di rilevanza, natura e limiti di incidenza.

In relazione al primo profilo, va ricordato come questa Corte abbia già avuto modo di affermare che la nozione di concorrenza, riflettendo quella operante in ambito comunitario, include in sé sia interventi «di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto», sia interventi mirati a ridurre gli squilibri attraverso la creazione delle condizioni per la instaurazione di assetti concorrenziali (sentenza numero 14 del 2004; vedi anche, tra le altre, le sentenze numeri 29 del 2006 e 272 del 2004). Rientrano, pertanto, nell'ambito materiale in esame le misure di garanzia del mantenimento di mercati già concorrenziali e gli strumenti di liberalizzazione dei mercati stessi.

In questa sede viene, però, soprattutto in rilievo l'aspetto della tutela della concorrenza che si concretizza, in primo luogo, nell'esigenza di assicurare la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici del settore in ossequio ai principi comunitari della

libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi (articoli 3, paragrafo 1, lettere *c* e *g*; 4, paragrafo. 1; da 23 a 31; da 39 a 60 del Trattato che istituisce la Comunità europea, del 25 marzo 1957).

Si tratta di assicurare l'adozione di uniformi procedure di evidenza pubblica nella scelta del contraente, idonee a garantire, in particolare, il rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza.

Sul piano interno, l'osservanza di tali principi costituisce, tra l'altro, attuazione delle stesse regole costituzionali della imparzialità e del buon andamento, che devono guidare l'azione della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 97 Cost. Deve, anzi, rilevarsi come sia stata proprio l'esigenza di uniformare la normativa interna a quella comunitaria, sul piano della disciplina del procedimento di scelta del contraente, che ha determinato il definitivo superamento della cosiddetta concezione contabilistica, che qualificava tale normativa interna come posta esclusivamente nell'interesse dell'amministrazione, anche ai fini della corretta formazione della sua volontà negoziale.

Va, inoltre, precisato che l'osservanza delle prescrizioni comunitarie ed interne di evidenza pubblica garantisce il rispetto delle regole dell'efficacia e dell'efficienza dell'attività dei pubblici poteri: la selezione della migliore offerta assicura, infatti, la piena attuazione degli interessi pubblici in relazione al bene o al servizio oggetto dell'aggiudicazione.

In sintesi, la nozione comunitaria di concorrenza, che viene in rilievo in questa sede e che si riflette su quella di cui all'art. 117, secondo comma, lettera *e*), Cost., è definita come concorrenza "per" il mercato, la quale impone che il contraente venga scelto mediante procedure di garanzia che assicurino il rispetto dei valori comunitari e costituzionali sopra indicati. Ciò ovviamente non significa che nello stesso settore degli appalti, soprattutto relativi ai servizi a rete, non sussistano concomitanti esigenze di assicurare la cosiddetta concorrenza "nel" mercato attraverso la liberalizzazione dei mercati stessi, che si realizza, tra l'altro, mediante l'eliminazione di diritti speciali o esclusivi concessi alle imprese (vedi considerando n. 3 della direttiva 31 marzo 2004, n. 2004/17/CE).

In relazione al secondo profilo, concernente la natura della materia in esame, deve rilevarsi come la tutela della concorrenza – se si eccettuano, in particolare, gli aspetti della specifica normativa *antitrust* diretta a reprimere i comportamenti anticoncorrenziali delle imprese – abbia natura trasversale, non presentando i caratteri di una materia di estensione certa, ma quelli di «una funzione esercitabile sui più diversi oggetti» (sentenza numero 14 del 2004; si vedano, altresì, le sentenze numeri 29 del 2006; 336 del 2005 e 272 del 2004). Nello specifico settore degli appalti deve, però, ritenersi che la interferenza con competenze regionali 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.

Infine, per quanto attiene ai limiti interni, deve sottolinearsi come, pur non rientrando nei compiti di questa Corte stabilire in concreto la valenza economica degli interventi statali (sentenze numeri 14 e 272 del 2004), nondimeno spetti ad essa effettuare uno scrutinio di costituzionalità sui singoli atti legislativi dello Stato, al fine di stabilire se la scelta in concreto adottata sia ragionevole e proporzionata rispetto all'obiettivo prefissato, costituito, nella specie, dalla più ampia apertura del mercato degli appalti alla concorrenza.

La *ratio* di questo controllo risiede proprio nella natura della materia in esame: essa, infatti, non ha un ambito definito, ma si caratterizza per le specifiche finalità perseguite. In

questa prospettiva, si giustifica un controllo di costituzionalità – guidato dai criteri della proporzionalità e adeguatezza – volto a saggiare «la congruità dello strumento utilizzato rispetto al fine di rendere attivi i fattori determinanti dell’equilibrio economico generale» (citata sentenza numero 14 del 2004).

Allo scopo, pertanto, di individuare gli esatti confini della materia in esame, occorre svolgere un doppio livello di verifica: stabilire, innanzitutto, se l’intervento statale sia astrattamente riconducibile, nei modi anzidetti, ai principi della concorrenza nel mercato o della concorrenza per il mercato o ad entrambi; in secondo luogo, accertare se lo strumento utilizzato sia congruente rispetto al fine perseguito alla luce dei criteri di proporzionalità e della adeguatezza. Ciò significa che, contrariamente a quanto sostenuto da alcune delle ricorrenti, una volta che sia stata riconosciuta come riconducibile alla materia in questione la normativa statale, la stessa può avere anche un contenuto analitico. La proporzionalità e l’adeguatezza non si misurano, infatti, avendo riguardo esclusivamente al livello di dettaglio che connota quella specifica normativa. Se così fosse si verificherebbe una identificazione non consentita tra materie concorrenti e materie trasversali di competenza esclusiva che, invece, ricevono dalla Costituzione una differente disciplina.

Alla luce delle considerazioni svolte, non possono ritenersi assistite da fondamento le censure formulate dalla Regione Piemonte.

In relazione al primo livello di verifica sopra indicato, deve, infatti, rilevarsi che – avendo riguardo al fine perseguito dal legislatore statale, di assicurare che le procedure di gara si svolgano nel rispetto delle regole concorrenziali poste a presidio dei principi della libera circolazione delle merci, della libera prestazione dei servizi, della libertà di stabilimento, nonché dei principi della trasparenza e della parità di trattamento – le procedure di qualificazione e selezione dei concorrenti, le procedure di affidamento (esclusi i profili attinenti all’organizzazione amministrativa), i criteri di aggiudicazione, ivi compresi quelli che devono presiedere all’attività di progettazione ed alla formazione dei piani di sicurezza, nonché i poteri di vigilanza sul mercato degli appalti, rientrano nell’ambito della tutela della concorrenza di cui all’art. 117, secondo comma, lettera e), Cost. Con particolare riferimento al subappalto, incluso anch’esso nell’ambito applicativo della norma in esame, deve rilevarsi che lo stesso costituisce un istituto tipico del rapporto di appalto, come tale disciplinato dal codice civile (art. 1656) e inquadrabile nell’ambito dei contratti di derivazione. Sebbene caratterizzato da elementi di sicura matrice pubblicistica, detto istituto conserva la sua natura privatistica e rientra nell’ambito materiale dell’ordinamento civile. Nondimeno, esso, per taluni profili non secondari, assolve anche ad una funzione di garanzia della concorrenzialità nel mercato e quindi, anche per questo aspetto, appartiene alla competenza legislativa esclusiva dello Stato.

Chiarito ciò, deve, inoltre, escludersi che le procedure di affidamento, come invece sostenuto dalle Regioni Lazio e Abruzzo, essendo dei «veri e propri procedimenti amministrativi», debbano essere disciplinate secondo il riparto di competenze previsto dall’art. 29, comma 2, della legge 7 agosto 1990, n. 241 (*Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*), secondo cui le «regioni e gli enti locali, nell’ambito delle rispettive competenze, regolano le materie disciplinate dalla presente legge nel rispetto del sistema costituzionale e delle garanzie del cittadino nei riguardi dell’azione amministrativa, così come definite dai principi stabiliti dalla presente legge». Il procedimento amministrativo non è una vera e propria materia, atteso che lo stesso, in relazione agli aspetti di volta in volta disciplinati, può essere ricondotto a più ambiti materiali di competenza statale o regionale (sentenza numero 465 del 1991), entro i quali la

disciplina statale regola in modo uniforme i diritti dei cittadini nei confronti delle pubbliche amministrazioni. Nella specie, avendo riguardo alla censura specificamente formulata, deve ribadirsi che la procedura di affidamento – volta allo scopo di garantire i predetti principi diretti a consentire la piena apertura del mercato nel settore degli appalti – è fondamentalmente riconducibile alla materia della tutela della concorrenza.

Stabilito, alla luce delle considerazioni che precedono, che i settori sopra indicati, per le finalità che ne connotano la disciplina, rientrano nel suddetto ambito di materia, non è, però, possibile, sulla base del contenuto precettivo della norma impugnata, svolgere il secondo livello di verifica, volto a stabilire se siano stati rispettati i limiti interni alla materia stessa e dunque se l'intervento statale sia effettivamente proporzionato ed adeguato rispetto all'obiettivo perseguito. I giudizi di proporzionalità ed adeguatezza non possono che riferirsi, per loro stessa natura, alle specifiche disposizioni che disciplinano il settore. La norma in esame, invece, ha soltanto una valenza di carattere generale, limitandosi ad affermare che i singoli ambiti da essa richiamati attengono alla competenza legislativa esclusiva statale, con implicito rinvio poi alla specifica disciplina contenuta nelle disposizioni che riguardano, appunto, i settori soltanto indicati dalla norma censurata. Ed è la regolamentazione di essi che potrà eventualmente formare oggetto di sindacato di costituzionalità da parte di questa Corte nei modi e nelle forme di rito.

6.8.– Le Regioni Veneto e Piemonte contestano, altresì, l'inclusione nella disposizione in esame del riferimento alle fasi della stipulazione e dell'esecuzione dei contratti, ivi comprese quelle della direzione dell'esecuzione e della direzione dei lavori, contabilità e collaudo, ad eccezione dei profili di organizzazione e contabilità amministrative. In particolare, la norma in esame disciplinerebbe settori che atterrebbero ad aspetti organizzativi e procedurali dell'azione amministrativa, i quali andrebbero inclusi, «a seconda dell'oggetto, tra le materie di competenza concorrente o residuale» (ricorso della Regione Veneto n. 85 del 2006), ovvero investirebbe ambiti in cui sarebbero ravvisabili «spazi significativi che vanno ascritti all'ordinamento e organizzazione amministrativa», che appartengono alla Regione ad eccezione di quanto è riferibile allo Stato e agli enti pubblici nazionali (ricorso della Regione Piemonte n. 88 del 2006).

La questione non è fondata.

È noto che l'attività contrattuale della pubblica amministrazione, essendo funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico, si caratterizza per la esistenza di una struttura bifasica: al momento tipicamente procedimentale di evidenza pubblica segue un momento negoziale.

Nella prima fase di scelta del contraente l'amministrazione agisce, come si è già sottolineato, secondo predefiniti moduli procedimentali di garanzia per la tutela dell'interesse pubblico, ancorché siano contestualmente presenti momenti di rilevanza negoziale, dovendo la pubblica amministrazione tenere, in ogni caso, comportamenti improntati al rispetto, tra l'altro, delle regole della buona fede.

Nella seconda fase – che ha inizio con la stipulazione del contratto (si veda art. 11, comma 7, del Codice) – l'amministrazione si pone in una posizione di tendenziale parità con la controparte ed agisce non nell'esercizio di poteri amministrativi, bensì nell'esercizio della propria autonomia negoziale.

Tale fase, che ricomprende l'intera disciplina di esecuzione del rapporto contrattuale, incluso l'istituto del collaudo – il quale è, tra l'altro, anche specificamente disciplinato dal codice civile (art. 1665 e seguenti), valendo per esso le argomentazioni già svolte a proposito del subappalto – si connota, pertanto, per la normale mancanza di poteri autoritativi in capo al soggetto pubblico, sostituiti dall'esercizio di autonomie negoziali.

Ne consegue che la norma censurata – disciplinando aspetti afferenti a rapporti che presentano prevalentemente natura privatistica, pur essendo parte di essi una pubblica amministrazione – deve essere ascritta all’ambito materiale dell’ordinamento civile. Sussiste, infatti, l’esigenza, sottesa al principio costituzionale di eguaglianza, di garantire l’uniformità di trattamento, nell’intero territorio nazionale, della disciplina della fase di conclusione ed esecuzione dei contratti di appalto avente, tra l’altro – per l’attività di unificazione e semplificazione normativa svolta dal legislatore –, valenza sistematica. Né vale obiettare, come fa la Regione Veneto, che non potrebbe ritenersi sussistente il titolo di competenza rappresentato dall’ordinamento civile, in quanto non verrebbero in rilievo «la stipulazione e l’esecuzione regolate dal codice civile». Sul punto, è agevole osservare che l’ambito materiale in esame ricomprende tutti gli aspetti che ineriscono a rapporti di natura privatistica, in relazione ai quali sussistono le esigenze sopra indicate, senza che detti rapporti debbano rinvenire la loro disciplina necessariamente sul piano codicistico. In altri termini, la sussistenza di aspetti di specialità, rispetto a quanto previsto dal codice civile, nella disciplina della fase di stipulazione e esecuzione dei contratti di appalto, non è di ostacolo al riconoscimento della legittimazione statale di cui all’art. 117, secondo comma, lettera l), Cost.

Quanto sin qui detto non significa, però, che, in relazione a peculiari esigenze di interesse pubblico, non possano residuare in capo alla pubblica amministrazione poteri pubblici riferibili, tra l’altro, a specifici aspetti organizzativi afferenti alla stessa fase esecutiva. D’altronde, la norma impugnata esclude espressamente dalla competenza legislativa esclusiva dello Stato i «profili di organizzazione e contabilità amministrative», con la conseguenza che in questi ambiti, qualora parte del contratto non sia una amministrazione statale, sarebbe rinvenibile un titolo di legittimazione regionale.

La riconducibilità, pertanto, all’ambito della materia dell’ordinamento civile ovvero a materie di competenza regionale potrà essere stabilita soltanto in relazione alle singole e puntuali norme di disciplina delle fasi attinenti alla conclusione ed esecuzione del rapporto contrattuale.

6.9.– Per completezza, allo stesso modo, va aggiunto che rientra nella competenza esclusiva dello Stato, in relazione alle materie della giurisdizione e della giustizia amministrativa, il contenzioso cui fa riferimento il comma 3, cui – sia pure genericamente – si richiamano le ricorrenti.

In conclusione, pertanto, sotto gli aspetti fin qui esaminati, devono ritenersi non fondate le questioni di legittimità costituzionale prospettate con riguardo ai parametri costituzionali di cui agli artt. 117 e 118 della Costituzione. (*omissis*)

7.– Le Regioni ricorrenti hanno impugnato, nei termini di seguito precisati, l’art. 5, commi 1, 2 e 4, mentre la Provincia autonoma di Trento ha censurato i commi 1 e 2 nella parte in cui consentono allo Stato di emanare regolamenti nelle materie di cui all’art. 4, comma 3, vincolanti anche per le Province autonome, per violazione, in particolare: dell’art. 11, numero 17 della legge costituzionale n. 5 del 1948, che attribuisce alla potestà legislativa primaria provinciale la materia dei lavori pubblici di interesse provinciale; dell’art. 117, sesto comma, Cost., nonché dell’art. 2 del D.Lgs. n. 266 del 1992 (che prevede l’intervento di sole legge statali in materie provinciali), in quanto «una volta che non tutti gli oggetti indicati nell’art. 4, comma 3, sono di competenza esclusiva statale, la previsione del potere regolamentare statale risulta illegittima». La Provincia ricorrente assume, inoltre, la illegittimità costituzionale dell’art. 5, comma 4, per violazione del principio di leale collaborazione.

Al riguardo, deve essere dichiarata non fondata la questione relativa al comma 1. La norma impugnata, infatti, prevede che il regolamento statale detti la disciplina esecutiva e

attuativa del Codice in relazione ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di amministrazioni ed enti statali e, «limitatamente agli aspetti di cui all'art. 4, comma 3, in relazione ai contratti di ogni altra amministrazione». Quest'ultimo riferimento deve essere inteso, all'esito di una interpretazione conforme a Costituzione, nel senso che lo stesso ricomprende lo Stato e le Regioni e non anche le Province autonome di Trento e Bolzano. Da quanto esposto deriva anche la non fondatezza della censura relativa all'art. 5, comma 4.

Deve essere, invece, dichiarato costituzionalmente illegittimo il comma 2 dell'art. 5, nella parte in cui fa riferimento, in maniera contraddittoria rispetto alla clausola di salvaguardia contenuta nel comma 3 dell'art. 4, anche alle Province autonome, rendendo applicabile alle stesse, nei settori indicati dal comma 3, le disposizioni regolamentari. (*omissis*)

10.– L'impugnato art. 48 disciplina la fase del procedimento amministrativo di scelta del contraente caratterizzata da una serie di controlli sul possesso, da parte dei concorrenti, dei requisiti per la partecipazione alla gara. In particolare, si prevede che le stazioni appaltanti, prima di procedere all'apertura delle buste contenenti le offerte presentate, richiedano ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate, arrotondato all'unità superiore, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare, entro 10 giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando o nella lettera di invito.

La disposizione prosegue, poi, disciplinando l'ipotesi in cui tale prova non sia fornita e le conseguenze che si verificano in ordine all'ulteriore corso del procedimento di gara.

Il secondo comma dello stesso articolo prevede, inoltre, che la richiesta di cui al comma 1 deve essere inoltrata, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria, qualora gli stessi non siano compresi fra i concorrenti sorteggiati, e disciplina le conseguenze derivanti dal mancato assolvimento dei predetti oneri.

L'articolo in esame è impugnato dalla Regione Toscana, la quale ne assume la illegittimità costituzionale per violazione degli artt. 117 e 118 Cost., sotto il profilo che, pur non sussistendo esigenze di carattere unitario, sarebbe stata introdotta una disciplina dettagliata ed autoapplicativa relativa al controllo delle autodichiarazioni rese dai concorrenti alla gara. Ciò comporterebbe una indebita ingerenza nella materia della organizzazione amministrativa di competenza residuale delle Regioni, alle quali spetterebbe di modulare il contenuto della suddetta disciplina in maniera differenziata, per meglio contemperare i vari interessi in gioco.

La questione non è fondata.

Si è chiarito, con riferimento alle disposizioni contenute nell'art. 4, comma 3, del Codice, che ha già formato oggetto di esame, che la disciplina del procedimento di scelta del contraente, finalizzata alla stipulazione dei contratti della pubblica amministrazione, attiene, principalmente, alla materia della tutela della concorrenza di competenza legislativa esclusiva dello Stato. Siffatta competenza rende non costituzionalmente illegittima la disciplina normativa di quegli aspetti del procedimento amministrativo, delineata dal Codice sulla base peraltro di precedenti fonti normative oggetto di reiterazione, che incidono direttamente sulle modalità di scelta del contraente e, dunque, sulla effettività della concorrenza tra i partecipanti alla gara. E tra tali aspetti rientrano certamente gli strumenti di controllo del possesso, da parte dei concorrenti, dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi idonei a fornire valide garanzie di serietà che devono caratterizzare, appunto, la partecipazione alla gara stessa. La uniformità di disciplina in relazione a questo profilo è essenziale per soddisfare l'esigenza, più volte richiamata in sede comunitaria, di parità di tratta-

mento e di non discriminazione degli offerenti, allo scopo di assicurare, tra l'altro, le libertà di circolazione delle merci, di stabilimento e di prestazione dei servizi.

Non mette conto, infine, affermare, come fanno le ricorrenti, che la normativa dettata dal Codice sia di natura tecnica o eccessivamente dettagliata ed autoapplicativa per dedurre la automatica non conformità a Costituzione, giacché, anche un siffatto tipo di disciplina, come più volte si è sottolineato, traendo la sua legittimazione dalla disposizione costituzionale attributiva di una competenza esclusiva dello Stato in materia, non contrasta con gli evocati parametri costituzionali. (*omissis*)

16.– Il comma 1 dell'art. 98 prevede che «Restano ferme le norme vigenti che stabiliscono gli effetti dell'approvazione dei progetti ai fini urbanistici ed espropriativi».

Il comma 2 dello stesso articolo, oggetto di impugnazione, dispone che, «Al fine di accelerare la realizzazione di infrastrutture di trasporto, viabilità e parcheggi, tese a migliorare la qualità dell'aria e dell'ambiente nelle città, l'approvazione dei progetti definitivi da parte del consiglio comunale costituisce variante urbanistica a tutti gli effetti».

La Regione Veneto impugna la disposizione del solo comma 2 nella parte in cui stabilisce che «l'approvazione dei progetti definitivi da parte del consiglio comunale costituisce variante urbanistica a tutti gli effetti», deducendo la violazione dell'art. 117, terzo comma, Cost., in quanto la norma in esame, pur ricadendo nel settore della urbanistica ed incidendo, pertanto, nella materia concorrente del governo del territorio, esprime una regola indelegabile.

La questione è fondata.

La norma impugnata, stabilendo che «l'approvazione dei progetti definitivi da parte del consiglio comunale costituisce variante urbanistica a tutti gli effetti», pur se presenta collegamenti con la materia dell'ambiente per le finalità perseguite, che sono dichiaratamente quelle del miglioramento della «qualità dell'aria e dell'ambiente nelle città», afferisce, avendo riguardo al suo peculiare oggetto, prevalentemente all'ambito materiale del governo del territorio di competenza ripartita Stato-Regioni. Da questa qualificazione discende che lo Stato ha soltanto il potere di fissare i principi fondamentali in tali materie, spettando alle Regioni il potere di emanare la normativa di dettaglio, secondo quanto stabilito dall'art. 117, terzo comma, ultimo periodo, della Costituzione.

Applicando la suddetta regola nel caso di specie, ne deriva la illegittimità costituzionale della norma in esame, in quanto essa, per il suo contenuto precettivo del tutto puntuale, non lascia alcuno spazio di intervento alle Regioni. L'affermazione, infatti, secondo cui «l'approvazione dei progetti definitivi costituisce variante urbanistica a tutti gli effetti» non è passibile di ulteriore svolgimento da parte del legislatore regionale con conseguente compromissione delle competenze che alle Regioni spettano in materia di urbanistica e quindi di assetto del territorio (vedi sentenza numero 206 del 2001).

17.– La Regione Toscana ha impugnato gli artt. 121, comma 1, 122, commi 2, 3, 5 e 6, commi 2, 5 e 6 per violazione degli artt. 76, 117 e 118 Cost.

In particolare, l'art. 121, comma 1, è impugnato nella parte in cui prevede che ai contratti pubblici aventi per oggetto lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria si applicano le disposizioni della Parte I, della Parte IV e della Parte V, nonché quelle della Parte II del Codice, in quanto non derogate dalle norme contenute nel Titolo II, in cui è inserita la norma impugnata. La Regione lamenta che tale norma determinerebbe una totale assimilazione di tutti i contratti pubblici sotto soglia ai contratti sopra soglia, salva la previsione di tempi e pubblicazioni ridotte, ancorché sia stato introdotto l'obbligo generalizzato di pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale* per tutti i bandi. Inoltre, il pre-

detto richiamo determinerebbe, in particolare, l'obbligo di acquisire la cauzione in tutte le procedure di gara (art. 75), nonché di rispettare il procedimento di individuazione delle offerte anormalmente basse (art. 86, commi 1 e 2). E ciò violerebbe gli evocati parametri costituzionali in quanto, in mancanza di esigenze unitarie, le disposizioni censurate disciplinano profili che, per il loro contenuto dettagliato e per la rilevanza economica assai modesta degli appalti, non potrebbero afferire alla materia della tutela della concorrenza. Si assume, inoltre, la violazione dell'art. 76 Cost., in quanto i criteri direttivi posti dall'art. 25 della legge n. 62 del 2005 non consentirebbero l'adozione di una normativa completa e dettagliata anche per i contratti sotto soglia.

Vengono, inoltre, censurati gli artt. 122, commi 2, 3, 5 e 6, e 124, commi 2, 5 e 6, nella parte in cui disciplinano in maniera dettagliata ed esaustiva le modalità di pubblicità e comunicazione dei predetti appalti, per violazione degli artt. 117 e 118 Cost., in quanto, in mancanza di esigenze unitarie, si disciplinano profili che, per il loro contenuto dettagliato e per la rilevanza economica modesta degli appalti, non potrebbero afferire alla materia della tutela della concorrenza, risultando così violati il limite che consente l'emanazione soltanto di disposizione di carattere generale, nonché i criteri di proporzionalità e adeguatezza, atteso che, in particolare, la pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale* appare ragionevole soltanto quando l'importo e la complessità della gara la giustificano.

Sempre in relazione ai cosiddetti appalti sotto soglia, la Regione Veneto ha ritenuto in contrasto – per la loro natura eccessivamente dettagliata e analitica – con l'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost.:

– l'art. 122, commi da 1 a 6;

– l'art. 123, «in considerazione del fatto che la “procedura ristretta semplificata” (ivi disciplinata) è istituito che trova applicazione agli appalti di lavori sotto soglia».

17.1.– Le questioni sono in parte inammissibili e in parte non fondate.

In via preliminare, è bene ribadire come questa Corte abbia già avuto modo di affermare che «la nozione di concorrenza», cui fa riferimento l'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., «non può non riflettere quella operante in ambito comunitario» (sentenza numero 14 del 2004). Orbene, la Corte di giustizia della Comunità europea ha più volte affermato che, pur in presenza di un appalto sotto soglia, debbano essere comunque rispettati i principi fondamentali del Trattato idonei a consentire l'esercizio di un potere conforme, tra l'altro, ai canoni della parità di trattamento, della trasparenza e della pubblicità, al fine di garantire un assetto concorrenziale del mercato. La stessa direttiva comunitaria 2004/18, al considerando numero 2, ha previsto, in generale per tutti gli appalti, che l'aggiudicazione «negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico è subordinata al rispetto dei principi del Trattato ed in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza» (si veda anche la già citata Comunicazione interpretativa della Commissione 1° agosto 2006, relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici»).

Ciò implica che la distinzione tra contratti sotto soglia e sopra soglia non può essere, di per sé, invocata quale utile criterio ai fini della individuazione dello stesso ambito materiale della tutela della concorrenza. Tale ambito ha, infatti, una portata che trascende ogni rigida e aprioristica applicazione di regole predeterminate dal solo riferimento, come nella specie, al valore economico dell'appalto. Anche un appalto che si pone al di sotto della rile-

vanza comunitaria può giustificare un intervento unitario da parte del legislatore statale. E se si riconosce, nello specifico, la sussistenza di tale esigenza, in relazione ovviamente a finalità di tutela della concorrenza, deve conseguentemente ammettersi la legittimazione statale secondo le modalità e nei limiti già esposti. In altri termini, non è possibile ritenere, come sembrano assumere alcune delle ricorrenti, che in presenza di un contratto sotto soglia la legislazione statale dovrebbe caratterizzarsi per un livello maggiore di generalità.

Ciò precisato, deve, innanzitutto, dichiararsi, avendo riguardo al contenuto precettivo della norma impugnata, la inammissibilità della censura relativa all'art. 121, comma 1, per genericità delle doglianze prospettate.

Tale norma ritiene applicabile ai contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria «oltre alle disposizioni della parte I, della parte IV e della parte V, anche le disposizioni della parte II, in quanto non derogate dalle norme del presente titolo». Orbene, la ricorrente Regione Toscana, da un lato, si limita a riportare il contenuto della disposizione censurata senza specificare quali sarebbero le norme richiamate che eccedono l'ambito della competenza legislativa statale per debordare in ambiti afferenti alla potestà legislativa regionale; dall'altro, quando richiama talune norme (artt. 75 e 86, commi 1 e 2), si limita a censurare il loro carattere dettagliato senza ulteriori argomentazioni e, soprattutto, senza avere rapportato la doglianza ai criteri della proporzionalità e dell'adeguatezza.

Allo stesso modo e per le medesime ragioni è inammissibile la censura, proposta dalla Regione Veneto, relativa all'art. 123.

17.2.– Devono, invece, ritenersi non fondate le censure relative agli artt. 122 e 124, relativamente ai commi sopra indicati, in quanto, al di là della portata soltanto facoltizzante di talune delle norme impugnate (art. 124, comma 2), si tratta, comunque, di disposizioni mirate a garantire i principi di parità di trattamento e di non discriminazione nella fase di partecipazione alle gare pubbliche – che, come si è prima precisato, operano anche per i contratti al di sotto della soglia comunitaria – al fine di assicurare che il mercato su cui incide la singola attività contrattuale sia effettivamente concorrenziale. L'adozione di adeguate misure di pubblicità costituisce, infatti, un elemento imprescindibile a garanzia della massima conoscenza e della conseguente partecipazione alle procedure di gara.

Né vale obiettare che tali norme avrebbero un contenuto eccessivamente analitico e dettagliato. Come più volte si è sottolineato, non costituisce elemento indefettibile di identificazione della materia della tutela della concorrenza la esistenza di sole norme di principio. La valutazione in ordine alla proporzionalità e alla adeguatezza dell'intervento legislativo dello Stato ha una portata più ampia, che trascende il mero dato della analiticità delle norme censurate. (*omissis*)

13.– Sono impugnati i commi 2, 3, 8 e 9 dell'art. 84, i quali dettano norme sulle funzioni, sulla composizione e sulla modalità di nomina dei componenti della Commissione giudicatrice incaricata di esprimersi nell'ipotesi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La Regione Toscana impugna tali commi, i quali non concernono le funzioni della Commissione (di cui al comma 1, non oggetto di impugnazione), bensì la composizione della stessa e le modalità di nomina dei suoi componenti.

A fondamento della sua censura la ricorrente deduce, innanzi tutto, la violazione degli artt. 117 e 118 Cost., in quanto, in assenza di esigenze unitarie, l'individuazione del numero dei componenti (comma 2), della qualifica del presidente (comma 3) e dei commissari (comma 8), nonché le modalità della loro scelta (commi 8 e 9), devono essere ricondotti nell'ambito organizzativo delle singole stazioni appaltanti, che potranno modularli tenendo

conto della complessità dell'oggetto della gara, nonché dell'importo della medesima. Nel ricorso si aggiunge che, nella «denegata ipotesi» in cui non si condivide la predetta ricostruzione e si ritiene che il contenuto della norma sia riconducibile alla materia della tutela della concorrenza, mancherebbero nella specie i caratteri che connotano tale materia, e cioè la natura macroeconomica dell'intervento e il rispetto dei criteri della proporzionalità e dell'adeguatezza, che impongono di limitare l'intervento alla previsione di disposizioni di carattere generale e non di dettaglio.

Sotto altro aspetto, la ricorrente deduce la violazione dell'art. 76 Cost., in quanto, i criteri direttivi previsti dall'art. 25 della legge n. 62 del 2005 non consentirebbero «l'emana- zione di nuove disposizioni se non per ragioni di semplificazione» procedurale che, nella specie, non sussisterebbero.

La questione è fondata.

Va premesso che il D.Lgs. n. 113 del 2007 (primo decreto correttivo del Codice), al di là della modifica formale apportata al comma 3 dell'art. 84, ha precisato, al secondo periodo del comma 8, che i commissari possono anche essere scelti «tra funzionari di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 3, comma 25». Si tratta, comunque, di una modifica- zione che non assume rilievo rispetto alla questione di legittimità costituzionale sollevata con il ricorso della Regione Toscana.

Quanto al merito della questione, deve innanzitutto rilevarsi che non è condivisibile la tesi secondo cui la normativa delegata – attinente alla composizione ed alle modalità di scelta dei componenti della Commissione giudicatrice – troverebbe fondamento nella compe- tenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di tutela della concorrenza. Essa presuppone, infatti, che tali norme abbiano ad oggetto specificamente i criteri e le modalità di scelta del contraente, idonei ad incidere sulla partecipazione dei concorrenti alle gare e, dunque, sulla concorrenzialità nel mercato, nel senso che dai diversi moduli procedurali utilizza- ti potrebbero derivare conseguenze sulla minore o maggiore possibilità di accesso delle imprese al mercato medesimo, e sulla parità di trattamento che deve essere loro riservata.

La norma in esame, invece – pur disciplinando aspetti della stessa procedura di scelta – è preordinata ad altri fini e deve seguire il generale regime giuridico che è loro proprio, senza che possano venire in rilievo le esigenze di salvaguardia della competitività nel mercato, le quali giustificano, in base a quanto disposto dall'art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione, l'intervento legislativo dello Stato.

Orbene, gli aspetti connessi alla composizione della Commissione giudicatrice e alle modalità di scelta dei suoi componenti attengono, più specificamente, alla organizzazione amministrativa degli organismi cui sia affidato il compito di procedere alla verifica del possesso dei necessari requisiti, da parte della imprese concorrenti, per aggiudicarsi la gara. Da ciò deriva che non può essere esclusa la competenza legislativa regionale nella disciplina di tali aspetti.

Deve, pertanto, ritenersi non conforme al sistema di riparto delle competenze tra lo Stato e le Regioni la normativa contenuta nei commi in esame, la quale vale certamente nel suo insieme per l'attività contrattuale posta in essere in ambito statale, mentre per le Regioni deve necessariamente avere carattere recessivo nei confronti di una diversa (ove esistente) disciplina specifica di matrice regionale, secondo quanto disposto dall'art. 117, quinto comma, Cost. e dall'art. 1, comma 6, della legge di delega n. 62 del 2005.

Alla luce delle considerazioni che precedono, le disposizioni di cui ai commi 2, 3, 8 e 9 dell'art. 84, devono essere dichiarate costituzionalmente illegittime nella parte in cui, per i contratti inerenti a settori di competenza regionale, non prevedono che esse abbiano carat-

tere suppletivo e cedevole rispetto ad una divergente normativa regionale che abbia già diversamente disposto o che disponga per l'avvenire.

La predetta dichiarazione di illegittimità costituzionale travolge anche le modifiche, sopra indicate, alle disposizioni in esame, apportate dal D.Lgs. n. 113 del 2007.

14.– La Regione Toscana ha impugnato l'art. 88, nella parte in cui disciplina in maniera dettagliata il procedimento di verifica e di esclusione delle offerte ritenute «anormalmente basse». In particolare, la ricorrente deduce la violazione degli artt. 117 e 118 Cost., in quanto, da un lato, il procedimento attraverso il quale si provvede alla verifica dell'offerta anomala in contraddittorio con l'impresa atterrebbe ai profili di organizzazione regionale per i contratti della Regione, degli enti regionali e locali; dall'altro, non sarebbe possibile evocare il titolo di competenza rappresentato dalla tutela della concorrenza, atteso che la disciplina del procedimento con cui eseguire la verifica delle offerte anomale non avrebbe un impatto complessivo sull'economia, oltre ad essere troppo dettagliata e minuziosa, con conseguente inosservanza dei criteri dell'adeguatezza e della proporzionalità.

La questione non è fondata.

Con la norma impugnata, il legislatore statale si è uniformato alle regole comunitarie (art. 55 della direttiva 2004/18 CE, e art. 57 della direttiva 2004/17 CE) nella disciplina dell'istituto in esame, prevedendo, in particolare, che l'esclusione delle offerte anomale non possa essere automatica, ma debba avvenire all'esito di un procedimento svolto in contraddittorio con l'impresa.

Sul punto, questa Corte ha già avuto modo di affermare – sia pure con riferimento ai soli appalti di lavori, ma con affermazioni suscettibili di estensione anche ai settori degli appalti di servizi e di forniture – che la disciplina comunitaria dell'istituto (all'epoca, art. 30 della direttiva 93/37/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993) «compone l'esigenza di garantire la concorrenza e di acquisire la prestazione al prezzo più vantaggioso per l'amministrazione con l'esigenza di assicurare la serietà delle offerte, prevedendo che l'amministrazione, prima di rifiutare quelle che presentino carattere anormalmente basso rispetto alla prestazione, chieda le precisazioni che ritiene utili in merito alla composizione dell'offerta e proceda alla verifica, tenendo conto delle giustificazioni fornite» (sentenza numero 40 del 1998; vedi anche la sentenza numero 132 del 1996).

Il rispetto del principio del contraddittorio, imposto dal diritto comunitario, è finalizzato, da un lato, a verificare se, in ipotesi, l'impresa non si trovi nelle condizioni di garantire in maniera efficace il risultato perseguito dall'amministrazione ad un prezzo più basso rispetto a quello che sono in grado di offrire le altre imprese; dall'altro, non consentendo provvedimenti di esclusione automatica (vedi, tra le altre, la sentenza Corte di giustizia 27 ottobre 2001, già citata), a perseguire l'obiettivo della più ampia partecipazione degli operatori economici alle procedure di gara.

È evidente, dunque, come si tratti di un procedimento complesso in cui assume preminenza la finalità di informare il procedimento stesso alle regole della concorrenza nella fase di scelta del contraente, con consequenziale giustificazione dell'intervento del legislatore statale ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., anche alla luce dei criteri della adeguatezza e proporzionalità. (*omissis*)

16.– Il comma 1 dell'art. 98 prevede che «Restano ferme le norme vigenti che stabiliscono gli effetti dell'approvazione dei progetti ai fini urbanistici ed espropriativi».

Il comma 2 dello stesso articolo, oggetto di impugnazione, dispone che, «Al fine di accelerare la realizzazione di infrastrutture di trasporto, viabilità e parcheggi, tese a migliorare la qualità dell'aria e dell'ambiente nelle città, l'approvazione dei progetti definitivi da parte del consiglio comunale costituisce variante urbanistica a tutti gli effetti».

La Regione Veneto impugna la disposizione del solo comma 2 nella parte in cui stabilisce che «l'approvazione dei progetti definitivi da parte del consiglio comunale costituisce variante urbanistica a tutti gli effetti», deducendo la violazione dell'art. 117, terzo comma, Cost., in quanto la norma in esame, pur ricadendo nel settore della urbanistica ed incidendo, pertanto, nella materia concorrente del governo del territorio, esprime una regola inderogabile.

La questione è fondata.

La norma impugnata, stabilendo che «l'approvazione dei progetti definitivi da parte del consiglio comunale costituisce variante urbanistica a tutti gli effetti», pur se presenta collegamenti con la materia dell'ambiente per le finalità perseguite, che sono dichiaratamente quelle del miglioramento della «qualità dell'aria e dell'ambiente nelle città», afferma, avendo riguardo al suo peculiare oggetto, prevalentemente all'ambito materiale del governo del territorio di competenza ripartita Stato-Regioni. Da questa qualificazione discende che lo Stato ha soltanto il potere di fissare i principi fondamentali in tali materie, spettando alle Regioni il potere di emanare la normativa di dettaglio, secondo quanto stabilito dall'art. 117, terzo comma, ultimo periodo, della Costituzione.

Applicando la suddetta regola nel caso di specie, ne deriva la illegittimità costituzionale della norma in esame, in quanto essa, per il suo contenuto precettivo del tutto puntuale, non lascia alcuno spazio di intervento alle Regioni. L'affermazione, infatti, secondo cui «l'approvazione dei progetti definitivi costituisce variante urbanistica a tutti gli effetti» non è passibile di ulteriore svolgimento da parte del legislatore regionale con conseguente compromissione delle competenze che alle Regioni spettano in materia di urbanistica e quindi di assetto del territorio (vedi sentenza numero 206 del 2001).(*omissis*)

23.2.– Un ulteriore gruppo di censure riguarda norme che attengono alla individuazione delle tipologie contrattuali, nonché alla fase di esecuzione del contratto di appalto e al contratto di subappalto.

In relazione al primo profilo, viene in rilievo la impugnazione dell'art. 53, comma 1, nella parte in cui individua in modo tassativo ed esclusivo le tipologie di contratti, mediante i quali possono essere realizzati i lavori pubblici, tra l'altro in senso restrittivo rispetto alle modalità consentite dall'ordinamento comunitario. La Regione Veneto aggiunge che, «con riferimento a tale disposizione, la rilevata incostituzionalità appare particolarmente evidente in relazione alla categoria dei contratti pubblici di importo inferiore alla soglia comunitaria».

La questione non è fondata.

Il prevalente ambito materiale in cui si colloca la norma in esame è rappresentato dall'ordinamento civile (art. 117, secondo comma, lettera *l*, Cost.): spetta, infatti, al legislatore statale – ferma restando l'autonomia negoziale delle singole amministrazioni aggiudicatrici – individuare, per garantire uniformità di trattamento sull'intero territorio nazionale, il tipo contrattuale da utilizzare per la regolamentazione dei rapporti di lavori, servizi e forniture. Nella specie, inoltre, tale uniformità, nella previsione della tipologia e dell'oggetto dei contratti, è funzionale ad assicurare il rispetto dei principi sottesi alla competenza legislativa esclusiva in materia di tutela della concorrenza.

Questo principio si estende anche ai contratti al di sotto della soglia di rilevanza comunitaria, per i quali, in relazione al profilo che viene in esame, non sussistono ragioni che possano giustificare una diversità di regolamentazione.

Per quanto attiene, invece, alla fase di esecuzione dei contratti, la Regione Veneto, sempre adducendo la violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera *e*, Cost., ritiene costituzionalmente illegittimo l'art. 130, comma 2, lettera *c*), nella parte in cui prevede l'affida-

mento dell'attività di direzione dei lavori a «soggetti scelti con le procedure previste dal presente Codice per l'affidamento degli incarichi di progettazione».

La questione non è fondata.

La direzione dei lavori si inserisce nella fase della esecuzione del rapporto contrattuale ed è finalizzata a verificare, tra l'altro, la conformità dei lavori al progetto e al contratto. In questo ambito, pertanto, viene in rilievo, per le ragioni già esposte, la materia dell'ordinamento civile, con conseguente legittimazione dello Stato a dettare la relativa disciplina anche di dettaglio.*(omissis)*

Per questi motivi la Corte costituzionale riuniti i giudizi,

1) *dichiara* l'illegittimità costituzionale dell'art. 5, comma 2, del 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*), limitatamente alle parole «province autonome»;

2) *dichiara* l'illegittimità costituzionale dell'art. 84, commi 2, 3, 8 e 9, del D.Lgs. n. 163 del 2006, anche nel testo modificato dal decreto legislativo 31 luglio 2007, n. 113 (*Ulteriori disposizioni correttive e integrative del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, a norma dell'articolo 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62*), nella parte in cui, per i contratti inerenti a settori di competenza regionale, non prevede che le norme in esso contenute abbiano carattere suppletivo e cedevole;

3) *dichiara* l'illegittimità costituzionale dell'art. 98, comma 2, del D.Lgs. n. 163 del 2006; *(omissis)*

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 19 novembre 2007»

Corte Costituzionale, sentenza 14 dicembre 2007 n. 431 (udienza pubblica del 23 ottobre 2007, decisione del 10 dicembre 2007, pubblicata nella *G.U.* del 19 dicembre 2007) – *Pres.* . Bile – *Red.* G. Tesauro – *Giud.* G.M. Flick.

« (...) *Considerato in diritto*

(omissis) 5. – Le questioni aventi ad oggetto gli artt. 35, 36, 37, 38, 39, 43, 44, 45, 46, 47 e 48 della legge della Regione Campania n. 12 del 2006, in riferimento all'art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione, sono fondate.

Questa Corte, di recente, ha affermato che, nel settore degli appalti pubblici, la disciplina delle procedure di gara e in particolare la regolamentazione della qualificazione e selezione dei concorrenti, delle procedure di affidamento e dei criteri di aggiudicazione mirano a garantire che le medesime si svolgano nel rispetto delle regole concorrenziali e dei principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libera prestazione dei servizi, della libertà di stabilimento, nonché dei principi costituzionali di trasparenza e parità di trattamento (sentenza n. 401 del 2007). Esse, in quanto volte a consentire la piena apertura del mercato nel settore degli appalti, sono dunque riconducibili all'ambito della tutela della concorrenza *ex art.* 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione, di esclusiva competenza del legislatore statale (sentenze n. 401 del 2007, n. 345 del 2004).

L'esclusività di siffatta competenza si esprime nella ammissibilità della formulazione, da parte del legislatore statale, di una disciplina integrale e dettagliata delle richiamate procedure e nell'inderogabilità delle relative disposizioni, le quali legittimamente incidono, nei

limiti della loro specificità e dei contenuti normativi che di esse sono propri, sulla totalità degli ambiti materiali entro i quali si applicano (sentenza n. 430 del 2007), senza che ciò determini una compressione irragionevole e sproporzionata di alcuna sfera di competenza regionale. Il carattere trasversale della tutela della concorrenza (sentenze n. 401 del 2007, n. 272 del 2004), infatti, implica che essa, avendo ad oggetto la disciplina del mercato di riferimento delle attività economiche, può influire anche su materie attribuite alla competenza legislativa, concorrente o residuale, delle Regioni (sentenza n. 430 del 2007).

Peraltro, detto carattere, al fine di evitare che siano vanificate le competenze delle Regioni, comporta anche che norme regionali riconducibili a queste competenze abbiano effetti proconcorrenziali. Ciò deve ritenersi ammissibile purché tali effetti, connessi alla specificità dei settori disciplinati, siano indiretti e marginali e non si pongano in contrasto con gli obiettivi posti dalle norme statali che tutelano e promuovono la concorrenza (sentenza n. 430 del 2007).

Le disposizioni regionali in esame – nell'ambito della legge regionale n. 12 del 2006, che ha ad oggetto la disciplina generale dell'ordinamento contabile dell'amministrazione regionale e della gestione delle risorse finanziarie necessarie – regolamentano l'attività del Consiglio regionale inerente all'affidamento di appalti di forniture e di servizi di importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario, di appalti di importo superiore qualora diversi da quelli menzionati dalle direttive comunitarie, di appalti di lavori pubblici di qualunque importo e la relativa attività contrattuale, nonché la stipulazione di contratti d'opera professionale.

In particolare, disciplinano, in termini generali, la fase dell'affidamento degli appalti, dettando le regole relative alle procedure di scelta del contraente (art. 35), ai criteri di aggiudicazione ed in specie all'identificazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 36), alla pubblicità dei bandi di gara (art. 37), alle cause di esclusione dalle gare (art. 38), all'asta pubblica (art. 43), alla licitazione privata (art. 44), all'appalto-concorso (art. 45), all'anomalia dell'offerta (art. 46), alla trattativa privata (artt. 47 e 48). In base ai criteri già individuati da questa Corte e sopra richiamati, è evidente che le norme sono tutte riconducibili alla materia «tutela della concorrenza», avendo ad oggetto direttamente e principalmente le procedure di gara, il cui scopo, come già affermato (sentenza n. 401 del 2007), è quello di consentire la piena apertura del mercato nel settore degli appalti: pertanto esse invadono la sfera di competenza esclusiva del legislatore statale, tra l'altro esercitata con il D.Lgs. n. 163 del 2006 (sentenza n. 401 del 2007), le cui disposizioni sono inderogabili. (*omissis*)

8.– Fondato sono, infine, le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 2, che sostituisce l'art. 12 della legge della Regione Abruzzo 20 dicembre 2000, n. 115, e dell'art. 7, comma 1, della legge della Regione Abruzzo n. 33 del 2006, sollevate in riferimento all'art. 117, secondo comma, della Costituzione.

Le disposizioni disciplinano il collaudo di lavori pubblici, che inerisce alla ricordata seconda fase in cui si articola l'attività contrattuale della pubblica amministrazione, la quale ha inizio con la stipulazione del contratto e comprende l'intera esecuzione del rapporto contrattuale, da questa Corte ricondotta alla materia dell'ordinamento civile, di esclusiva competenza del legislatore statale (sentenza n. 401 del 2007). In particolare, il collaudo costituisce un istituto tipico del contratto di appalto, come tale disciplinato dal codice civile (art. 1665 e segg.), il quale, pur caratterizzato da elementi di matrice pubblicistica, conserva prevalente natura privatistica e rientra, quindi, nell'ambito materiale dell'ordinamento civile.

D'altra parte, questa Corte ha già rilevato che, anche in riferimento al collaudo è ravvisabile una ulteriore funzione di garanzia della concorrenzialità nel mercato, funzione in

corrispondenza della quale si delinea l'ulteriore competenza esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza (sentenza n. 401 del 2007).

Per questi motivi la Corte costituzionale riuniti i giudizi, *(omissis)*

dichiara l'illegittimità costituzionale degli artt. 27, comma 3, 35, 36, 37, 38, 39, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57 e 58 del titolo III della legge della Regione Campania 20 giugno 2006, n. 12;

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 12 della legge della Regione Abruzzo 20 dicembre 2000, n. 115 (*Nuove norme per l'edilizia scolastica*), come sostituito dall'art. 2, comma 2, della legge della Regione Abruzzo 8 novembre 2006, n. 33 (*Modifiche e integrazioni di leggi regionali concernenti i lavori pubblici e l'edilizia residenziale pubblica*) e dell'art. 7, comma 1, della legge regionale n. 33 del 2006.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 10 dicembre 2007».

L'inammissibilità del regolamento preventivo di giurisdizione nei procedimenti cautelari

(Corte Suprema di Cassazione, Sezioni Unite Civili, ordinanza 20 giugno 2007, n. 14293)

La Corte di Cassazione nell'ordinanza 14293/07 è tornata sull'ammissibilità del regolamento preventivo di giurisdizione nei procedimenti cautelari, confermando l'orientamento affermatosi negli anni '90 che esclude l'ammissibilità del regolamento stesso.

La Corte di Cassazione, in considerazione della riforma relativa ai procedimenti cautelari avutasi con la legge 353/90, è intervenuta sul punto rilevando che contro i provvedimenti conclusivi di tali procedimenti non è ammesso ricorso per cassazione, neanche *ex art. 111 Cost.*, e di conseguenza "non può ammettersi che la questione di giurisdizione sia sottoposta per altra via alla cognizione della Corte di Cassazione".

Il ricorso per Cassazione *ex art. 111 Cost.* non è ammissibile per la provvisorietà e strumentalità di cui sono connotati i provvedimenti emessi nel procedimento cautelare; le medesime ragioni allora, devono valere per il regolamento preventivo, poiché in quest'ultimo caso la Corte di Cassazione esegue in anticipo lo stesso controllo che le è, in genere, devoluto *ex art. 111 Cost.*

L'ordinanza in esame, seppur sintetica, dà un quadro molto chiaro della questione argomentando la non ammissibilità anche su un altro aspetto relativo all'impugnabilità dei provvedimenti conclusivi dei procedimenti cautelari. Infatti, contro gli stessi è ammesso il ricorso a un giudice processualmente sovraordinato, che potrà conoscere della questione di giurisdizione; la parte interessata potrà quindi ottenere una pronuncia in tempi brevi anche sulla giurisdizione.

L'ordinanza conferma inoltre, che l'esito negativo del reclamo esclude la pendenza del giudizio di merito cui è condizionata la proposizione del regolamento. A tale riguardo va rimarcato che il regolamento preventivo di giurisdizione, mentre è proponibile con riguardo al giudizio di merito che sia già pendente e prima che in esso sia emessa una sentenza, anche soltanto sulla giurisdizione, invece non è proponibile, essendosi in presenza di una diversa fattispecie, allorquando il provvedimento sia reso in sede cautelare, pur se ai fini della sua pronuncia sia stata risolta, in senso affermativo o negativo, una questione attinente alla giurisdizione stessa (1). Inoltre, il provvedimento dato su istanza cautelare, sempre che sia esperito nell'ambito di un giudizio di merito, entro il quale il regolamento *ex art. 41 c.p.c.* si inserisce, non costituisce sentenza neppure quando ai fini della pronuncia

1) Cfr. Cass., Sez. Un., 2 luglio 2003 n. 10464; Cass., Sez. Un., 11 giugno 2001 n. 785; Cass., Sez. Un., 11 novembre 1998 11351; Cass., Sez. Un., 9 luglio 1997 n. 6228.

su detta istanza, abbia risolto, in senso positivo o negativo, una questione di giurisdizione (2).

Nel caso di specie la misura cautelare della sospensione degli effetti di un decreto ministeriale era stata negata dal Tribunale di Roma per difetto di giurisdizione del giudice ordinario e il reclamo *ex art. 669-terdecies c.p.c.* era stato respinto con ordinanza collegiale.

In realtà l'art. 669-terdecies (3) nella sua formulazione originaria del 1990 non consentiva l'impugnabilità delle ordinanze neganti la misura cautelare, ma la Corte Costituzionale con la sentenza n. 253 del 23 giugno 1994 ha dichiarato l'illegittimità dell'articolo 669-terdecies nella parte in cui non ammette il reclamo ivi previsto, anche avverso ordinanza con cui sia stata rigettata la domanda di provvedimento cautelare (4).

Il regolamento fino al 1990 era stato ritenuto ammissibile anche da parte della Corte Costituzionale per fornire alle parti uno strumento di tutela verso le decisioni dei giudici cautelari. Avendo previsto un'impugnativa *ad hoc* verso i provvedimenti di accoglimento o di rigetto della misura cautelare, tra l'altro con dei tempi molto brevi, non vi era più motivo di tenere in piedi sostanzialmente un doppione, visto che il reclamo *ex art. 669-terdecies* è proponibile anche per motivi di giurisdizione (5).

(2) Cfr. in tali sensi tra le altre: Cass., Sez. Un., 7 maggio 2003 n. 6954; Sez. Un., 24 aprile 2002 n. 6040.

(3) 669-terdecies. *Reclamo contro i provvedimenti cautelari*. Contro l'ordinanza con la quale è stato concesso o negato il provvedimento cautelare è ammesso reclamo nel termine perentorio di quindici giorni dalla pronuncia in udienza ovvero dalla comunicazione o dalla notificazione se anteriore. Il reclamo [contro i provvedimenti del pretore si propone al tribunale, quello] contro i provvedimenti del giudice singolo del tribunale si propone al collegio, del quale non può far parte il giudice che ha emanato il provvedimento reclamato. Quando il provvedimento cautelare è stato emesso dalla Corte d'appello, il reclamo si propone ad altra sezione della stessa Corte o, in mancanza, alla Corte d'appello più vicina. Il procedimento è disciplinato dagli articoli 737 e 738. Le circostanze e i motivi sopravvenuti al momento della proposizione del reclamo debbono essere proposti, nel rispetto del principio del contraddittorio, nel relativo procedimento. Il tribunale può sempre assumere informazioni e acquisire nuovi documenti. Non è consentita la rimessione al primo giudice.

Il collegio, convocate le parti, pronuncia, non oltre venti giorni dal deposito del ricorso, ordinanza non impugnabile [c.p.c. 134, 177] con la quale conferma, modifica o revoca il provvedimento cautelare.

Il reclamo non sospende l'esecuzione del provvedimento; tuttavia il presidente del tribunale o della Corte investiti del reclamo, quando per motivi sopravvenuti il provvedimento arrechi grave danno, può disporre con ordinanza non impugnabile la sospensione dell'esecuzione o subordinarla alla prestazione di congrua cauzione [c.p.c. 119; disp. att. c.p.c. 86].

(4) La Corte Costituzionale ha motivato la sua decisione in ragione di una ingiustificata disparità di trattamento ed una limitazione del diritto di difesa della parte ricorrente rimasta soccombente, rispetto alla parte resistente, alla quale è invece consentita la facoltà di reclamo.

(5) La Corte di Cassazione nella sentenza 2465/1996 ha espressamente affermato: "Non vi è più, quindi, alcuna ragione per continuare a ritenere ammissibile il ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione al fine di compensare gli abusi che si verificano sotto il vigore della disciplina anteriore nella materia dei provvedimenti speciali."

La Corte di Cassazione ha mantenuto costantemente questo orientamento dal 1996 ad oggi con numerose pronunce (6) che sostanzialmente ripercorrono il contenuto dell'ordinanza in esame.

Tuttavia sembra utile accennare alle motivazioni che fino agli anni '90 hanno consentito la proposizione del regolamento preventivo di giurisdizione anche nei procedimenti cautelari. Il problema principale da superare era la mancanza di natura giurisdizionale dei procedimenti cautelari, motivo per cui all'epoca dell'entrata in vigore del codice di procedura civile veniva negata l'ammissibilità del regolamento in mancanza del presupposto necessario della giurisdizionalità (7). In seguito però, la Cassazione cambiò orientamento affermando che si poteva proporre il regolamento preventivo in considerazione del fatto che i procedimenti cautelari, anche se instaurati in funzione strumentale rispetto al giudizio di merito, assicurano una tutela giurisdizionale, anche se preventiva di un interesse protetto da una determinata norma giuridica (8).

La legge 353/1990, come abbiamo già affermato, ha introdotto una serie di norme, in particolare dall'art. 669-*bis* all'art. 669-*quaterdecies* del c.p.c., razionalizzando la disciplina relativa ai procedimenti cautelari che fino a quel momento aveva creato non pochi problemi a dottrina e giurisprudenza.

Per le ragioni sopra esposte la giurisprudenza ha accolto l'orientamento tutt'oggi condiviso, ridimensionando notevolmente l'ambito d'operatività del regolamento preventivo di giurisdizione.

Dott. Giuseppe Stuppia ^(*)

Corte Suprema di Cassazione, sezioni unite civili, ordinanza 20 giugno 2007 n. 14293

– *Primo Pres. ff.* G. Prestipino – *Rel.* P. Picone – Ricorso proposto da B.F., D.B.P., D.M., G.A., M.A. e R.M. (Avv. F. Tallarico) c/ Ministero dell'Interno (ct. 45352/04 Avv. dello Stato S. Sabelli) e c/ A.E. + 91 (Avv. A. Albanese), Agenzia per la rappresentanza nazionale delle pubbliche amministrazioni – ARAN, SINALCO W.F. C.I.S.L.;U.I.L. Coord. Naz. vv.F., A.G., ed altri.

«(...) *Ritenuto in fatto.* Con il ricorso notificato il 12 dicembre 2005, B.F. e gli altri soggetti sopra indicati, dipendenti del Ministero dell'Interno – Dipartimento vigili del fuoco, soccorso pubblico e difesa civile – domandano che sia regolata preventivamente la giurisdizio-

(6) cfr. Cass., Sez. Un., 18 dicembre 1998, n.12705; Cass.,Sez.Un., 7 maggio 1996, n.4220; Cass., Sez.Un., 9 luglio 1997, n.6228; Cass., Sez.Un., 8 luglio 1996 n.6221, Cass., Sez.Un., 13 giugno 1996, n.5442; Cass., Sez.Un., 7 maggio 1996, n.4220; Cass., Sez.Un., 13 giugno 1996, n.5442; Cass., Sez.Un., 22 marzo 1996, n.2465; Cass., Sez.Un., 29 settembre 1995, n.10163.

(7) Cfr. Cass., sentenza n.2663 del 1950.

(8) Cfr. Cass., sentenze nn. 1914 del 1960; 1355 del 1963; 379 del 1965.

^(*) Dottore in Giurisprudenza, ammesso alla pratica forense presso l'Avvocatura dello Stato.

ne in ordine al giudizio instaurato con ricorso al Giudice ordinario ai sensi dell'art. 700 c.p.c..

Riferiscono che la misura cautelare della sospensione degli effetti del decreto ministeriale di inquadramento, conseguente all'esito di concorso interno per la progressione nella posizione C/3, era stata negata dal Tribunale di Roma per difetto di giurisdizione del Giudice ordinario e il reclamo *ex art. 669 terdecies* c.p.c., era stato respinto con ordinanza collegiale del 23 dicembre 2004, n. 37193.

Resiste con controricorso il Ministero dell'Interno.

Motivi della decisione. Il ricorso per regolamento preventivo della giurisdizione va dichiarato inammissibile, in accoglimento delle conclusioni del Pubblico Ministero. Secondo la consolidata giurisprudenza delle Sezioni unite, il regolamento preventivo di giurisdizione non è ammissibile in riferimento ai procedimenti cautelari, poiché, non essendo consentito, neanche *ex art. 111 Cost.*, il ricorso per Cassazione contro i provvedimenti conclusivi dei relativi procedimenti, non può ammettersi che la questione di giurisdizione sia sottoposta per altra via alla cognizione della Corte di Cassazione. D'altra parte, alla luce della nuova disciplina dei procedimenti cautelari introdotta con la legge n. 353 del 1990, contro i provvedimenti di natura provvisoria e strumentale emessi a conclusione degli stessi, sia in caso di concessione della misura cautelare, sia in caso di rigetto del ricorso (a seguito della dichiarazione di parziale illegittimità costituzionale dell'art. 669 *terdecies* c.p.c., di cui alla sentenza della Corte costituzionale n. 253/1994), è ammesso il reclamo a un giudice processualmente sovraordinato, cioè un mezzo di impugnazione con cui la parte interessata può ottenere in tempi brevi anche il riesame della questione di giurisdizione. L'esito negativo del reclamo, poi, esclude in ogni caso la pendenza del giudizio di merito cui è condizionata la proposizione del regolamento (Cass., S.U., 8 marzo 2006, n. 4914; 18 ottobre 2005, n. 20128; 31 marzo 2005, n. 6747; 15 marzo 2002, n. 3878; 18 dicembre 1998, n. 12705).

Considerate la vicenda processuale e la mancata prospettazione della questione di ammissibilità del regolamento da parte dell'amministrazione resistente, la Corte ritiene di compensare le spese del giudizio di cassazione per giusti motivi. Nulla da provvedere sulle spese in relazione alle parti che non hanno svolto attività di resistenza.

P.Q.M. La Corte, a Sezioni unite, dichiara inammissibile il ricorso per regolamento preventivo della giurisdizione e compensa le spese tra ricorrenti e amministrazione resistente.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, il 22 maggio 2007 (...).

Ancora “organi dello Stato con personalità giuridica”?

(Corte Suprema di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 8 febbraio 2008 n. 3004)

Premessa

La controversia definita dalla Corte di Cassazione con la sentenza 8 febbraio 2008, n. 3004, solleva questioni di grande interesse scientifico in quanto affronta, anche se in modo assai criticabile, la mai pacificata problematica degli organi dotati di personalità giuridica.

Si tratta di figure soggettive di difficile inquadramento dogmatico, in ordine alla cui ammissibilità, sia in dottrina che in giurisprudenza, nonostante vari positivi pronunciamenti ad opera delle corti superiori e le opinioni favorevoli di importanti autori (1), alcuni continuano a dubitare (2). Ne costituisce dimostrazione proprio la sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 9 marzo 2005, n. 967, sulla cui impugnazione, ovviamente per motivi di giurisdizione, si è pronunciata la Corte di Cassazione con la sentenza riportata in epigrafe.

Nel corso della presente trattazione, all'analisi approfondita del prospettato caso concreto, farà seguito una riflessione sul significato giuridico che deve attualmente riconoscersi alla nozione di organo con personalità giuridica dello Stato.

(1) Ammettono la personalità giuridica dell'organo, tra gli altri: M. S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, p. 145 ss.; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1954, p. 138; C. CARBONE, *Persone giuridiche – organi ed organi dotati di personalità giuridica*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1956, 249 ss.; A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1989, p. 216; G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991, p. 205; S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 1995, p. 169; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2005, p. 226; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2008, p. 125.

(2) In dottrina, per la verità, gli autori contrari alla possibilità di configurare organi con personalità giuridica si rinvengono con notevole difficoltà. L'autorevolezza che caratterizza alcuni di essi, tuttavia, impedisce di trascurarne l'opinione: è il caso di G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2003, p. 13, il quale afferma che «L'organo è per definizione privo di soggettività giuridica». Tra gli autori dello scorso secolo, non ammettono la personalità giuridica degli organi, ma soltanto una limitata soggettività esplicantesi nell'ambito dei rapporti interorganici, C. ESPOSITO, *Organo ufficio e soggettività dell'ufficio*, in *Annali dell'Univ. di Camerino*, 1932, p. 77 s. e R. ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milano, 1953. Afferma invece la soggettività esterna degli organi statali, ma non ne ammette ancora la personalità giuridica, G. TREVES, *Organo e soggettività dell'organo*, in *Giur. cost.*, 1970, p. 1444, il quale definisce l'unico esempio (allora) sufficientemente suffragato dal diritto positivo di organo con personalità giuridica, quello dell'Azienda di Stato per le foreste demaniali, come una svista del legislatore.

La questione di merito

La vicenda di cui ci si occupa vedeva contrapposti l'Agenzia per le erogazioni in agricoltura (di seguito AGEA) e la Società M. T. s.r.l., avendo quest'ultima impugnato davanti al T.A.R. del Lazio il provvedimento con cui la prima aveva disposto il fermo amministrativo di tutte le somme dovute e debende alla stessa società, fino alla concorrenza di circa ventinove milioni di euro.

Il fermo amministrativo era stato adottato sulla base dell'art. 69, comma 6, r.d. n. 2440 del 1923 (legge di contabilità dello Stato), ai sensi del quale «Qualora un'amministrazione dello Stato che abbia, a qualsiasi titolo ragione di credito verso aventi diritto a somme dovute da altre amministrazioni, richieda la sospensione del pagamento, questa deve essere eseguita in attesa del provvedimento definitivo». Veniva contestato, nello specifico, che l'AGEA potesse ritenersi destinataria della norma appena enunciata, e dunque che fosse legittimata ad avvalersi del potere di fermo. Segnatamente, poiché la norma conferisce tale potere alle *amministrazioni dello Stato*, la soluzione della controversia veniva a dipendere dalla possibilità di configurare l'AGEA alla stregua di un'articolazione dell'apparato burocratico statale, organicamente inserita all'interno di quest'ultimo.

Il giudice di primo grado, accogliendo il ricorso, ha dato risposta negativa a tale quesito, giudicando che la natura di amministrazione statale dell'AGEA dovesse essere esclusa in ragione dell'attribuzione a quest'ultima dello *status* di ente pubblico autonomo, dotato di distinta personalità giuridica (3). Tale ultimo attributo, infatti, è stato considerato idoneo, di per sé solo, ad impedire che l'AGEA, al contrario dell'originaria azienda autonoma (l'AIMA) dalla cui trasformazione è derivata, potesse vestire i panni di organo dell'amministrazione dello Stato.

Adito in appello dalla difesa erariale, il Consiglio di Stato ha confermato, tanto nella conclusione che nelle motivazioni, la decisione del T.A.R.

Il ragionamento, per la verità fin troppo essenziale, sviluppato dal giudice amministrativo di secondo grado, muove dalla premessa per cui «mai vi è stata contestazione sulla possibilità di utilizzo del fermo amministrativo da parte dell'AIMA, essendo quest'ultima una azienda autonoma qualificabile come amministrazione dello Stato». L'AGEA, invece, «*in quanto soggetto avente propria personalità giuridica ed autonomia contabile e finanziaria*», presenta una natura giuridica che la rende incompatibile con la qualifica di amministrazione statale, sicché non può ritenersi titolare del potere previsto dal citato art. 69 (4).

(3) L'AGEA è stata istituita ad opera del D.Lgs. 27 maggio 1999, n. 165, attuativo dell'art. 11 della legge 15 marzo 1997, n. 59. L'attribuzione in suo favore della personalità giuridica è implicita nell'affermazione secondo cui l'AGEA costituisce un «ente di diritto pubblico» (art. 2, co. 1), giacché in diritto amministrativo le espressioni *ente pubblico* e *persona giuridica pubblica* hanno valore sinonimico.

(4) Al riconoscimento in capo all'AGEA della facoltà di avvalersi del fermo amministrativo non può giungersi, secondo il giudice, neppure in via d'interpretazione analogica o

All'Avvocatura dello Stato che, portando fra gli altri (5) l'esempio delle Università, riferiva dell'esistenza all'interno del nostro ordinamento della categoria degli organi con personalità giuridica, il Consiglio di Stato ha risposto semplicemente che «la posizione dell'AGEA non può essere assimilata a quella delle Università statali, in quanto queste sono inserite nell'organizzazione dello Stato e sono state riconosciute rientranti nel novero delle amministrazioni dello Stato».

Si coglie immediatamente il sapore tautologico di quest'ultima affermazione: cosa prova il fatto che le Università siano state riconosciute, nonostante la personalità giuridica, come facenti parte dell'amministrazione dello Stato, se non che è possibile (il che è esattamente quanto sostenuto dall'appellante) cumulare su una stessa figura soggettiva entrambi i requisiti della distinta personalità e della organicità rispetto all'apparato burocratico statale? E perché, se è così, la posizione dell'AGEA non sarebbe assimilabile a quella delle Università?

Almeno fino al recente *revirement* (6), invero, la giurisprudenza costante della Corte di Cassazione, nel riconoscere che le Università statali costituiscono organi con personalità giuridica dello Stato, si è basata su elementi che di tale natura potrebbero dirsi "sintomatici". Sono stati valorizzati, in questo senso, i dati dell'inquadramento del personale, anche docente, tra gli impiegati dello Stato; del finanziamento pubblico prevalente; del perseguimento di finalità proprie dello Stato (7).

L'esistenza di un simile orientamento giurisprudenziale spiega perché la difesa erariale abbia prospettato come avente un'importanza decisiva, ai fini

estensiva, perché, come anche la Cassazione ha sempre affermato (v., ad esempio, Cass., sez. un., 4 novembre 2002, n. 15382), avendo l'istituto del fermo amministrativo carattere eccezionale, la norma che lo disciplina deve essere interpretata restrittivamente. L'eccezionalità del fermo dipende dalla circostanza che esso è suscettibile di determinare un significativo affievolimento dei diritti di credito dei privati ad opera della stessa amministrazione che è parte del rapporto. È evidente, infatti, che ciò dà luogo ad una consistente deroga alle ordinarie regole che governano i rapporti di debito-credito, anche quando ne sia parte una pubblica amministrazione.

(5) Altri esempi vengono individuati negli istituti di Istruzione superiore (Cass., 7 novembre 2000, n. 14484; 17 gennaio 1996, n. 341), nel "Fondo edifici di Culto" (Cons. Stato, sez. III, parere 7 marzo 1989, n. 265), nella Banca d'Italia quando esercita il servizio di Tesoreria provinciale dello Stato (Cons. Stato, sez. III, parere 3 febbraio 1987, n. 152), nel Comune, relativamente alle funzioni esercitate dal Sindaco in qualità di ufficiale di Governo (Cass., 14 luglio 2004, n. 13077).

(6) Intervenuto ad opera delle Sezioni Unite della Cassazione, con la sentenza 10 maggio 2006, n. 10700. Gli argomenti utilizzati dalla Corte, tuttavia, in quanto si limitano a contestare la ricorrenza in concreto dei requisiti (riportati nel testo) sulla base dei quali la giurisprudenza precedente aveva affermato la natura di organi dello Stato delle Università, in realtà non fa altro che confermare la validità in astratto del ragionamento che la stessa giurisprudenza aveva costantemente seguito.

(7) V. in particolare, Cass., sez. un., 2 marzo 1994, n. 2061, confermata da Cass. 10 settembre 1997, n. 8877 e 27 novembre 1999, n. 13292.

della risoluzione della controversia, l'analisi delle caratteristiche strutturali e funzionali dell'AGEA. Un dettagliato esame delle disposizioni che la disciplinano, in effetti, evidenzia la presenza di numerosi elementi indicativi dell'esistenza di una relazione non meramente "esogena" tra l'agenzia e l'amministrazione statale: così, ad esempio, ai sensi dell'art. 3, co. 1, D.Lgs. n. 165/1999, l'AGEA agisce come *unico rappresentante dello Stato italiano* nei confronti della Commissione europea per tutte le questioni relative al FEOGA (8); essa costituisce, altresì, ai sensi del successivo co. 4, «*l'organismo pagatore dello Stato italiano* per l'erogazione di aiuti, contributi e premi comunitari previsti dalla normativa dell'Unione europea e finanziati dal FEOGA». Ancora, nel definirne le attribuzioni, l'art. 5 stabilisce che l'Agenzia deve svolgere compiti di esecuzione di varie misure disposte dall'Unione europea, *nel rispetto degli indirizzi impartiti dal Ministro per le politiche agricole*, nonché *gli altri compiti, di rilievo nazionale*, già attribuiti all'AIMA da specifiche leggi nazionali o da regolamenti comunitari. Da ultimo, è significativo anche il dato per cui, tra le entrate dell'Agenzia, l'art. 7 annovera in primo luogo *le assegnazioni a carico dello Stato determinate con la legge finanziaria* (lett. a).

Da tutto ciò, ad avviso dell'appellante, si ricava che l'AGEA, se non altro quando agisce nell'esercizio di funzioni di stretta pertinenza statale, costituisce organo dell'amministrazione dello Stato (9).

La confutazione di questa tesi avrebbe senz'altro meritato qualche motivazione in più rispetto alle apodittiche affermazioni (in precedenza riportate) con cui è stata, invece, letteralmente liquidata dal Consiglio di Stato. Non è da escludersi, invero, che un'analisi meno sommaria della vicenda avrebbe potuto indurre l'organo giudicante a conferirle esiti differenti.

La superficialità dell'atteggiamento in tale circostanza esibito dal giudice amministrativo, peraltro, si evince chiaramente anche dal fatto che questi ha del tutto trascurato come già la soppressa AIMA, della quale ha espressamente riconosciuto la riconducibilità all'amministrazione statale, fosse dotata, in virtù dell'art. 2 della legge istitutiva 13 maggio 1966, n. 303, di propria personalità giuridica. Questo dato fa sì, evidentemente, che traspaia con nettezza ancora maggiore l'erroneità di attribuire al requisito della personalità giuridica portata dirimente ai fini della identificazione dell'esatta natura di un ente quale l'AGEA. L'intima contraddizione nella quale inconsapevolmente incappa il Consiglio di Stato si presta ad essere in tal modo stilizzata: l'AIMA, soggetto dotato di personalità giuridica, fa parte dell'amministra-

(8) Fondo europeo agricolo di orientamento e di garanzia, istituito ai sensi dello stesso regolamento n. 729/70.

(9) Già secondo l'insegnamento di G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 138, «talora la personalità comprende soltanto alcuni aspetti della vita dell'istituto, cioè quelli relativi ai rapporti patrimoniali e privati, mentre sotto ogni altro punto di vista l'istituto continua a far parte dell'amministrazione dello Stato: così è avvenuto per le università degli studi, in seguito alla legge che ha loro concesso la personalità giuridica».

zione dello Stato; l'AGEA, in quanto dotata di personalità giuridica, non può invece farne parte.

È evidente l'aporia insita nel fatto che lo stesso requisito, la personalità giuridica, nell'un caso viene ritenuto compatibile con la qualifica di amministrazione statale, nell'altro viene ritenuto ostativo all'assunzione della qualifica stessa ad opera di una determinata figura soggettiva.

La questione di giurisdizione

Ciò detto, è opportuno passare ad analizzare un ulteriore aspetto, particolarmente criticabile, della sentenza emessa dal Consiglio di Stato nei confronti dell'AGEA.

Una volta stabilito, a torto o a ragione, che l'Agenzia in questione non fosse da ascrivere al novero delle amministrazioni statali, e che pertanto non era legittimata a disporre il fermo amministrativo, il giudice avrebbe almeno dovuto trarne le necessarie conseguenze sul piano del regime di invalidità proprio del provvedimento impugnato. Egli avrebbe dovuto prendere atto che esso era affetto da carenza di potere, con il risultato che competente a conoscere della relativa controversia non era il giudice amministrativo, bensì quello ordinario. Come è noto, infatti, poiché la carenza di potere, al contrario dell'incompetenza, determina la nullità originaria del provvedimento amministrativo, viene a mancare il presupposto oggettivo per potersi predicare la titolarità di un interesse legittimo in capo a chi dal provvedimento si ritenga lesa (10).

Le espressioni con cui il Consiglio di Stato ha sottolineato il difetto assoluto di attribuzione dell'AGEA relativamente al potere di fermo disciplinato dall'art. 69, r.d. n. 2440/1923, sono inequivocabili; si legge nella sentenza, infatti, che l'AGEA «non può essere ritenuta titolare del potere previsto dal citato art. 69», nonché che «la diversa natura giuridica conferita al nuovo ente rende incompatibile l'attribuzione all'A.G.E.A. di un potere che l'ordinamento riserva alle sole amministrazioni dello Stato».

Eppure da queste premesse il giudice amministrativo non ha fatto discendere alcuna pronuncia dichiarativa del suo difetto di giurisdizione.

A fronte di una tanto palese contraddittorietà della sentenza pronunciata dal Consiglio di Stato, l'Avvocatura ha ritenuto di dover proporre ricorso in

(10) Questa regola, già ampiamente consolidata per via giurisprudenziale, è stata formalizzata a livello legislativo per effetto dell'art. 21-*septies*, legge 7 agosto 1990, n. 241, ai sensi del quale «1. È nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da *difetto assoluto di attribuzione*, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge. 2. Le questioni inerenti alla nullità dei provvedimenti amministrativi in violazione o elusione del giudicato sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo». Il fatto che siano state attribuite alla giurisdizione del giudice amministrativo soltanto le fattispecie di nullità per violazione o elusione del giudicato sta a significare che in tutte le altre ipotesi elencate al primo comma, e qui rileva in particolare il «*difetto assoluto di attribuzione*», la giurisdizione appartiene al giudice ordinario.

Cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione. L'impugnazione era finalizzata a fare alternativamente accertare: 1) nel presupposto che il Consiglio di Stato l'avesse implicitamente declinata, la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo; 2) in subordine, ritenuto mancante quel presupposto, il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo (11).

La difesa erariale ha riproposto, a sostegno del primo motivo, le già evidenziate ragioni per cui deve ritenersi che l'AGEA sia da considerarsi organo dello Stato. Ad esse viene aggiunto l'argomento, risolutivo una volta per tutte del problema della legittimazione dell'AGEA ad usufruire del fermo amministrativo (12), per cui all'art. 69 della legge di contabilità dello Stato è stato aggiunto (13) un settimo comma, ai sensi del quale «Tra le amministrazioni dello Stato devono intendersi le Agenzie da esso istituite, anche quando dotate di personalità giuridica. Alle predette amministrazioni devono intendersi equiparate l'Agenzia del demanio e l'Agenzia per le erogazioni in agricoltura, in considerazione sia della natura delle funzioni svolte, di rilevanza statale e riferibili direttamente allo Stato, sia della qualità, relativamente all'Agenzia per le erogazioni in agricoltura, di rappresentante dello Stato italiano nei confronti della Commissione europea (...)». Come si vede, il Legislatore utilizza l'espressione "devono intendersi", la quale è significativa del carattere di interpretazione autentica della norma appena riportata, con la conseguenza che essa rileva come *ius superveniens* anche nei giudizi pendenti.

Tutto ciò non è bastato ad ottenere ragione dalla Corte di Cassazione.

Le Sezioni Unite, infatti, hanno deciso per l'inammissibilità del ricorso, sviluppando un *iter* argomentativo il cui nucleo concettuale si sostanzia nella seguente affermazione: «*La decisione impugnata (...) si esaurisce nella qualificazione giuridica di un ente pubblico, che non costituisce questione attinente la giurisdizione sindacabile in questa sede*».

Le motivazioni che preludono a una tale conclusione chiamano in causa la nota distinzione tra limiti esterni e limiti interni della giurisdizione del giudice amministrativo. Il superamento dei primi, senz'altro censurabile ad opera della Corte di Cassazione, ricorre quando il Consiglio di Stato abbia

(11) I due motivi proposti, pur antitetici tra loro, corrispondevano entrambi, nondimeno, all'interesse dell'AGEA: il primo in quanto la Corte, per affermare la giurisdizione del G.A., avrebbe dovuto necessariamente prendere posizione in ordine alla natura giuridica dell'Agenzia, eventualmente riconoscendola titolare del potere di fermo; il secondo in quanto, avendo il Consiglio di Stato condannato l'AGEA al pagamento delle spese di lite, tale statuizione sarebbe venuta meno una volta accertato che il G.A. non era investito della giurisdizione sulla relativa controversia.

(12) Ma l'importanza di stabilire se l'AGEA costituisca organo dello Stato rimane ferma in ragione delle numerose conseguenze giuridiche ulteriori (su cui vedi oltre nel testo) connesse a tale qualifica.

(13) Ad opera dell'art. 3, comma 5-*decies*, d.l. n. 182/2005 convertito nella legge n. 231/2005.

giudicato su una materia appartenente alla giurisdizione ordinaria o ad altra giurisdizione speciale, oppure quando abbia negato la propria giurisdizione nel convincimento erroneo che essa spettasse ad altro giudice, o ancora quando, al di fuori dei casi tassativamente previsti dalla legge, abbia esercitato un sindacato di merito in luogo di un sindacato di legittimità. Il superamento dei limiti interni, invece, poiché coincide con la commissione di *errores in iudicando* o *in procedendo*, non è sindacabile ad opera della Suprema Corte: esso attiene, infatti, al modo in cui è stata esercitata la giurisdizione, e non direttamente all'essenza di quest'ultima.

Sulla base di queste premesse, la questione concernente la natura giuridica dell'AGEA viene inquadrata nell'ambito dei limiti interni della giurisdizione, con il risultato che eventuali errori di valutazione compiuti dal Consiglio di Stato vengono ritenuti insuscettibili di emendamento per cassazione.

Ma è mai condivisibile una simile ricostruzione?

Non convince, invero, il tentativo di ridurre tutta la problematica connessa alla natura giuridica dell'AGEA ad una questione meramente interna alla giurisdizione del giudice amministrativo, mentre si dà per scontato che quest'ultima sussista.

In realtà, lo stabilire se l'AGEA abbia o meno la natura di amministrazione statale è preliminare all'individuazione della giurisdizione, in quanto, solo se risulta che essa ha esercitato un potere che l'ordinamento effettivamente le conferisce, può esistere una contrapposta situazione di interesse legittimo in capo al privato.

In altri termini, la natura della situazione soggettiva del privato (su cui si basa, come noto, il riparto di giurisdizione) potrà essere identificata soltanto in via consequenziale rispetto all'accertamento, positivo o negativo, per cui l'AGEA ha esercitato un potere autoritativo di sua spettanza; il che a sua volta dovrà essere stabilito, come si è visto, appurandosi se l'AGEA rientri o meno tra le amministrazioni dello Stato.

Si capisce, in questo modo, perché l'indagine sulla natura giuridica dell'AGEA venga ad assumere il valore di antecedente logico necessario rispetto all'individuazione del giudice competente a conoscere della controversia avente ad oggetto il provvedimento di fermo.

Occorre osservare, del resto, che sempre la decisione sulla giurisdizione, la quale richiede di discriminare tra situazioni d'interesse legittimo e di diritto soggettivo, viene a dipendere dalla qualificazione giuridica di una determinata fattispecie. Sia essa rappresentata da un atto giuridico, ovvero, come nel caso in esame, dalla natura giuridica di un ente, non ha molta rilevanza. Quel che più conta è la struttura, che resta invariata, del ragionamento. Così, alla decisione per cui un atto ha natura di provvedimento, seguirà di regola la qualificazione della contrapposta situazione soggettiva del privato in termini di interesse legittimo, il che in ultima analisi radicherà la giurisdizione in capo al G.A.; analogamente, se la decisione per cui un ente è qualificabile in un certo modo comporta il riconoscimento che esso è effettivamente titolare del potere che ha esercitato, si avrà che il provvedimento dallo stesso emanato non potrà essere nullo (sempre che non ricorrano vizi di nullità

diversi dalla carenza di potere), ma tutt'al più annullabile, il che produrrà, a sua volta, la conseguenza per cui la situazione del privato avrà in linea di principio natura d'interesse legittimo.

Come si può vedere, in entrambi i casi descritti, il punto di partenza del ragionamento è rappresentato dallo "sforzo" qualificatorio che si appunta su una data fattispecie; a questo segue una serie logica, che può essere più o meno ampia, di conseguenze giuridiche, il cui approdo definitivo coincide comunque con l'individuazione della esatta conformazione della situazione soggettiva azionata in giudizio.

Da quanto detto, discende che le questioni logicamente pregiudiziali rispetto alla decisione sulla natura della situazione soggettiva di cui s'invo-ca la tutela debbono poter essere sindacate dalla Corte di Cassazione nella sua veste di giudice regolatore della giurisdizione. Ciò equivale a dire, nel "gergo" utilizzato dalla Corte, che tali questioni non attengono ai limiti interni della giurisdizione, bensì ai limiti esterni della stessa.

Bisogna concludere, su queste basi, nel senso che le Sezioni Unite si sono sottratte, nel caso qui esaminato, all'adempimento della loro funzione. E ciò tanto più dispiace se si considera che esse hanno mancato l'occasione per pronunciarsi, con l'autorevolezza ch'è a loro connaturata, su una problematica che continua a mostrarsi decisamente perplessa.

Rilevanza pratica e teorica della nozione di organo con personalità giuridica

L'analisi del caso giurisprudenziale fin qui svolta, oltre a presentare in sé, come si è cercato di dimostrare, diversi motivi d'interesse, fornisce l'occasione per lo svolgimento di più ampie riflessioni.

Essa conferma l'attualità di una problematica, quella dell'organo con personalità giuridica, che sembrava ormai da archiviare, e pone in evidenza l'opportunità di indagare, al di là di quanto detto sino a questo momento, su quale sia l'attuale significato giuridico della nozione (14).

Lo stabilire se una data figura soggettiva debba considerarsi parte di un complesso organizzativo più esteso venendo ad assumere la qualità di organo di quest'ultimo è questione assai feconda di conseguenze giuridiche. Per quanto specificamente riguarda lo Stato, la rilevanza della natura di organo, oltre che in relazione al potere di fermo amministrativo, si manifesta (15): 1) nell'applicazione dell'art. 1, e non dell'art. 43, del r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611 (16); 2) nell'applicazione dell'art. 11 dello stesso regio decreto, per

(14) Sul precedente numero di questa stessa *Rassegna* è apparso, a cura di A. PALATIELLO, *Le Agenzie fiscali: natura e patrocinio*, un ampio approfondimento del tema qui affrontato, con produzione di materiale documentale. Nel rinviare ad esso per ulteriori informazioni e riflessioni, si sottolinea che lo scopo del presente lavoro vuol essere quello di contribuire ad ampliare il dibattito aggiungendovi le opinioni *personali* di chi scrive.

(15) Si precisa che il successivo elenco non ha alcuna pretesa di esaustività.

(16) Ciò significa che il patrocinio in giudizio ad opera dell'Avvocatura dello Stato è obbligatorio.

quanto concerne le notifiche (17); 3) attraverso una disciplina particolare dettata in materia di calcolo della base imponibile dell'imposta di registro, ai sensi dell'art. 45, d.P.R. 26 aprile 1986, n. 131 (18); 4) attraverso l'esenzione dal pagamento dell'IRES, ai sensi dell'art. 74, d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (T.U.I.R.) (19); 5) attraverso la necessità, per la costituzione di parte civile nel processo penale, dell'autorizzazione del Presidente del Consiglio, sì come prescritto dall'art. 1, legge 3 gennaio 1991, n. 3; 6) nella circostanza che eventuali conflitti con altri organi dello Stato vengono risolti dal Governo, a norma dell'art. 1, n. 8, r.d. 14 novembre 1901, n. 466; 7) nella legittimazione al conflitto di attribuzioni con altri poteri dello Stato davanti alla Corte costituzionale (20); 8) nel fatto che la responsabilità patrimoniale dell'organo non è contenuta nel limite delle dotazioni che ha in assegnazione, ragion per cui, quando queste non sono sufficienti, deve provvedere il tesoro dello Stato (21).

Se tale è la rilevanza pratica della nozione in esame, occorre, sul piano teorico, elaborarne criteri definitori sufficientemente univoci e precisi, in modo da consentire all'interprete un approccio che sia quanto meno è possibile empirico e casistico alla problematica.

(17) Le quali si effettuano all'amministrazione direttamente presso l'ufficio dell'Avvocatura dello Stato territorialmente competente in relazione al giudice dinanzi al quale pende la controversia.

(18) La norma in questione stabilisce che «Per gli atti concernenti le concessioni di cui all'art. 5 della parte I della tariffa, nonché per gli atti portanti trasferimento di beni immobili o diritti reali immobiliari da o ad *Amministrazioni dello Stato, compresi gli organi dotati di personalità giuridica*, con valore determinato dall'ufficio tecnico erariale in base a disposizioni di legge, la base imponibile è costituita rispettivamente dall'ammontare del canone ovvero da quello del corrispettivo pattuito».

(19) Questa disposizione prevede al comma 1 che «*Gli organi e le amministrazioni dello Stato, compresi quelli ad ordinamento autonomo, anche se dotati di personalità giuridica*, i comuni, i consorzi tra enti locali, le associazioni e gli enti gestori di demanio collettivo, le comunità montane, le province e le regioni non sono soggetti all'imposta».

(20) V., a questo proposito, la sentenza 11 febbraio 2005, n. 72 (pubblicata per estratto sul precedente numero di questa *Rassegna*) con cui la Corte costituzionale ha ritenuto ammissibile il conflitto costituzionale di attribuzione in relazione ad atti dell'Agenzia delle entrate (ente con propria personalità giuridica di diritto pubblico, dotata di autonomia regolamentare, amministrativa, contabile e finanziaria), «sul presupposto della sostanziale riconducibilità di tale ente, ai fini del conflitto, nell'ambito dell'amministrazione dello Stato». Nello stesso senso, v. le sentenze della Corte costituzionale n. 288 del 2004, n. 73 del 2005 e n. 334 del 2006.

(21) Ciò, osserva M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1993, p. 161, «si esprime brevemente col dire che l'assegnazione patrimoniale dell'organo, nei rapporti intersoggettivi esterni, ha rilevanza contabile e non rilevanza civile».

Nel senso che lo Stato non può sottrarsi alla ordinaria responsabilità civile conseguente all'operato delle agenzie-organi neppure quando a queste sia attribuita distinta personalità giuridica, v. «*Relazione al Comitato Consultivo*» dell'Avvocatura dello Stato (settembre 2000), all'interno di *Agenzie fiscali: natura e patrocinio*, in questa *Rassegna*, cit.

Come è noto, la dottrina amministrativistica che ha fatto propria la teoria classica dell'organo (22) ha ricostruito l'organo con personalità giuridica alla stregua di una fattispecie eccezionale, in forza della quale si viene a realizzare «un'imputazione a doppio grado: alla persona giuridica-organo (...) e all'ente di cui la persona giuridica-organo è organo» (23). Questa spiegazione del fenomeno si basa in modo esclusivo sui profili attinenti all'imputazione, in quanto secondo l'impostazione classica l'organo è lo strumento con cui si realizza l'imputazione delle fattispecie giuridiche agli enti immateriali (24). Ciò significa che mentre l'organo imputa normalmente gli atti che compie soltanto all'ente di cui fa parte, quando è dotato, esso pure, di personalità giuridica, imputa quegli atti, in tutto o in parte, anche a se stesso.

Questo modo d'intendere l'organo e, di riflesso, l'organo con personalità giuridica, incontra però gravi obiezioni.

Già la dottrina che pure se ne era fatta sostenitrice e divulgatrice non celava la consapevolezza che la teoria dell'organo basata sull'imputazione non corrisponde al diritto positivo, e ciò proprio con riferimento alla disciplina organizzativa della persona giuridica pubblica, lo Stato, in relazione alla quale essa è stata ideata (25). «Non è lo Stato», infatti, «ma i suoi orga-

(22) Una esaustiva ricostruzione della dottrina, straniera ed italiana, cui si deve l'elaborazione della teoria dell'organo, è presente in A. MASSERA, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, Milano, 1986.

(23) M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 257. Secondo l'Autore, poiché «la figura dell'organo persona giuridica è sempre creazione del diritto positivo, in concreto non avviene mai che tutte le fattispecie seguano il doppio grado di imputazione; di solito si adotta un criterio di divisione, per cui certe fattispecie si imputano solo all'organo persona giuridica, altre invece si imputano alla persona giuridica di cui l'organo persona giuridica è organo».

(24) Il più importante fautore italiano della teoria dell'organo, A. FALZEA, nella sua voce per la *Enc. dir.*, *Capacità (teoria gen.)*, p. 31 ss., riprendendo quanto già esposto nell'opera *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, p. 168 ss., spiega nei seguenti termini l'essenza, che si coglie specialmente per *differentiam* rispetto all'istituto della rappresentanza, della nozione di organo: «L'elaborazione di un concetto di organo distinto da quello di rappresentante, risponde (...) all'esigenza indeclinabile di permettere agli enti collettivi di diventare titolari di fattispecie giuridiche, oltre che di effetti giuridici: di essere cioè fonti di produzione di fattispecie giuridiche. Questa possibilità si realizza attraverso una particolare forma di imputazione, diversa da quella che opera nella rappresentanza. In quest'ultima prende rilievo la imputazione dell'effetto, che si svolge in rapporto ad un soggetto diverso da quello a cui si riferisce la imputazione dell'atto. Quando ricorre il fenomeno dell'organo, invece, coincidono i soggetti delle due imputazioni, in quanto anche l'atto, oltre che l'effetto, è imputato all'ente collettivo nell'ambito del quale l'organo ha agito».

(25) La consapevolezza di questa contraddizione è ben presente in M.S. GIANNINI, *Organi (teoria gen.)*, cit., p. 59, il quale afferma: «Malgrado che, giusta quanto si avvertiva all'inizio, sia stata proprio la riflessione sulla realtà dello Stato a sollecitare l'invenzione del concetto di organo, tuttavia lo Stato permane un ente a sé stante, con caratteristiche strutturali tali da non esser riconducibile nel modello "persona giuridica", o nei più modelli di persone giuridiche che eventualmente esistano in un certo ordinamento positivo».

ni che stipulano contratti. Non si impugna davanti al giudice un atto dello Stato, ma quello di un ministero. Non è lo Stato che acquista, amministra, vende, ma il Provveditorato generale e la Direzione generale del demanio, apparati, rispettivamente, del Ministero del Tesoro e di quello delle Finanze» (26). Ancora, non hanno per parte lo Stato, ma sempre i suoi organi, i rapporti di lavoro, i rapporti aventi ad oggetto la responsabilità civile, i rapporti processuali (27).

Da questi rilievi discende che, almeno quando si tratti di decidere se una determinata figura soggettiva sia da ascrivere o meno all'amministrazione dello Stato, il criterio dell'imputazione perderà qualsiasi valenza di ordine qualificatorio. Tradotto in termini più semplici, ciò significa che sarà inutile domandarsi se quello che si assume essere un organo dello Stato imputi o meno fattispecie giuridiche in favore di quest'ultimo.

Ed è facile rilevare, a questo punto, che insieme al criterio dell'imputazione, perderà ogni rilevanza anche il requisito della personalità giuridica. Ciò in quanto la funzione di quest'ultima, almeno secondo l'impostazione tradizionale, consiste precipuamente nell'interporre un diaframma tra due enti, di modo che gli atti dell'uno non si imputino all'altro (28).

Ma la perdita di rilevanza della personalità giuridica, come criterio di classificazione delle figure soggettive nel diritto amministrativo, emerge chiaramente anche dall'osservazione del panorama normativo: si fa notare,

(26) S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 1995, p. 115. Condivisibilmente, l'Autore ripropone in funzione critica quanto già noto alla dottrina tradizionale. Si veda, ad esempio, G. TREVES, *Organo e soggettività dell'organo*, in *Giur. cost.*, 1970, p. 1444 ss., secondo cui «è l'organo (...), e non lo Stato nella sua interezza, che entra in rapporti con i terzi. Solo taluni organi e non altri possono imporre determinati doveri al cittadino e procedere eventualmente alla esecuzione delle loro pretese; solo verso taluni organi e non verso altri il cittadino deve adempiere ai propri doveri e può far valere le proprie pretese; solo taluni organi e non altri possono stringere determinati rapporti con il cittadino; solo un ministro e non un altro può venire citato in giudizio e solo contro di lui o altro organo e non contro uno diverso si può ricorrere al Consiglio di Stato. Contrariamente a quanto avviene nel diritto internazionale, nel diritto interno lo Stato è un nume che si rivela unicamente attraverso un dato organo». Tutto ciò dimostra, secondo Treves, che l'organo dello Stato presenta una vera e propria soggettività esterna, al contrario di quanto sostenuto a suo tempo da C. ESPOSITO, *Organo ufficio*, cit., p. 77 s.

(27) Tutto ciò ha indotto M.S. GIANNINI, *Organi (teoria gen.)*, cit., p. 59, ad affermare che «per l'ente Stato si trovano delle vere e proprie atipie, al punto che c'è da chiedersi se veramente lo Stato sia un ente o non invece un aggregato di figure giuridiche soggettive, anche, oltretutto, diversamente modellate». In quest'ottica, gli organi statali vengono presentati come aventi particolari caratteri, al punto che si è coniata per essi la nozione di «organi con legittimazione separata». V., sul punto, lo stesso M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 158.

(28) Ad un discorso di questo tipo: l'ente *alfa*, essendo dotato di personalità giuridica, non imputa i propri atti allo Stato, pertanto non ne può essere considerato organo, sarebbe facile obiettare che anche i ministeri, i quali sono organi statali per eccellenza, non imputano i loro atti allo Stato.

infatti, come «la personalità giuridica nell'organizzazione amministrativa si atteggi in modo stravagante; per cui sono persone giuridiche, nell'apparato dei pubblici poteri, delle entità minuscole, mentre non lo sono grandi complessi burocratici quali i ministeri; o lo sono alcune istituzioni in funzione di qualificazioni positive ricevute, mentre non lo sono altre istituzioni perfettamente analoghe sotto il profilo strutturale» (29).

Si osserva, ancora, che nel diritto amministrativo «la gradazione dei modi d'essere delle soggettività è di tutta evidenza positiva. Un organismo può essere dotato o meno di personalità giuridica e in entrambi i casi può essere intestatario del rapporto di impiego del personale o utilizzare personale di altro ente (...), può disporre di mezzi finanziari propri o solo in parte o per nulla e così via. Non vi è una correlazione automatica fra il grado di autonomia e la personalità giuridica» (30).

Si capisce appieno quanto sia fuorviante attribuire al requisito della personalità giuridica un'efficacia discriminante tra ciò che appartiene e ciò che non appartiene all'amministrazione statale, anche concentrando l'attenzione su un altro punto: si consideri che vi sono figure soggettive spesso sprovviste di personalità giuridica, le cc.dd. autorità amministrative indipendenti (31), la cui autonomia è tale da farle risultare addirittura svincolate dal circuito della responsabilità ministeriale. Ebbene, se si dovesse considerare la mancanza della personalità come un elemento decisivo ai fini della riconducibilità di una data figura all'amministrazione dello Stato, si avrebbe che tali autorità assumerebbero la veste di organi di quest'ultimo (32), mentre non lo

(29) S. VALENTINI, *Figure, rapporti, modelli organizzatori. Lineamenti di una teoria dell'organizzazione*, in *Tratt. dir. amm.* diretto da G. SANTANIELLO, Padova, 1996, p. 65 s.

(30) G. ROSSI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 2005, p. 148. L'Autore, dopo aver sottolineato l'esigenza di storicizzare il problema, troppo enfatizzato, della personalità giuridica, e di individuare le soluzioni non nell'adesione ad una impostazione ideologica ma con riferimento alla dinamica reale del dato istituzionale quale oggi si presenta, conclude la sua analisi nel senso che assai scarse sono le conseguenze derivanti dal conferimento ad una figura soggettiva della personalità giuridica: esse consistono nell'esistenza di organi in grado di farla funzionare, nell'esistenza di fattispecie che le si imputano, in un'autonomia più o meno marcata; «tutte le persone giuridiche hanno questi caratteri che sono invece solo eventuali in organismi senza personalità».

(31) Sulle quali v., tra gli altri, M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, in *Enc. giur. Treccani*, 1966; AA.VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti*, Milano, 1997; R. TITOMANLIO, *Autonomia e indipendenza delle authorities: profili organizzativi*, Milano, 2000.

(32) Sulla natura di amministrazioni statali delle autorità amministrative indipendenti si rinviengono, in giurisprudenza, condivisibili indicazioni di segno negativo: così la Corte di Cassazione (sez. I, 15 luglio 2005, n. 15076) afferma, con riferimento al Garante per la protezione dei dati personali istituito dalla legge n. 675/1996, «che esso riveste una posizione di autonomia» che lo pone «in una posizione di supremazia rispetto alle amministrazioni in senso stretto». La Corte ha ritenuto applicabile a questa autorità l'art. 43 del r.d. n. 1611/1933, cioè la norma che disciplina il c.d. patrocinio autorizzato dell'Avvocatura dello Stato per le amministrazioni non statali. V. anche, con riferimento all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici: Corte cost., sent. 6 luglio 2007, n. 256, in *www.giurcost.it*.

sarebbero altri enti, come ad esempio l'AGEA o le Agenzie fiscali (33), le quali, pur beneficiando di un grado notevole di autonomia, operano tuttavia sotto l'egida dei vertici ministeriali. In questa ipotesi, evidentemente, la divaricazione che si viene a creare tra il dato formale e la realtà sostanziale del fenomeno giuridico considerato è tale da assumere i caratteri del paradosso.

Per evitare una simile conclusione, è preferibile adottare un approccio più orientato alla valorizzazione dei connotati sostanziali delle fattispecie. Così facendo, si lasciano in secondo piano gli inadeguati criteri formalistici dell'imputazione e della personalità giuridica, per assumere in loro vece, a parametri identificativi dell'organo, i requisiti strutturali e funzionali delle diverse figure soggettive.

È quanto suggerisce di fare chi, in dottrina, dopo avere manifestato la necessità di disancorare la nozione di organo da quella della mera imputazione formale degli atti, arriva a concludere nel senso che «organi di un ente sono gli uffici preposti a realizzarne le finalità assumendo le decisioni fondamentali»; essi «si distinguono dagli uffici che hanno vari gradi di legittimazione operativa e giuridica» (34).

Per quanto riguarda, poi, gli organi con personalità giuridica, la stessa dottrina afferma che, in un'ottica di valorizzazione dei profili sostanziali della loro organizzazione e attività, la relativa nozione «potrebbe essere uti-

(33) Sulla controversa natura giuridica delle Agenzie fiscali, cfr. A. PALATIELLO, *Le Agenzie fiscali, cit.*, il quale riferisce del contrasto di opinioni sorto sul punto tra Corte costituzionale e Corte di cassazione: mentre la prima ha in varie occasioni (v. nota 20) affermato la sostanziale riconducibilità, ai fini del conflitto di attribuzioni, di tali agenzie all'amministrazione dello Stato, la Corte di Cassazione l'ha esclusa, motivando nel senso che la configurabilità di persone giuridiche-organi dà luogo ad un «problema di stretto diritto positivo», il quale richiede «un sicuro elemento testuale che consenta di ritenere che l'attività (di una) persona giuridica sia direttamente imputata ad altra persona giuridica». La Corte di cassazione giudica pertanto non corretto l'approccio suggerito dall'Avvocatura dello Stato – e dalla stessa Corte più volte seguito (ad esempio con riferimento alle Università statali, per le quali v. sopra nel testo) – di ricostruire la natura di organo dello Stato di un ente facendo ricorso ad indici di riconoscibilità, quali l'interesse perseguito, la sottoposizione a controlli, il finanziamento pubblico prevalente etc.

(34) G. ROSSI, *Diritto amministrativo, cit.*, p. 150 s. La critica che l'Autore rivolge alla teoria dell'imputazione prende le mosse dalla constatazione per cui «la parte delle attività delle amministrazioni che si traduce in atti di diritto pubblico o privato (in relazione alla quale si sono formate le categorie oggi correnti) non è la sola né la più diffusa. Si pensi, ad esempio, ad una università degli studi: l'attività didattica e di ricerca scientifica, quelle cioè che realizzano i fini propri dell'università, sono svolte da soggetti che non imputano atti giuridici all'università (...)». A ciò va aggiunto che l'articolazione della struttura organizzativa delle amministrazioni determina un numero crescente «di uffici idonei a compiere atti che si imputano all'organismo di cui l'ufficio fa parte; anzi (...) gli organi di vertice svolgono ormai in prevalenza funzioni di indirizzo e controllo, mentre gli atti vengono adottati da organi sotto-ordinati. Adottando un approccio formalistico, basato sulla imputazione degli atti, si dovrebbe allora concludere nel senso che gli uffici di vertice non sono organi, il che evidentemente non ha senso».

lizzata per qualificare enti pubblici che svolgono attività strumentale, per lo più tecnica, nei confronti di uno o più enti territoriali» (35).

Ma chiare indicazioni verso la predilezione di un'impostazione di tipo sostanzialista provengono anche dal diritto comunitario (36). Non manca, infatti, all'ordinamento europeo una nozione propria di organo amministrativo, la quale si basa esclusivamente su requisiti di ordine sostanziale. Si allude al noto istituto dell'*in house providing* (37), identificato dall'elemento strutturale del "controllo analogo" e da quello funzionale della "attività prevalente".

Come noto, la prima apparizione di tale istituto si è avuta nell'ambito della giurisprudenza comunitaria in materia di appalti pubblici (38), quando la Corte di Giustizia ha ritenuto di escludere la necessità del ricorso alla gara per l'affidamento delle pubbliche commesse a soggetti solo formalmente distinti rispetto alle amministrazioni appaltanti. Segnatamente, i giudici di Lussemburgo hanno affermato che l'affidamento diretto di appalti pubblici è legittimo alla duplice condizione che l'ente affidante eserciti sulla persona giuridica affidataria un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e che questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che la controllano. In una situazione come quella descritta, si versa in una ipotesi di mera "delegazione interorganica", per cui si ha che l'ente affidante provvede con la sua stessa organizzazione a

(35) G. ROSSI, *op. cit.*, p. 243. Gli esempi portati sono quelli dell'Istituto superiore di sanità (ISS) e l'Istituto superiore per la prevenzione e la sicurezza del lavoro (ISPESL), definiti come «organi tecnici-scientifici del servizio sanitario nazionale» (art. 9, co. 2, D.Lgs. n. 419/1999), non perché imputino atti ad altri soggetti ma perché questi (il Ministero, le regioni e, tramite queste, le aziende sanitarie) se ne «avvalgono nell'esercizio delle funzioni loro attribuite».

(36) Il diritto sopranazionale è obbligato, se vuole ottenere i propri obiettivi, a prescindere dalle qualificazioni formali proprie degli ordinamenti degli Stati membri e a servirsi di criteri idonei a far presa indistintamente sulle diverse realtà ordinamentali.

(37) La letteratura in materia di *in house providing*, nonostante si tratti di un fenomeno piuttosto recente, è molto copiosa. In questa sede se ne può citare, a titolo esemplificativo, soltanto una piccola ma significativa parte. V. C. ALBERTI, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, p. 495 ss.; D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003; G. GRECO, *Gli affidamenti in house di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, p. 1461 ss.; S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, 2004; R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. Amm.*, 2005, p. 9 ss.; E. SCOTTI, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, in *Dir. Amm.*, 2005, p. 915 ss.; C. M. SARACINO, *In house providing: margini di una scelta tra libera concorrenza e cooptazione*, in *Servizi pubbl. e app.*, 2005, p. 631 ss.; R. CAVALLO PERIN e D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 51 ss.; F. GUALTIERI, *Società miste e in house providing: un rapporto da definire*, in *Serv. pubbl. app.*, 2006, p. 468 ss.

(38) Precisamente nell'ambito della sentenza 18 novembre 1999, causa C-107/98, *Teckal s.r.l. c. Comune di Viano e AGAC*.

procurarsi ciò di cui necessita. In pratica, il soggetto affidatario, anche se dotato di distinta personalità giuridica, viene considerato alla stregua di un semplice plesso organizzativo (un organo) del soggetto affidante, il che giustifica una deroga rispetto all'applicazione delle regole di evidenza pubblica per la scelta del contraente (39).

Non è questa la sede per l'analisi dell'evoluzione giurisprudenziale che, specie a livello comunitario, ha subito l'istituto dell'*in house providing*. Ciò che qui interessa sottolineare è soltanto il dato per cui un soggetto che presenta i requisiti dell'*in house* viene considerato dal diritto comunitario come facente parte, organicamente, di un altro ente. Non importa che il primo abbia o meno personalità giuridica; così come non importa che abbia la forma di una società di diritto privato ovvero di un ente di diritto pubblico. Quel che conta è esclusivamente il concreto atteggiarsi dei rapporti che esso intrattiene con l'ente di controllo.

La nozione comunitaria di organo, pertanto, viene a dipendere esclusivamente dal grado di subordinazione e di strumentalità che sia dato riscontrare in una determinata figura soggettiva rispetto ad un'altra.

Pur nella consapevolezza che la nozione da ultimo esaminata, esauendo la propria funzione all'interno della disciplina comunitaria (e di quella interna di recepimento) in materia di appalti pubblici, non è *de plano* trasferibile in altri contesti normativi, sembra ugualmente lecito ipotizzare – data anche l'assenza di criteri diversi unanimemente condivisi – il ricorso a schemi simili a quelli utilizzati dal diritto comunitario, allorché si debba stabilire se una certa persona giuridica costituisca o meno organo dell'amministrazione dello Stato. Specialmente il requisito strutturale del “controllo analogo” appare particolarmente idoneo (40) a fungere da criterio discrezionale tra le ipotesi di mero controllo tra enti (*recte*: di un ente sull'altro) e le ipotesi di vera e propria compenetrazione organica tra gli stessi.

Così, dinanzi ad un ente quale l'AGEA (o simili), ci si potrà chiedere se questo sia sottoposto ad una forma di direzione e controllo, ad opera di una o più amministrazioni statali, d'intensità paragonabile (non è necessario che sia identica) a quella che si registra tra l'ufficio del Ministro e le direzioni generali del Ministero. In caso di risposta positiva a tale domanda, e purché risulti, altresì, che il soggetto in questione persegue finalità di stretta rilevanza statale, sarà ragionevole concludere nel senso che esso assume su di sé la qualifica di organo dell'amministrazione dello Stato. Il che comporterà, in linea di principio, l'applicabilità al medesimo di tutte le conseguenze giuridiche connesse a tale qualificazione.

(39) Il presupposto minimo per l'applicabilità delle direttive in materia di appalti, infatti, è stato individuato dalla Corte di Giustizia, nella sentenza *Teckal*, nell'esistenza di due entità effettivamente distinte, suscettibili di dare luogo ad un autentico incontro di volontà avente natura contrattuale.

(40) L'altro requisito, quello della “attività prevalente”, sembra più che altro destinato ad impedire che l'ente *in house*, in quanto affidatario diretto di incarichi pubblici, traduca ciò in un vantaggio concorrenziale da spendere nell'ambito del mercato generale.

Su quest'ultimo punto, però, è necessaria una precisazione: l'applicazione delle norme che rimandano, esplicitamente o implicitamente, alla nozione di organo con personalità giuridica dello Stato, opera nei limiti in cui non vi siano normative singolari che, nel disciplinare una determinata figura, dispongano diversamente. È possibile, pertanto, che ad un organo dello Stato si applichino soltanto alcune, e non altre, delle disposizioni che alla relativa nozione fanno riferimento.

Ma l'ipotesi più frequente, in realtà, è che una persona giuridica venga in rilievo non già come organo dello Stato *tout court*, bensì come organo dello Stato *in parte qua*. Significa che la qualifica di organo riguarda soltanto alcune delle funzioni espletate dal soggetto considerato, mentre per la restante parte della sua attività esso rileva come soggetto distinto.

Il fenomeno è quello che la dottrina meno recente, ma più consapevole (41), ha designato con l'espressione "persona giuridica-organo", contrapposta a quella, fin qui utilizzata, di "organo con personalità giuridica". La differenza tra queste due espressioni apparentemente equivalenti si fa dipendere da ciò che, mentre la persona giuridica-organo, accanto a finalità di pertinenza dell'amministrazione statale, ne persegue anche di proprie, viceversa l'organo con personalità giuridica esaurisce nel perseguimento di fini strettamente statali la ragione della propria esistenza (42).

L'esempio più evidente di persona giuridica-organo è quello del Comune in relazione agli atti compiuti dal Sindaco in qualità di ufficiale di Governo (43). L'art. 54 del T.U.E.L. (44), infatti, attribuisce all'organo di vertice del Comune (e dunque in definitiva a quest'ultimo (45)) funzioni di preminente interesse statale, quali la tenuta dei registri dello stato civile, gli adempimenti previsti dalla legge in materia elettorale, la vigilanza sulla sicurezza e l'ordine pubblico, l'adozione di ordinanze contingibili ed urgenti per la salvaguardia della pubblica incolumità (46) etc.

(41) Il riferimento è a C. CARBONE, *Persone giuridiche – organi ed organi dotati di personalità giuridica*, cit., p. 249 ss.

(42) C. CARBONE, *op. cit.*, p. 272.

(43) In relazione a tali atti e funzioni il Sindaco, o chi ne fa le veci, è sottoposto al controllo, che può risolversi nell'esercizio di poteri sostitutivi, del prefetto (art. 54, commi 6, 8, 10, D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267).

(44) D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

(45) Si concorda con C. CARBONE, *op. cit.*, p. 259 s., secondo il quale la legge non assume il Sindaco ad organo dello Stato, bensì il Comune. Se essa si riferisce espressamente al Sindaco e non al Comune è soltanto perché si occupa delle funzioni statali accennate nel testo «là dove tratta delle funzioni del Sindaco quale organo del Comune. Per cui, come le funzioni del Sindaco organo comunale sono funzioni del Comune, analogamente le funzioni statali demandate al Sindaco non possono che essere riferite al Comune e da questo imputate allo Stato».

(46) La giurisprudenza è costante nel ritenere che la responsabilità per i danni derivanti ai privati dall'esercizio dei poteri d'ordinanza ricada esclusivamente sullo Stato e non sul Comune. Questa pur accettabile soluzione sembra tuttavia muovere da un presupposto non condivisibile, e cioè che il Sindaco in quanto tale, non già il Comune, venga ad assumere la

Tutte le altre funzioni – e sono certo la stragrande maggioranza – svolte dal Comune, hanno come referenti gli interessi della comunità territoriale di cui l'ente è esponenziale, ed è ovvio che, in relazione ad esse, il Comune venga in rilievo come soggetto a sé stante, la cui autonomia gode, peraltro, di garanzia costituzionale (art. 114, co. 2, Cost.).

Ci si trova quindi, indubbiamente, al cospetto di una persona giuridica che assume su di sé, limitatamente ad alcuni profili della propria attività, la qualità di organo dello Stato.

Ebbene, con riferimento a figure di questo tipo (tra le quali si ritiene debba comprendersi anche l'AGEA), bisogna escludere, in linea di principio, l'applicabilità delle norme che fanno ricorso alla nozione di amministrazione statale ovvero, espressamente, a quella di organo con personalità giuridi-

qualità di organo dello Stato. Per questa via il problema della personalità giuridica dell'organo risulta completamente "bypassato", ed il Comune diviene un mero supporto organizzativo a disposizione del Sindaco-ufficiale di Governo. In quest'ordine di idee, è coerente ritenere, come fa la Corte di Cassazione (v., *ex multis*, sentenza 14 luglio 2004, n. 13077), che legittimato passivo necessario rispetto all'azione risarcitoria sia la sola amministrazione statale. Più complessa è la problematica legata all'individuazione del legittimato passivo rispetto all'azione impugnatoria. Nell'ambito della giurisprudenza amministrativa si rinven- gono orientamenti contrastanti, giacché spesso si è valutato come correttamente instaurato il contraddittorio nei confronti del solo Comune (v. ad es. Cons. Stato, sez. IV, 28 marzo 1994, n. 291; sez. V, 27 ottobre 1986, n. 568; sez. V, 27 novembre 1987, n. 736), mentre altre volte si è ritenuta indispensabile la notifica del ricorso all'amministrazione statale di volta in volta interessata alla cura dell'interesse pubblico in evidenza (Cons. Stato, IV sez., 13 dicembre 1999, n. 1844). Di recente, il Consiglio di Stato (sez. V, 13 agosto 2007, n. 4448, in questa *Rassegna*, 2007, 3, p. 283 ss., con commento di G. STUPPIA), tornando a occuparsi in modo approfondito dell'argomento, ha optato per una discutibile soluzione che porta a distinguere tra l'ipotesi in cui l'azione impugnatoria e quella risarcitoria siano proposte congiuntamente, nel qual caso è necessaria la notificazione anche a favore dell'amministrazione statale, e l'ipotesi in cui sia proposta la sola azione impugnatoria, nel qual caso è invece sufficiente l'instaurazione del contraddittorio nei confronti del solo Comune. L'argomento utilizzato dal Collegio si iscrive nel filone giurisprudenziale (per il quale v. Cons. Stato, sez. VI, 12 novembre 2003, n. 7266) che nega l'esistenza di un vero e proprio rapporto organico tra Sindaco-ufficiale di Governo e amministrazione dello Stato, e afferma che l'ordinamento disciplina piuttosto un fenomeno di imputazione giuridica allo Stato dei soli effetti dell'atto – e non, dunque, dell'atto in sé – adottato dall'organo di vertice del Comune. Il Sindaco, afferma il Consiglio di Stato, «non diventa un "organo" di un'Amministrazione dello Stato, ma resta incardinato nel complesso organizzativo dell'ente locale, senza che il suo *status* sia modificato». L'errore insito in un simile ragionamento risiede nel non aver esattamente compreso che non è il Sindaco in sé, bensì il Comune che assume lo *status* di organo statale allorché il suo organo di vertice sia chiamato ad esercitare funzioni in qualità di ufficiale di Governo. Ciò significa che relativamente agli atti che costituiscono espressione di quelle funzioni, il Comune, anche ai fini dell'applicabilità nei suoi confronti dell'art. 1 del r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611, viene in considerazione come Amministrazione statale, con la conseguenza che deve essere difeso in giudizio dall'Avvocatura dello Stato, e questo anche a prescindere dal coinvolgimento in giudizio di una qualsiasi altra amministrazione statale. Quest'ultima dovrà in ogni caso considerarsi parte necessaria del processo, ogniquale si faccia questione delle conseguenze risarcitorie derivanti dal provvedimento emanato dal Sindaco.

ca dello Stato. Soltanto, si applicheranno quelle norme che, facendo ricorso a tali nozioni, disciplinano aspetti connessi alle funzioni per le quali la persona giuridica assume la qualifica di organo statale (47).

In conclusione, dunque, va ribadita la validità dell'insegnamento tradizionale, secondo cui la qualità di organo dello Stato, lungi dall'integrare necessariamente un modo d'essere totalizzante di determinate figure soggettive, può anche riguardare solo un aspetto parziale delle stesse. In questi casi, riconoscibili in base a criteri quali il perseguimento, ad opera della figura considerata, (anche) di finalità statali e la subordinazione di essa all'amministrazione dello Stato per la porzione di attività corrispondente alle predette finalità, si avrà che il regime giuridico proprio dell'organo con personalità giuridica – di cui si è detto all'inizio del paragrafo – troverà un'altrettanto parziale, e subordinata a previa verifica di compatibilità, applicazione.

Dott. Federico Dinelli^()*

Corte Suprema di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 8 febbraio 2008 n. 3004 – Soc. M.T. s.r.l. c/ AGEA (Agenzia per le Erogazioni in Agricoltura)

« (...) *Svolgimento del processo*

1. La s.r.l. Società M. T., con ricorso al Tribunale Amministrativo del Lazio, ha chiesto l'annullamento del fermo amministrativo disposto nei suoi confronti dall'Agenzia per le Erogazioni in Agricoltura (AGEA) relativamente al pagamento della somma di oltre Euro 29 milioni, erogati per contributi comunitari alla produzione di semi oleosi ed indebitamente percepiti.

2. Il Tribunale Amministrativo ha annullato il provvedimento dichiarando che l'AGEA, come ente pubblico autonomo, non è inserito nella pubblica amministrazione e non poteva utilizzare le disposizioni sul fermo amministrativo di cui al R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, art. 69.

3. La decisione è stata confermata dal Consiglio di Stato con sentenza del 9 marzo 2005. Il Consiglio di Stato ha ricostruito il fermo amministrativo come istituto di carattere eccezionale che, in deroga ai principi generali, consente alle amministrazioni statali di ottenere la sospensione in via cautelare e provvisoria del pagamento di somme dovute anche da altre amministrazioni in presenza di una ragione di anche non definitivamente accertata ed

(47) Sembra essere esattamente questa, d'altra parte, l'indicazione desumibile dalla norma sopra riportata, che, nel sancire esplicitamente la spettanza all'AGEA del potere di fermo amministrativo, si preoccupa altresì di precisare come questo si giustifichi in virtù dell'esercizio da parte dell'Agenzia di funzioni «di rilevanza statale e riferibili direttamente allo Stato», nonché della sua «qualità (...) di rappresentante dello Stato italiano nei confronti della Commissione europea».

^(*) L'Autore, dottorando di ricerca in Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Roma Tre, ammesso alla pratica forense presso l'Avvocatura Generale dello Stato, ringrazia l'Avv. Gianni De Bellis, *tutor*, ed il Prof. Giampaolo Rossi, ordinario di Diritto amministrativo, per le correzioni ed i preziosi consigli.

ha dichiarato: che l'istituto non si applicava alla AGEA; che la mera gestione di danaro pubblico svolta dalla Agenzia non costituisce di per sé presupposto per l'utilizzazione del fermo; che il D.Lgs. n. 165 del 1999, art. 12 *bis*, non integra la espressa disposizione di legge attributiva del potere di fermo; che argomenti in senso contrario a questa conclusione non si potevano trarre dalla giurisprudenza comunitaria.

4. La AGEA ha proposto ricorso per cassazione illustrato con memoria. Resiste con controricorso la s.r.l. Società M. T. in liquidazione.

Il ricorso è stato assegnato a queste Sezioni Unite ai sensi degli artt. 362 e 374 c.p.c., in ragione della questione di giurisdizione in esso proposta.

Motivi della decisione

1.- L'AGEA, con il primo motivo del ricorso, si duole del fatto che con la sentenza impugnata è stato confermato il principio indicato nella decisione di primo grado, che lo strumento del fermo amministrativo di cui al R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, art. 69 ultima parte non può essere utilizzato per la tutela dei crediti dagli enti di diritto pubblico non facenti parte della pubblica amministrazione dal punto di vista soggettivo: censura di violazione del D.Lgs. 27 maggio 1999, n. 165, *cit.* art. 69, e degli artt. 3 e 4, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3.

La s.r.l. Società M. T. in liquidazione ha eccepito l'inammissibilità del motivo per carenza di interesse sia con riferimento alla richiesta di dichiarare la giurisdizione del Giudice amministrativo, sia con riferimento alla richiesta di dichiarare la giurisdizione del Giudice ordinario.

Il motivo non è fondato.

2.- Nel sistema vigente le decisioni del Consiglio di Stato non sono impugnabili come le decisioni dei giudici ordinari.

L'art. 362 c.p.c., comma 2, ne consente l'impugnazione mediante ricorso alle sezioni unite della Corte di cassazione solo per motivi attinenti la giurisdizione, giacché la Corte di cassazione, rispetto alle decisioni del Consiglio di Stato, può esercitare il solo controllo della giurisdizione, questa intesa come espressione della giuridicità dell'ordinamento.

I motivi attinenti la giurisdizione, secondo la costante giurisprudenza di queste Sezioni unite ricorrono nell'ipotesi in cui la decisione abbia violato (in positivo o in negativo) l'ambito della giurisdizione di detto Giudice (come quando abbia esercitato la giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o alla discrezionalità amministrativa) oppure, al contrario, quando la decisione abbia negato la giurisdizione sull'erroneo presupposto che la domanda non potesse formare oggetto in modo assoluto di funzione giurisdizionale o, infine, nell'ipotesi in cui la decisione abbia violato i cosiddetti limiti esterni della propria giurisdizione.

Quest'ultima ipotesi ricorre quando il Consiglio di Stato abbia giudicato su materia attribuita alla giurisdizione ordinaria o ad altra giurisdizione speciale, oppure abbia negato la propria giurisdizione nell'erroneo convincimento che essa appartenga ad altro giudice, ovvero ancora quando, in materia attribuita alla propria giurisdizione limitatamente al solo sindacato della legittimità degli atti amministrativi, abbia compiuto un sindacato di merito: per tutte, SS.UU., ordinanza 5 giugno 2006, n. 13176, tra le più recenti.

In altri termini, il sindacato delle sezioni unite della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato non comprende il modo di esercizio della giurisdizione: SS. UU., sentenza 17 luglio 2003, n. 11191.

Il sindacato delle Sezioni unite della Corte di cassazione, infatti, è circoscritto al controllo dei limiti esterni della giurisdizione del giudice contabile e, in concreto, all'accerta-

mento di vizi che attengono all'essenza della funzione giurisdizionale e non al modo del suo esercizio. Rientrano, invece, nei limiti interni della giurisdizione, estranei al sindacato consentito, gli errori *in iudicando o in procedendo* del Consiglio di Stato.

3.- Nella specie, il Consiglio di Stato ha dichiarato che l'AGEA è un ente di diritto pubblico non economico, dotato di autonomia statutaria, regolamentare, organizzativa, finanziaria e contabile ed ha una personalità giuridica propria che non ne consente l'inquadramento tra gli organi della pubblica amministrazione, ai quali soltanto è consentito di utilizzare lo strumento cautelare del fermo amministrativo a tutela dei crediti di cui sono titolari, considerata la natura eccezionale dell'autotutela che esso assicura alla pubblica amministrazione.

Secondo il Consiglio di Stato, quindi, l'AGEA non poteva servirsi dello strumento cautelare neppure invocando le disposizioni del D.Lgs. n. 165 del 1999, istitutivo dell'AGEA o la giurisprudenza comunitaria.

Quanto al primo riferimento, perchè le disposizioni riguardanti l'AIMA si applicano all'Agenzia in base ad un criterio di compatibilità, che nella specie non ricorreva.

Quanto alla giurisprudenza comunitaria, perchè questa si limita a riconoscere la possibilità della compensazione dei contributi comunitari con i crediti dello Stato e questa situazione non ricorreva nella fattispecie.

4.- La decisione impugnata, come è evidente, non si riflette sulla giurisdizione del Consiglio di Stato o sui cosiddetti limiti esterni della giurisdizione di detto Giudice, perchè si esaurisce nella qualificazione giuridica di un ente pubblico, che non costituisce questione attinente la giurisdizione sindacabile in questa sede.

In altri termini, la sentenza oggetto di questo giudizio non si prestava ad una impugnazione per motivi diversi da quelli indicati nel cit. art. 362, comma 1, perchè quella consentita da quest'ultima norma, in questa parte non modificata dall'art. 111 Cost., u.c., è una impugnazione a critica vincolata limitata ai motivi inerenti la giurisdizione. Questi motivi non ricorrono nella decisione impugnata.

In questo senso il ricorso è dichiarato inammissibile.

5.- La conclusione raggiunta non consente l'esame del secondo motivo del ricorso con il quale è denunciato il difetto di giurisdizione del Consiglio di Stato con riferimento alla dichiarazione di illegittimità di un atto (appunto il disposto fermo amministrativo) emanato in carenza di potere da un organo diverso dallo Stato.

6.- Le stesse considerazioni valgono anche per quanto riguarda l'eccezione del cattivo uso nella sentenza impugnata del potere di regolare le spese del giudizio svolto davanti al giudice amministrativo di primo grado.

7. In conclusione, il ricorso è dichiarato inammissibile ed è dichiarata la giurisdizione del Consiglio di Stato.

Le spese di questo giudizio gravano sulla ricorrente in base alla regola della soccombenza.

P.Q.M. La Corte di cassazione, a sezioni unite, dichiara inammissibile il ricorso (...)

Così deciso in Roma, il 20 novembre 2007 (...).

La notificazione della sentenza di primo grado all'amministrazione statale costituita personalmente *ex art. 417 bis c.p.c.*: la Cassazione non persuade^(*)

(Corte Suprema di Cassazione, sezione lavoro, sentenza 22 febbraio 2008 n. 4690)

Il principio di diritto affermato dalla Sezione Lavoro ed il suo corollario.

Con la recente sentenza 22 febbraio 2008, n. 4690 la Suprema Corte, andando di contrario avviso rispetto all'orientamento espresso da alcune Corti di merito (1), è approdata ad una discutibile soluzione della problema-

^(*) Lo scritto è frutto delle riflessioni comuni dell'Avvocato dello Stato Alfonso Mezzotero e del Procuratore dello Stato Giuseppe Zuccaro, entrambi in servizio presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Catanzaro.

(1) Ci si riferisce, in particolare, a App. L'Aquila, 6 maggio 2004, in *Giust. civ.*, 2005, I, 1, 235, con nota adesiva di MEZZOTERO, *Della notificazione della sentenza di primo grado all'amministrazione statale rappresentata in giudizio da propri dipendenti ex art. 417 bis c.p.c.*; nonché App. Firenze, 21 giugno 2004, n. 692, inedita, cassata dalla Suprema Corte con la sentenza in commento.

Tuttavia, già prima dell'intervento della Suprema Corte, altra parte della giurisprudenza considerava rituale la notifica della sentenza al dipendente costituitosi in primo grado ai sensi dell'art. 417 *bis* c.p.c. ed idonea a far decorrere il termine breve per la proposizione dell'appello; tale tesi era fondata sull'applicazione, per "identità di ratio", dell'orientamento della giurisprudenza della Suprema Corte che nei giudizi di opposizione a sanzione amministrativa ritiene che, qualora l'amministrazione si sia costituita a mezzo di funzionario delegato *ex art. 23*, comma 4, l. 24 novembre 1981, n. 689, la notifica della sentenza debba essere effettuata direttamente all'Amministrazione e non già all'Avvocatura dello Stato: in tale direzione, App. Reggio Calabria, 1 dicembre 2006, n. 795, inedita, ove la Corte territoriale calabrese, ritenendo che lo schema delineato dall'art. 417 *bis* c.p.c. configuri un'ipotesi di sostituzione processuale della parte secondo le previsioni generali del codice di rito, trae la conseguenza che la notificazione della sentenza di primo grado, al fine della decorrenza del termine breve per l'impugnazione in appello, dev'essere effettuata nei confronti della stessa Amministrazione, la quale sia stata in giudizio avvalendosi di un proprio dipendente; ad identiche conclusioni sono pervenute, inoltre, App. Catanzaro, 30 novembre 2006, n. 1190, inedita; App. Torino, 21 marzo 2006, n. 244, in *Rip - rivista dell'impiego e della dirigenza pubblica*, banca dati *on line*, consultabile all'indirizzo www.impiegopubblico.info; App. Torino, 4 febbraio 2004, n. 53, *ivi*, tutte nel senso della idoneità della notifica della sentenza al dipendente che aveva assunto la difesa dell'amministrazione nel primo grado del giudizio ai sensi dell'art. 417 *bis* c.p.c., ai fini della decorrenza del termine breve, previsto dall'art. 434, comma 2, c.p.c., per la proposizione dell'appello; in precedenza, alla stessa conclusione era pervenuta App. Genova, 10 dicembre 2001, in *Giur. merito* 2002, 1231, con nota di BELFIORE, *Sulla notificazione della sentenza ad amministrazione statale costituita personalmente*.

Tale indirizzo è stato applicato da una parte della giurisprudenza anche con riferimento al procedimento di reclamo *ex art. 669 terdecies* c.p.c., sul rilievo che ad esso trova applicazione l'art. 417 *bis* c.p.c., non costituendo un procedimento di appello, ma una fase inci-

tica attinente alla notificazione della sentenza di primo grado emessa nei confronti dell'amministrazione statale che sia stata rappresentata in giudizio da un proprio dipendente ai sensi dell'art. 417 *bis*, comma 2, c.p.c.

Muovendo dal rilievo che lo schema delineato dall'art. 417 *bis* c.p.c. non sarebbe riconducibile a quello della delega delle funzioni difensive da parte della difesa erariale all'amministrazione, ma alla difesa personale della parte, la Corte afferma il seguente principio di diritto: diversamente da quanto (ordinariamente) accade quando l'amministrazione statale è difesa in giudizio dall'Avvocatura dello Stato, nel caso in cui l'amministrazione si sia difesa in primo grado mediante propri dipendenti, ai sensi dell'art. 417 *bis* c.p.c., la notificazione della sentenza dovrà essere eseguita presso il domicilio del dipendente del quale l'amministrazione si è avvalsa, producendosi in tal caso l'effetto contemplato dall'art. 326 c.p.c. (cioè il decorso del termine breve di 30 giorni per l'impugnazione della sentenza di primo grado).

Dall'affermazione di tale principio la Sezione Lavoro trae il corollario (che potrebbe apparire logico nella prospettiva da cui muove la decisione in commento, ma che tale non è) che, nell'ipotesi marginale in cui manchi una sede dell'amministrazione nella circoscrizione del Giudice del Lavoro adito ed ivi non sia stato eletto domicilio, la notifica della sentenza può essere effettuata presso la cancelleria del Tribunale, con conseguente onere del dipendente di vigilare sull'avvenuta notifica, al fine di poter acquisire tempestiva notizia delle notifiche fattegli presso la Cancelleria.

Le deroghe alla difesa tecnica erariale.

La disamina del ricco ed articolato percorso motivazionale svolto dalla Suprema Corte offre spunto di approfondire, nelle sue implicazioni squisitamente processuali, la disciplina delle funzioni di rappresentanza nelle controversie di lavoro pubblico, come delineata dall'art. 417 *bis* c.p.c.

Al fine di comprendere e approfondire le motivazioni sottese alla soluzione interpretativa accolta dalla decisione in oggetto, è necessario premettere che l'art. 417 *bis* c.p.c. non è l'unica disposizione di legge che consente alle amministrazioni dello Stato di stare in giudizio per mezzo di un proprio funzionario anziché (come, per regola, *ex lege*) tramite il competente difensore erariale, istituzionalmente preposto alla difesa e alla rappresentanza tecnica in giudizio delle amministrazioni statali, difese *ope legis* dall'Avvocatura dello Stato (art. 1, comma 1, R.d. 30 ottobre 1933 n. 1611).

La deroga alla c.d. difesa tecnica per effetto della previsione del possibile espletamento dell'attività defensionale diretta da parte dell'amministrazio-

dentale ed eventuale del giudizio di primo grado, con la conseguenza che in questa ipotesi la notifica degli atti (ivi compresa l'ordinanza *ex art.* 700 c.p.c.) non dev'essere effettuata presso l'Avvocatura dello Stato, ma all'Amministrazione: in tal senso, Trib. Milano, 7 marzo 2005, in in *Rip - rivista dell'impiego e della dirigenza pubblica*, banca dati *on line*, consultabile all'indirizzo www.impiegopubblico.info.

ne parte in causa, a mezzo di propri dipendenti, costituisce una tendenza evolutiva sempre più riscontrabile nel nostro ordinamento, che tende a devolvere a difensori non professionali le controversie seriali o di minore complessità tecnica. Sottesa a tale tendenza evolutiva è l'idea che una "autodifesa" su questioni minori e bagattellari possa presentare vantaggi in termini di agilità gestionale del contenzioso, cui fa, tuttavia, da contrappeso il rischio - riguardo in particolare alla materia lavoristica - di una possibile attenuazione della necessaria "terzietà" tecnica che connota l'esercizio dello *jus postulandi* dell'Avvocatura dello Stato.

Diverse sono le norme, per così dire "di settore", che prevedono la delega delle funzioni di rappresentanza a dipendenti delle amministrazioni statali e delle altre ammesse al patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, in deroga alla regola-base, fissata dall'art. 1, R.d. 30 ottobre 1933 n. 1611: si pensi, ad esempio, all'art. 13, legge 3 aprile 1979, n. 103, riguardo ai procedimenti di cui all'art. 101, R.d. 16 marzo 1942, n. 267 (come modificato dall'art. 6, comma 5, D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169, con decorrenza indicata nell'art. 22 del medesimo D.Lgs.), salvo che non debba procedersi all'istruzione della causa (art. 13, comma 1) ed alle procedure di ammortamento dei titoli di credito, ai sensi dell'art. 2106 ss. c.c., salvo il caso di opposizione da parte del detentore del titolo (art. 13, comma 2). Ed ancora, si pensi al contenzioso tributario di primo e secondo grado (art. 11, D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546), alle opposizioni ad ordinanza-ingiunzione irrogativa di sanzione amministrativa (art. 23, comma 4, legge 24 novembre 1981, n. 689), ai giudizi in materia di pensioni innanzi alla Corte dei Conti (art. 6, comma 4, d.l. 15 novembre 1993, n. 453, convertito in legge 14 gennaio 1994, n. 14), nonché, di recente, al contenzioso sul diritto di accesso attribuito alla eventuale difesa da parte di "dirigenti" dell'amministrazione resistente (art. 4, comma 3, legge 21 luglio 2000, n. 205, trasfuso con la novella di cui alla legge n. 15/2005 nell'art. 25, comma 5 *bis*, legge n. 241/1990) (2).

La deroga alla difesa tecnica è, tuttavia, contemplata con previsione di portata generale dall'art. 3, R.d. 30 ottobre 1933, n. 1611, che contiene una

(2) La giurisprudenza ha precisato che l'introduzione della possibilità, per le amministrazioni statali, di stare in giudizio per mezzo di un proprio dipendente nelle controversie in materia di accesso, operata dall'art. 4, l. n. 205 del 2000, non ha abrogato le disposizioni sulla notificazione degli atti alle amministrazioni statali poiché la rinuncia al patrocinio tecnico ha natura facoltativa e dunque, come frutto di una scelta discrezionale, formulabile solo successivamente all'introduzione del giudizio da parte del ricorrente, è pienamente compatibile col regime ordinario delle notifiche: in tal senso, T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 19 ottobre 2004, n. 4616, in *Foro amm. Tar*, 2004, 3101; Cons. St., sez. IV, 23 gennaio 2003, n. 257, in *Giust. civ.*, 2004, I, 563. Sulla difesa personale delle parti nel rito dell'accesso si rinvia a LIPARI, *Il processo in materia di accesso ai documenti (dopo la l. 11 febbraio 2005, n. 15)*, in www.giustamm.it, n. 5/2005, il quale mette a confronto la disciplina di cui all'art. 25, comma 5 *bis*, l. n. 241/1990 con quella di cui all'art. 417 *bis* c.p.c., criticando la formulazione del nuovo meccanismo della difesa diretta dell'amministrazione nel rito dell'accesso.

disposizione di carattere di massima, applicabile ai giudizi innanzi al tribunale e al giudice di pace quale che sia il tipo di causa: “*innanzi ai tribunali ordinari ed ai giudici di pace le Amministrazioni dello Stato possono, intesa l’Avvocatura dello Stato, essere rappresentate dai propri funzionari che siano per tali riconosciuti*”. Per l’attivazione del meccanismo previsto da tale disposizione occorre, in ogni caso, un preventivo “accordo” (“*intesa l’Avvocatura dello Stato*”, afferma testualmente il citato art. 3), in mancanza del quale non può esservi delega delle funzioni di rappresentanza a funzionario.

Risulta necessario precisare che la trattazione del giudizio da parte del funzionario delegato ai sensi dell’art. 3, R.d. n. 1611 del 1933 dev’essere nettamente distinta dalla facoltà, attribuita all’Avvocatura dello Stato, di delegare a funzionari dell’amministrazione interessata la rappresentanza nei giudizi che si svolgono fuori dalla propria sede, ai sensi dell’art. 2 t.u. n. 1611 del 1933 (3). Invero, la delega *ex art. 2*, R.d. n. 1611 del 1933, a differenza del citato art. 3, concerne solamente le cc.dd. *funzioni procuratorie* (costituzione in giudizio, presenza alle udienze, adempimenti di cancelleria, ritiro del fascicolo di parte, estrazione di copie, richiesta di notificazione di atti processuali), mentre l’attività defensionale vera e propria (redazione degli atti del giudizio e, in generale, conduzione tecnica della lite) rimane affidata all’Ufficio dell’Avvocatura dello Stato competente per territorio. Non solo; la decisione sulla delega *ex art. 2 cit.* non è il risultato di un’intesa intercorrente tra Avvocatura e Amministrazione interessata, ma è rimessa, esclusivamente, all’apprezzamento della difesa erariale, che rimane, pur sempre, esclusiva titolare del patrocinio: le funzioni procuratorie di cui sopra vengono delegate ad un soggetto esterno all’Avvocatura (funzionario o libero professionista) per ragioni, essenzialmente, di comodità, trovandosi il giudice adito al di fuori della sede dell’Avvocatura stessa (4).

Da tenere ulteriormente distinto dalle ipotesi appena illustrate è l’art. 23, comma 4, legge n. 689 del 1981, in tema di opposizione ad ordinanza-ingiunzione (“*L’opponente e l’autorità che ha emesso l’ordinanza possono stare in giudizio personalmente; l’autorità che ha emesso l’ordinanza può avvalersi anche di funzionari appositamente delegati*”) (5): in questo caso,

(3) Distinzione che non tutti sembrano cogliere: si veda, ad esempio, BELFIORE, *op. cit.*, 1232, il quale pone sullo stesso piano le due norme. Per una puntuale disamina dei relativi tratti distintivi si rimanda a PAVONE, *Lo Stato in giudizio*, Milano, 2002, 35 ss.; la natura giuridica della delega della difesa tecnica erariale è analizzata da CARBONE, *Sulla natura giuridica della rappresentanza in giudizio dello Stato assunta dal funzionario previe intese con l’Avvocatura dello Stato*, in *Giust. civ.*, 1980, I, 858.

(4) Principi ormai acquisiti dalla Suprema Corte: ad es., Cass., sez. un., 2 maggio 1996 n. 4000, in questa *Rivista* 1996, I, 1573, che analizza diffusamente la questione, alla quale si rimanda per ulteriori approfondimenti.

(5) In dottrina, GARRISI, in D’ANGELI - DI BARI - GARRISI - SERAFINI, *Codice delle sanzioni amministrative, Collana I Codici del professionista* di DE LISE, GAROFOLI (a cura di), Roma, 2008, 244 e s., ove si rinvencono ampi riferimenti alla giurisprudenza formatasi in

la facoltà di stare in giudizio tramite propri dipendenti - anziché per il tramite della difesa erariale - è rimessa esclusivamente ad una determinazione dell'amministrazione interessata, non essendo tale scelta subordinata ad alcun preventivo accordo con l'Avvocatura dello Stato territorialmente competente (6). È appena il caso di aggiungere, per completezza, che la norma in esame è da considerarsi speciale rispetto all'art. 3 t.u. *cit.*, trovando applicazione esclusivamente nei giudizi di opposizione ad ordinanza-ingiunzione di cui agli artt. 22 ss., legge n. 689 del 1981; in tutti gli altri casi, la rappresentanza delle amministrazioni statali innanzi al giudice di pace ed al tribunale (ordinario) da parte di un funzionario delegato trova giustificazione e disciplina, di carattere generale, nella disposizione di cui all'art. 3 t.u. n. 1611 del 1933, fatta salva chiaramente l'applicazione delle altre norme "di settore" che prevedono facoltà di delega.

La difesa delle amministrazioni statali (ed equiparate) nelle controversie di lavoro: struttura e funzione dell'art. 417 bis c.p.c..

Il percorso motivazionale della sentenza in commento si snoda lungo due direttrici, intimamente connesse tra loro.

Con la prima, la Corte di Cassazione sostiene che l'art. 417 *bis* c.p.c. esprime due norme "diverse e coordinate", la prima delle quali assegnerebbe alla pubblica amministrazione la "facoltà di stare in giudizio direttamente", mentre la seconda limiterebbe la facoltà così conferita. Da siffatta affermazione di principio la Corte trae la prima fondamentale conclusione: l'art. 417 *bis* c.p.c. non fonderebbe una "ipotesi sostanziale di delega dall'Avvocatura dello Stato all'amministrazione", ma una ipotesi di difesa diretta, con conseguente applicazione delle regole processuali ordinarie dettate dal legislatore, agli artt. 170 e 285 c.p.c, per la notificazione degli atti endoprocessuali.

L'argomento sostenuto dalla Suprema Corte invero non è del tutto persuasivo. A non persuadere è, in primo luogo, la stessa struttura dell'art. 417 *bis* c.p.c. La norma – introdotta dall'art. 42, comma 1, D.Lgs. n. 80 del 1998, e successivamente modificata dall'art. 19, comma 17, D.Lgs. n. 387 del 1998 – non fa altro che riproporre, riguardo alle controversie relative ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni di cui al comma 5 dell'art. 413 c.p.c., e limitatamente al primo grado di giudizio, il meccanismo di cui all'art. 3 t.u. n. 1611 del 1933. Essa, più esplicitamente, consente alle amministrazioni pubbliche (non solo a quelle statali) di prescindere dalla difesa tecnica, potendo farsi rappresentare direttamente da propri dipendenti, salva la facoltà dell'Avvocatura dello Stato (riguardo, chiaramente, alle amministrazioni statali) di assumere la trattazione della causa

ordine alla natura della delega al funzionario *ex art.* 23, comma 4, l. n. 689/1981 e sul luogo di notifica degli atti processuali in caso di delega.

(6) In tal senso, in dottrina, PAVONE, *op. cit.*, 158.

“ove vengano in rilievo questioni di massima o aventi notevoli riflessi economici” (7).

(7) La disciplina di cui all'art. 417 *bis* c.p.c. estende la possibilità dell'autodifesa (ovvero della sostituzione processuale, secondo altra espressione utilizzata nel medesimo significato e con esiti processuali analoghi quanto alla idoneità della notifica della sentenza al dipendente che ha assunto la difesa dell'amministrazione ai fini della decorrenza del termine breve di impugnazione) nelle controversie di lavoro di primo grado a tutte le amministrazioni pubbliche individuate dall'art. 1, comma 2, D.Lgs. n. 165 del 2001, restandone esclusi i soli enti pubblici economici, anche se derivanti da trasformazione di amministrazioni statali: si pensi, per tutti, all'Ente Nazionale per le Strade, ora ANAS S.p.A. Quanto alle Università statali la Suprema Corte ha, di recente, precisato che, pur essendo enti pubblici autonomi, sono da ricomprendere tra le amministrazioni pubbliche equiparate a quelle statali (ai sensi dell'art. 1, comma 2, D.Lgs. n. 29 del 1993, ora art. 1, comma 2, t.u. n. 165 del 2001), e quindi soggette alla disciplina del codice di rito ai fini della facoltà di difesa, in primo grado, avvalendosi di propri dipendenti (art. 417 *bis*, comma 2, c.p.c.) relativamente alle controversie individuali di lavoro: in tal senso, Cass. civ., sez. un., 10 maggio 2006, n. 10700, in *Giust. civ.*, 2007, 5, 1199.

Sulle innovazioni introdotte dall'art. 417 *bis* c.p.c., APICELLA, *La difesa delle amministrazioni pubbliche nelle controversie di lavoro*, in *Lav. nelle p.a.*, 2001, 569 ss.; BUSICO, *Riflessioni sull'art. 417 bis c.p.c.*, in www.lexitalia.it, n. 7-8/2003; MUTARELLI, *Commento all'art. 42*, in CORPACI, RUSCIANO, ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in *Nuove leggi civ. comm.* 1999, 1581 ss., cui si rinvia per i precedenti, anche remoti, della possibilità per le amministrazioni pubbliche di affidare la difesa a propri dipendenti; TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, IV ed., Milano, 1999, 119.

Considerazioni fortemente critiche in ordine alla difesa delle amministrazioni a mezzo di dipendente *ex art.* 417 *bis* c.p.c. sono svolte da NISTICÒ, (*Poche Luci e (molte) ombre nel rapporto di lavoro del pubblico impiegato*, www.unicz.it/lavoro), il quale definisce la difesa a mezzo di dipendente quale “fenomeno di dilettranti allo sbaraglio”, criticando il fatto che l'art. 417 *bis* c.p.c. utilizzi la generica espressione di “dipendenti” senza richiedere alcuna particolare attestazione di professionalità specifica per coloro che devono rappresentare in giudizio le amministrazioni, tenuto altresì conto che il processo del lavoro è caratterizzato da un rigido sistema di preclusioni e decadenze non emendabili nei successivi gradi di giudizio.

Quanto all'ambito applicativo dell'art. 417 *bis* c.p.c., si ricorda che la giurisprudenza ritiene che la p.a. possa stare in giudizio direttamente tramite propri dipendenti anche in sede di reclamo avverso l'ordinanza cautelare pronunciata dal giudice unico del lavoro, posto che il reclamo, previsto dall'art. 669 *terdecies* c.p.c., si inserisce nell'ambito del procedimento cautelare, del quale costituisce una fase eventuale, di natura impugnatoria: in tal senso, Trib. Milano, 7 marzo 2005, *cit.*; Trib. Catanzaro, 19 aprile 2004, in *Gius.*, 2004, 3206; Trib. Bari, 16 marzo 2004, in www.unicz.it/lavoro, ove ulteriori riferimenti; Trib. Belluno, 22 ottobre 2002, in *Giur. it.*, 2004, 549; Trib. Caltanissetta, 23 agosto 2001, in *Giur. merito*, 2002, 970, con nota di CAMPIONE, *La difesa della p.a. nel reclamo avverso ordinanza cautelare nel processo del lavoro*; Trib. Padova, 11 giugno 2000, in *Giust. civ.*, 2001, I, 1977; Trib. Roma, 15 aprile 2000, *ivi*, 2001, I, 1977. E' rimasta isolata quella giurisprudenza che esclude la rappresentanza dell'amministrazione a mezzo di propri dipendenti ai sensi dell'art. 417 *bis* c.p.c. nel giudizio di reclamo, sulla base della natura *latu sensu* impugnatoria del procedimento di reclamo: in tal senso, Trib. Caltanissetta, 6 maggio 2000, in *Giust. civ.*, 2001, I, 259. Per approfondimenti sul tema si rinvia a SGARBI, *Reclamo avverso l'ordinanza cautelare in materia di lavoro e difesa giudiziale della pubblica amministrazione*, in *Lav. nelle p.a.*, 2000, 944.

Maggiormente problematica (ma solo in apparenza) è, invece, la possibilità di prescindere dalla difesa tecnica nelle controversie collettive, promosse riguardo alle procedure di

La lettura combinata del primo e del secondo comma dell'art. 417 *bis* c.p.c. consente, invero, di svolgere considerazioni che premono in una direzione diametralmente opposta rispetto a quella tracciata dai giudici di piazza Cavour.

La prima considerazione è nel senso che il rapporto tra il primo e secondo comma non sembra affatto essere quello di regola-eccezione, in forza del quale l'art. 417 *bis* assegnerebbe, al primo comma e in via generale, alle singole amministrazioni pubbliche, nelle controversie di lavoro e limitatamente al primo grado di giudizio, la difesa diretta, mentre, al secondo comma, limiterebbe la facoltà conferita, nei casi eccezionali in cui “*vengano in rilievo questioni di massima o aventi notevoli riflessi economici*” e l'Avvocatura dello Stato, competente territorialmente, determini di assumere direttamente la trattazione della causa. Ciò per l'ovvia constatazione che le controversie in generale, e giuslavoristiche in particolare, possono presentare svariate questioni giuridiche di massima che occorre affrontare e risolvere, questioni che possono attenerne ad aspetti processuali o sostanziali dell'intera controversia o di parte di essa, mentre ove la controversia presenti aspetti di seria-

contrattazione collettiva da organizzazioni sindacali, dall'ARAN o dalle pubbliche amministrazioni (art. 63, comma 3, D.Lgs. n. 165 del 2001), nonché in quelle relative a comportamenti antisindacali, ai sensi dell'art. 28 stat. lav., introdotte da soggetti collettivi, in cui l'azione è diretta a reprimere una condotta lesiva di prerogative del sindacato, in quanto soggetto autonomo e anche quando investe una dimensione plurioffensiva, poiché occasionata dalla contemporanea lesione di diritti del singolo lavoratore: la dottrina maggioritaria propende per la soluzione negativa, in forza dell'espresso richiamo contenuto nell'art. 417 *bis* c.p.c. alla norma che disciplina la competenza per territorio nelle controversie individuali di lavoro, il che, ragionevolmente, esclude l'applicazione della difesa personale nei giudizi che, pur assoggettati al rito speciale del lavoro, non siano ad esse riconducibili: in tal senso, condivisibilmente, APICELLA, in NOVIELLO, SORDI, APICELLA, TENORE, *op. cit.*, 296. In effetti, il richiamo alla norma sulla competenza territoriale nelle controversie individuali di lavoro (art. 413, comma 5, c.p.c.) può avere un senso solo se il dato letterale venga strettamente interpretato con inerenza al singolo rapporto di lavoro e non esteso, dunque, alle liti di carattere collettivo e che, comunque trascendono quella stretta inerenza. Laddove la controversia non abbia dimensione individuale, la difesa tecnica dev'essere senz'altro assunta direttamente dall'Avvocatura dello Stato (in tal senso, in giurisprudenza, Trib. Pisa, 21 marzo 2002, n. 202, in www.edscuola.it, ove, in applicazione del suesposto principio, è stata dichiarata la contumacia del Ministero della Pubblica Istruzione, in quanto, trattandosi di controversia in materia di repressione della condotta antisindacale e non strettamente inerente ad un rapporto di lavoro individuale, la costituzione era avvenuta nelle forme di cui all'art. 417 *bis* c.p.c. e non già per il tramite dell'Avvocatura dello Stato).

La difesa delle amministrazioni a mezzo di dipendente *ex* art. 417 *bis* c.p.c., secondo una tesi, è da ritenersi ammissibile anche nelle controversie in materia previdenziale, in considerazione dell'espresso richiamo alle norme di procedura contenute nel Capo I del Titolo IV del codice di procedura civile operato dall'art. 442 c.p.c., vale a dire quelle relative alle controversie individuali di lavoro (artt. 409-441, c.p.c.), ivi compreso, quindi, l'art. 417 *bis* c.p.c.: a questa conclusione perviene DEL VECCHIO, *La giurisdizione esclusiva della Corte dei Conti, ai sensi dell'art. 62 del R.D. 12 luglio 1934, n. 1214, per le controversie in materia di pensioni dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche e il tentativo obbligatorio di conciliazione quale condizione di procedibilità*, in www.filodiritto.com.

lità, tali da escludere la configurabilità di una questione di massima, pur sempre l'Avvocatura dello Stato potrebbe decidere di trattare direttamente la causa, atteso che proprio il carattere seriale della controversia, nei casi in cui l'amministrazione risulti soccombente, potrebbe determinare notevoli riflessi economici per l'erario.

È di tutta evidenza come la norma fissata dall'art. 417 *bis*, comma 1 e 2, c.p.c. finisca, sotto il profilo strutturale, con l'assegnare all'Avvocatura dello Stato il potere di trattare direttamente, anche nel primo grado di giudizio, controversie quantitativamente e qualitativamente maggiori di quelle che ad una prima lettura si possa pensare. Il che finisce, in concreto, per invertire il rapporto tra regola ed eccezione individuato dalla Corte riguardo alla relazione tra il primo ed il secondo comma dall'art. 417 *bis* c.p.c.

Inoltre l'art. 417 *bis* c.p.c. non può non essere letto in combinato disposto con l'art. 1, R.d. 30 ottobre 1933, n. 1611, per il quale "La rappresentanza, il patrocinio e l'assistenza in giudizio delle Amministrazioni dello Stato, anche se organizzate ad ordinamento autonomo, spettano alla Avvocatura dello Stato". A riprova di ciò sta il fatto che la norma del codice di rito limita "al giudizio di primo grado" la facoltà dell'amministrazione di stare in giudizio personalmente e questo presuppone e comporta che l'interesse (ed il compito) defensionale della P.A. sia affidato, dall'ordinamento, istituzionalmente alla cura di altro soggetto, diverso dall'amministrazione che, di volta in volta, sta in giudizio, ossia all'Avvocatura dello Stato cui compete *ope legis* il ruolo di difensore delle amministrazioni statali, ai sensi dell'art. 1, R.d. *cit.*

È la stessa funzione dell'art. 417 *bis* c.p.c. a tradire l'intenzione del legislatore di dettare una norma destinata a produrre i suoi effetti interamente sul piano dell'organizzazione amministrativa. Ormai da tempo la migliore dottrina (8) insegna che l'organizzazione amministrativa dev'essere definita in relazione non già all'autorità, ma alla cura degli interessi, sicché la norma in esame è norma sull'organizzazione, nel senso che essa consente di derogare alla tendenziale corrispondenza tra una determinata dimensione di interessi accuditi e i caratteri dell'organizzazione chiamata a provvedervi, rivedendo e modificando l'originaria classificazione di corrispondenza tra lo svolgimento di certe attività e una certa dimensione degli interessi, in vista di differenziate modalità di integrazione e di aggregazione (9). Da ciò discende, quale logico corollario, che diversamente da quanto sostenuto dalla Corte di Cassazione, l'art. 417 *bis* c.p.c. non assegna alle singole amministrazioni pubbliche, nelle controversie relative ai rapporti di lavoro e limi-

(8) CAMMELLI, *Delega amministrativa*, in *Enc. It.*, Roma, 1988, 4, il quale evidenzia che il rapporto tra l'organizzazione amministrativa e gli interessi, affidati dall'ordinamento alla cura della p.a., è duplice, atteso che da un lato "l'organizzazione è "modellata" dagli interessi che deve curare e dall'altro ne costituisce elemento integratore e potenziatore poiché vi inserisce elementi di razionalità prima assenti".

(9) In tal senso, v. CAMMELLI, *loc. ult. cit.*

tatamente al primo grado di giudizio, una difesa diretta, atteso che essa - non solo con riguardo ai successivi gradi di giudizio, ma anche nel primo grado “*ove vengano in rilievo questioni di massima e aventi notevoli riflessi economici*” -, presupponendo e rinviando alla cura dell’interesse defensionale da parte dell’Avvocatura dello Stato, quale soggetto a ciò istituzionalmente deputato, determina uno spostamento, in senso orizzontale, di quote di potere (*rectius: ius postulandi*) ad altra sede (e cioè il trasferimento del potere defensionale dall’Avvocatura dello Stato all’amministrazione attiva cui è affidata la cura dell’interesse sostanziale dedotto in controversia).

Lo strumento giuridico attraverso cui, nel nostro ordinamento, avviene tale passaggio è la delega, e cioè l’atto dispositivo per mezzo del quale un soggetto, fondandosi sulla propria competenza a provvedere in ordine ad un determinato oggetto, attribuisce ad altro soggetto i poteri e le facoltà che reputa necessari affinché questo possa provvedere in modo legittimo, in ordine all’oggetto stesso (10). Secondo questa impostazione, l’art. 417 *bis* c.p.c., dunque, non assegnerebbe affatto, nelle controversie di lavoro, direttamente all’amministrazione lo *ius postulandi*, ma conferisce il potere all’Avvocatura, deputata, istituzionalmente, alla cura degli interessi defensionali delle amministrazioni, di rendere competente altro soggetto in ordine al medesimo oggetto, risultando così l’effetto della delega non già il prodotto della legge, ma dell’esercizio del potere di delegazione.

Da ciò discende, in primo luogo, che la titolarità della cura dell’interesse defensionale resta pur sempre in capo all’Avvocatura dello Stato delegante, con conseguente potere di quest’ultima di revocare la delega, facendone cessare gli effetti, salvi, s’intende, quelli già prodotti a seguito dell’attività processuale compiuta dall’amministrazione delegata. Si potrebbe obiettare che nel processo del lavoro, il rigido sistema di preclusioni e decadenze di cui all’art. 416 c.p.c., renderebbe ultronea l’eventuale revoca, da parte dell’Avvocatura dello Stato, della delega intervenuta nel corso del giudizio di primo grado. Intanto è da osservarsi che le molteplici evenienze processuali potrebbero indurre il soggetto titolare dell’interesse defensionale a valutare di assumere direttamente la trattazione della causa, che in un primo tempo si era deciso di delegare all’amministrazione. Ma potrebbe anche darsi che in presenza di una cancellazione della causa, per inattività delle parti, la difesa erariale valuti opportuno ottenere, in ogni caso, una pronuncia dell’autorità giudiziaria, anche al fine di scongiurare la reiterazione o il moltiplicarsi di domande giudiziarie simili.

Se si condivide l’impostazione sin qui descritta, si coglie la ragione per la quale, essendo la forma scritta un elemento necessario dell’atto di delega, l’art. 417 *bis* c.p.c., al comma secondo, sul presupposto che l’atto introduttivo del giudizio sia notificato, ai sensi dell’art. 11, R.d. n. 1611/1933, all’Avvocatura dello Stato, dispone che il difensore erariale – ove non abbia

(10) Così MIELE, *Delega (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, 905 ss.

valutato di trattare direttamente la controversia – trasmetta immediatamente gli atti ai competenti uffici dell'amministrazione interessata, affinché questa possa stare in giudizio direttamente con i propri funzionari. Non vi è dubbio che con l'atto di trasmissione il soggetto titolare dell'interesse defensionale della P.A., senza perdere la propria competenza sull'oggetto della delegazione, assegna all'amministrazione delegata una competenza derivata, senza che vi sia necessità di accettazione da parte del delegato.

Si tratta, invero, di conclusione che non contrasta affatto con l'opinione espressa da autorevole dottrina (11), per la quale la formulazione attuale dell'art. 417 *bis* c.p.c. esprime una scelta antiformalistica del legislatore, atteso che, a seguito della modifica operata dal D.Lgs. n. 387 del 1998, sono da qualificare come *interna corporis* del quale il giudice e la controparte possono, e devono, disinteressarsi, “*non solo la scelta del soggetto incaricato di svolgere la difesa, la sua qualifica e la sede di servizio, ma anche... le intese eventualmente intercorse con l'Avvocatura dello Stato*” (12). Infatti, l'atto di delega dell'Avvocatura dello Stato all'amministrazione delegata pur sempre rimane un atto a carattere interno, considerato che sia la designazione del dipendente delegato a rappresentare in giudizio l'amministrazione, che l'intesa tra l'amministrazione e l'Avvocatura dello Stato, essendo atti posti in essere nell'esclusivo interesse dell'amministrazione, si collocano in momento antecedente al processo e ad esso rimangono estranee (13).

La *ratio* cui probabilmente assolve la norma in commento è quella di assicurare il soddisfacimento di esigenze di efficienza e buon andamento dei pubblici uffici (art. 97 Cost.): infatti, il ricorso alla rappresentanza del dipendente dell'amministrazione sgraverebbe l'Avvocatura dello Stato degli oneri attinenti alla cura e predisposizione della difesa tecnica della P.A. nelle controversie di lavoro meno complesse, mantenendo, tuttavia, la “supervisione tecnica” della lite e consentendo, comunque, la diretta gestione, secondo le regole generali, delle cause più complesse o importanti, in quanto concernenti “questioni di massima o aventi notevoli riflessi economici”. Tutto ciò comporta, come è evidente, indiscutibili ricadute sulla imponente mole di lavoro che grava sugli uffici delle Avvocature Distrettuali e dell'Avvocatura Generale, in modo da consentir loro di concentrarsi principalmente sulle controversie lavoristiche che, per la complessità o valenza finanziaria, occorre trattenerne per una più accurata difesa (si pensi a quelle concernenti la validità, l'interpretazione o l'efficacia delle fonti contrattuali collettive, ed ancora a quelle il cui *petitum* sia idoneo ad incidere sulle disposizioni sul costo del lavoro contenute nelle leggi o nei contratti collettivi, nonché i giudizi su posizioni individuali di dipendenti pubblici in materie particolarmente tecniche: ad esempio, conferimento e revoca di incarichi dirigenziali, risarcimen-

(11) APICELLA, *La difesa delle amministrazioni pubbliche nelle controversie di lavoro*, op. cit., 573 ss.

(12) APICELLA, op. loc. ult. cit.

(13) Così ancora APICELLA, op. cit., 576.

to da *mobbing*), limitandosi, di contro, ad operare una semplice supervisione delle controversie meramente bagatellari.

Secondo lo schema delineato dall'art. 417 *bis* c.p.c., l'espletamento del compito difensivo - tanto più dopo la modifica ad opera dell'art. 19, D.Lgs. n. 387/1998 - costituisce espressione di un potere dell'amministrazione di stare in giudizio direttamente a mezzo del dipendente (14), il quale non può essere considerato difensore tecnico dell'amministrazione. Si tratta, infatti, di una difesa in proprio da parte di quest'ultima, svolta per il tramite del dipendente, che costituisce lo strumento del quale l'amministrazione si avvale per realizzare la propria diretta presenza in giudizio.

Ciò non toglie che, in tale fattispecie, il ruolo dell'Avvocatura appare essere, se possibile, ancora più incisivo rispetto a quanto previsto dall'art. 3 *cit.* (15): nel processo del lavoro, infatti, la facoltà di "delegare" (*rectius*: derogare alla difesa dell'Avvocatura dello Stato) la difesa a dipendenti è legislativamente limitata al primo grado di giudizio, mentre per le eventuali successive impugnazioni la rappresentanza e la difesa dell'amministrazione statale (o ad essa equiparata) torna ad essere affidata, inderogabilmente, alla difesa erariale.

I limiti della soluzione fornita dalla Suprema Corte: sull'idoneità della notifica della sentenza effettuata al dipendente che sta in giudizio ai sensi dell'art. 417 bis c.p.c. a far decorrere il termine breve per la proposizione dell'appello.

La seconda direttrice intorno alla quale si snoda il percorso motivazionale della sentenza in commento, muovendo, come si è visto, dall'iscrizione del modello delineato dall'art. 417 *bis* c.p.c. allo schema della difesa diretta (e non già a quello della delega), giunge ad affermare che esso non potrebbe non implicare dei riflessi sul luogo di notificazione della sentenza, escludendo che trovi applicazione la regola generale, prevista per le amministrazioni statali, dall'art. 11, comma 2, R.d. 30 ottobre 1933, n. 1611, attesa l'idoneità della notifica della sentenza effettuata direttamente allo stesso dipendente a far decorrere il termine breve per la proposizione dell'appello ai sensi dell'art. 325 c.p.c.

Anche questa conclusione, invero, non persuade.

A non persuadere è, come si è visto, innanzitutto la ricostruzione compiuta dalla Corte della natura del potere defensionale esercitato dall'amministrazione *ex art.* 417 *bis* c.p.c.

(14) In tal senso, CURCUTO, *La gestione del contenzioso di lavoro: modelli e problemi*, in *Lav. nelle p.a.*, 2001, 308; SGARBI, *Jus postulandi, uffici per la gestione del contenzioso e notificazioni*, in CARINCI, D'ANTONA, *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, Milano, 2000, 1983.

(15) Sui rapporti delle amministrazioni statali con l'Avvocatura dello Stato con specifico riferimento alle controversie di lavoro privatizzato, APICELLA, *La difesa delle amministrazioni*, *cit.*, 586 ss.

In senso contrario alla conclusione cui giunge la Suprema Corte depone, altresì, il rilievo che l'art. 417 *bis*, comma 2, c.p.c. espressamente circoscrive la facoltà dell'amministrazione di avvalersi di propri dipendenti per la difesa in giudizio al solo primo grado del giudizio (regola generale del contenzioso lavoristico, in cui l'assunzione della difesa da parte dell'Avvocatura dello Stato, si è visto, è configurata dalla norma, almeno in apparenza, quale residuale), riespandendosi in appello la regola generale (ordinaria) che vede nella difesa erariale l'organo istituzionalmente deputato alla difesa dell'amministrazione, ai sensi dell'art. 1, R.d. n. 1611/1933. In altri termini, essendo prevista la facoltà dell'Amministrazione di farsi rappresentare in giudizio da propri dipendenti per il solo primo grado di giudizio, ai sensi dell'art. 417 *bis* c.p.c., la qualità di destinatari degli atti processuali che assumono i dipendenti dell'amministrazione in base alla generale disciplina codicistica (art. 170 c.p.c.) è limitata alle comunicazioni e notificazioni degli atti che concernono esclusivamente il primo grado; di contro, costituendo la notificazione delle sentenze di primo grado operazione riconducibile alla complessiva attività di impugnazione, essa deve effettuarsi presso l'Avvocatura dello Stato territorialmente competente, trattandosi quest'ultima dell'organismo istituzionalmente e inderogabilmente preposto alla difesa tecnica dell'amministrazione statale per i giudizi di impugnazione.

Siffatto ragionamento si fonda su una interpretazione dell'art. 417 *bis* c.p.c. che valorizza i limiti dallo stesso espressamente posti alla sua applicazione, primo tra tutti quello rinvenibile nella disposizione generale di cui all'art. 11, R.d. n. 1611 del 1933, che fissa l'obbligo della notifica degli atti processuali alle amministrazioni statali presso la sede della competente Avvocatura dello Stato, della quale si deve affermare l'autonoma operatività anche a prescindere dalla portata dell'art. 417 *bis* c.p.c. Infatti, anche a voler ascrivere, come ritiene la Suprema Corte, la fattispecie di cui all'art. 417 *bis* c.p.c. al modello dell'autodifesa (16), di certo essa non si pone come dero-

(16) Per un'ampia disamina dei problemi applicativi derivanti dalla disciplina delle notificazioni alle amministrazioni pubbliche dei ricorso in materia di lavoro, cfr. MUTARELLI, *In tema di competenza territoriale nelle controversie di lavoro nei confronti delle amministrazioni dello Stato e regime di notificazione dei ricorsi*, in questa *Rivista* 2000, I, 206 ss.; APICELLA, *Commento all'art. 41*, in DELL'OLIO, SASSANI (a cura di), *Amministrazioni pubbliche, lavoro, processo*, Milano, 2000, 523 ss.; Id., *La difesa delle amministrazioni pubbliche nelle controversie di lavoro*, *cit.*, il quale ricorda il tradizionale orientamento della Suprema Corte (relativo ad ipotesi diverse da quelle di cui all'art. 417 *bis* c.p.c.), secondo cui, nell'ipotesi in cui l'amministrazione statale sia personalmente costituita in giudizio, il funzionario delegato, in deroga alle disposizioni sulla domiciliazione legale presso l'Avvocatura dello Stato, assume la qualità di destinatario degli atti del processo per conto della parte rappresentata, essendo l'unico legittimato a ricevere le comunicazioni e notificazioni, non solo della sentenza che definisce il giudizio, ma dello stesso atto di impugnazione: in tal senso, *ex pluribus*, da ultimo, Cass. civ., sez. II, 19 giugno 2007, n. 14279, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 6, in tema di sanzioni amministrative *ex lege* n. 689/1981; nello stesso senso, in precedenza, Corte conti reg. Sicilia, sez. giurisd., 10 novembre 2005,

gatoria alla regola generale, fissata dall'art. 11, comma 2, R.d. n. 1611/1933, sull'obbligatorietà della notifica delle sentenze presso la sede dell'Avvocatura dello Stato competente territorialmente. Si consideri oltretutto che, ai sensi dell'art. 417, comma 2, c.p.c. la parte che sta in giudizio personalmente si costituisce con elezione nell'ambito del territorio della Repubblica, il che evidentemente conferma, da un lato, che l'elezione di domicilio va effettuata nella misura in cui il convenuto è soggetto privato e non una pubblica amministrazione, soggetta in quanto tale al disposto dell'art. 417 *bis* c.p.c. e, dall'altro lato, che non è detto che il datore di lavoro debba necessariamente eleggere domicilio nella circoscrizione territoriale del giudice adito. Sembra, pertanto, più che ragionevole ipotizzare che il domicilio legale delle amministrazioni statali sia rimasto quello precedente (e cioè l'Ufficio dell'Avvocatura dello Stato nel cui distretto si trova il giudice innanzi al quale la causa è stata portata), quanto meno ai fini della notificazione della sentenza, ai sensi dell'art. 11, comma 2, R.d. n. 1611/1933.

La ragione della necessaria notificazione all'Avvocatura può essere, quindi, rintracciata in un motivo apparentemente formale - ossia, la riconducibilità della notificazione della sentenza di primo grado alla complessiva attività di impugnazione - al quale è, tuttavia, ricollegabile un motivo di ben altra consistenza. Il sostenere che la notifica della sentenza sia atto del grado del possibile giudizio di impugnazione, sicché necessariamente dev'essere eseguita presso l'ufficio dell'Avvocatura dello Stato che rappresenta l'amministrazione nel grado superiore, costituisce tesi condivisibile e già accolta dalla giurisprudenza di legittimità con riferimento al contenzioso tributario prima dello *jus superveniens* della legge 13 maggio 1999, n. 133 (17), pur non mancando autorevoli opinioni dottrinali che ritengono la notifica funzionale agli effetti della sentenza, alla sua possibile definitività conseguente al passaggio in giudicato e solo indirettamente ai tempi di una eventuale impugnazione (18).

Di contro, l'interpretazione estensiva del sintagma "giudizio di primo grado" contenuto nell'art. 417 *bis* c.p.c., che viene ritenuto dalla Corte com-

n. 227, in *Riv. corte conti*, 2005, 6, 278; Cass. civ., sez. I, 5 gennaio 2000, n. 53, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 21; Cass. civ., sez. un., 24 agosto 1999, n. 599, *ivi*, 1999, 1831 e Cass. civ., sez. I, 21 maggio 1999, n. 4949, in *Giust. civ. Rep.*, voce *Sanzioni amministrative*, 156, entrambe sulla notificazione della sentenza ai fini del decorso del termine breve di impugnazione; Cass. civ., sez. I, 10 novembre 1994, n. 9385, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, 11; Cass. civ., sez. lav., 10 luglio 1991, n. 7608, in questa *Rivista*, 1992, I, 103 e Cass. civ., sez. lav., 6 luglio 1991, n. 7506, *ivi*, 3149, tutte relative alla notificazione dell'atto di impugnazione. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali si rinvia a PAVONE, *op. cit.*, 160, in part. nt. 20.

(17) Cass. civ., sez. I, 17 giugno 1998, n. 6043, in *Riv. dir. trib.*, 1998, 894 ss., per la quale la notifica della sentenza della Commissione tributaria regionale essendo atto del grado del successivo va effettuata presso l'Avvocatura Generale dello Stato, competente per il giudizio di cassazione; Cass. civ., sez. I, 10 giugno 1998, n. 5732, in *Giust. civ.*, 1998, I, 3107; in dottrina, per questa soluzione, GLENDI, in *Riv. giur. trib.*, 1998, 875 ss.

(18) In tal senso, LUPI, in *Corr. trib.*, 1999, 395 ss.; SILLA, in *Il sole 24 ore* del 28 ottobre 1998, 27; MANZONI, in *Riv. dir. trib.* 1998, II, 894 ss.; MULEO, in *Boll. trib.* 1999, 5 ss.

preensivo anche dell'attività di notificazione della sentenza, "benché si collochi necessariamente in un momento successivo alla conclusione del giudizio stesso", desta più di una perplessità, ostandovi la sussistenza nell'ordinamento di specifiche disposizioni derogatorie (ossia, l'art. 11, comma 2, R.d. n. 1611/1933) che impediscono di ritenere implicitamente ricompresa nell'ambito previsionale dell'art. 417 *bis* c.p.c. la *regula juris* desunta dalla Corte, per come appresso s'illustrerà.

A ben vedere, la notificazione all'Avvocatura dello Stato della sentenza di primo grado rappresenta una logica conseguenza di una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 417 *bis* c.p.c. Il diritto costituzionale di difesa (art. 24 Cost.), che, come noto, dev'essere inteso nel senso della sua piena effettività (anche alla luce del più generale principio costituzionale dell'uguaglianza sostanziale: art. 3, comma 2, Cost., e del giusto processo: art. 111 Cost.) e non di un suo semplicistico e formale rispetto, impone che il difensore (sia esso una persona fisica o, come nel caso dell'Avvocatura dello Stato, un organismo rientrante nell'apparato pubblico) preposto alla analisi tecnico-giuridica della sentenza di primo grado (e alla valutazione dell'opportunità di una sua impugnazione) sia anche lo stesso che ne riceve la notificazione ai fini del decorso del termine breve di impugnazione (a tale *ratio* rispondono, infatti, le norme codicistiche – artt. 285 e 170 c.p.c. – dettate avendo a mente il patrocinio del privato cittadino da parte del libero professionista).

Nella fattispecie contemplata dall'art. 417 *bis* c.p.c., come visto, la rappresentanza della P.A. da parte dei suoi dipendenti è limitata al primo grado di giudizio, mentre ogni successiva valutazione giuridica ritorna (non facoltativamente, ma obbligatoriamente) in capo all'Avvocatura, riespandendosi, come si è detto, la regola generale della esclusiva titolarità della difesa tecnica (delle amministrazioni statali) da parte dell'Avvocatura, ai sensi dell'art. 1, R.d. n. 1611/1933. Sicché, notificare la sentenza direttamente all'amministrazione vuol dire, quanto meno, ritardare di diversi giorni la valutazione dell'opportunità di un'impugnazione (nonché della eventuale predisposizione dell'atto di impugnazione) da parte dell'Avvocatura dello Stato, organismo inderogabilmente preposto all'impugnazione della sentenza di primo grado, con conseguente menomazione del diritto di difesa costituzionalmente garantito, ai sensi del combinato disposto degli artt. 3 e 24 Cost., atteso che la P.A. si verrebbe a trovare in una situazione di irragionevole disparità di trattamento rispetto ad una parte privata in quanto avrebbe, di fatto, meno tempo per le scelte tecniche di cui sopra (considerando non solo che la sentenza notificata all'amministrazione dovrebbe essere successivamente trasmessa all'Avvocatura dello Stato, ma anche avuto riguardo ai ristretti limiti temporali per l'impugnazione che la notificazione di una sentenza comporta).

Le contrarie argomentazioni svolte al riguardo dalla Suprema Corte nella decisione in commento non paiono cogliere nel segno.

In primo luogo, l'argomento secondo cui "*attraverso la notifica al dipendente l'amministrazione sarà in grado di effettuare una prima valutazione sull'opportunità di impugnare*" non appare decisivo ai fini della successiva (necessaria) deliberazione della censurabilità della decisione che com-

pete *ex lege* all'Avvocatura dello Stato; in altri termini, che il dipendente, per effetto della notifica presso di lui della sentenza, sia in grado di valutare l'opportunità di impugnare di certo non fuga i dubbi, sotto il profilo della tutela del diritto di difesa, dedotti dall'Avvocatura Generale dello Stato nel giudizio definitosi con la sentenza in commento, poiché il dipendente, in ogni caso, ossia anche quando ritenesse la sentenza corretta e ben motivata, dovrebbe comunque trasmetterla all'Avvocatura dello Stato per le valutazioni di competenza in ordine alla sua censurabilità. Di certo, la "*prima valutazione sull'opportunità di impugnare*" da parte del dipendente, quand'anche si concludesse nel senso della non opportunità di proporre appello, non potrebbe giammai comportare che il dipendente possa trattenere la sentenza presso di sé (che passerebbe così in giudicato), senza trasmetterla all'Avvocatura dello Stato. Ne consegue che tale sommaria delibazione della sentenza (notificata) da parte del dipendente è irrilevante ai fini della garanzia del diritto di difesa dell'amministrazione, il cui esercizio in tale fase compete esclusivamente all'Avvocatura dello Stato.

Il secondo argomento addotto dalla Corte, che fa leva sulla necessità che siano adottate "*misure tali da consentire un dialogo costante fra l'amministrazione e l'Avvocatura dello Stato, che dovrebbe eliminare alla base ogni preoccupazione circa rallentamenti nello scambio di informazioni tra i due soggetti*", più che fondarsi sul riscontro di elementi positivi capaci di escludere una menomazione del diritto di difesa dell'amministrazione, pare costituire solo un suggerimento (*rectius*: un auspicio) rivolto dalla Corte, come tale del tutto inidoneo, al pari del primo argomento, a superare i rilievi della difesa erariale.

Inoltre, in senso contrario alla soluzione adottata dalla Suprema Corte soccorre anche la considerazione che l'Avvocatura dello Stato, durante il primo grado di giudizio, mantiene una "supervisione" tecnica della lite, visto che l'art. 417 *bis* c.p.c. riserva all'Avvocatura dello Stato la decisione, caso per caso, di conservare la difesa qualora si appalesino - a giudizio della stessa difesa erariale - questioni di massima o di notevole rilevanza economica, anziché consentire all'Amministrazione di farsi rappresentare in giudizio da un dipendente. A maggior ragione, quindi, risulta giustificato che la sentenza emessa dal giudice di prime cure venga notificata all'organismo che, oltre a dover, eventualmente, impugnare la sentenza, resta comunque titolare dell'interesse defensionale, avendo, come si è detto, esercitato un "controllo tecnico", seppur in senso lato, già in primo grado e a cui compete *ex lege* la valutazione in ordine alla censurabilità della sentenza.

In aggiunta alle osservazioni svolte, la tesi sostenuta dalla Suprema Corte deve misurarsi con il principale ostacolo che ad essa si oppone, costituito dalla disposizione recata dall'art. 11, comma 2, R.d. n. 1611 del 1933, disciplinante proprio il tema della notificazione delle sentenze, da ritenersi applicabile anche alle controversie di lavoro pubblico: tale disposizione stabilisce semplicemente (ossia ordinariamente) che le sentenze devono essere notificate, a pena di nullità, presso l'ufficio dell'Avvocatura dello Stato competente per territorio. Di certo, non v'è ragione alcuna per ritenere tale norma applicabile solo quan-

do l'amministrazione stia in giudizio col ministero dell'Avvocatura e non invece quando stia in giudizio tramite un funzionario o dipendente: il t.u. n. 1611 del 1933, che costituisce la normativa di riferimento sulla rappresentanza giudiziale dello Stato, conosceva già la possibilità che l'amministrazione stesse in giudizio personalmente, come si desume a chiare note dal suo art. 3, più volte ricordato, ma non ha indicato per tale ipotesi un diverso modo di notificazione della sentenza. Ipotizzare che in detto caso si debba operare diversamente significa introdurre una distinzione che nella legge non esiste, e *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

Non può, invero, ritenersi che attraverso l'art. 417 *bis* c.p.c. si sia inteso introdurre una deroga al principio consacrato nella norma appena citata secondo il quale il domicilio legale delle amministrazioni statali presso cui va effettuata la notifica della sentenza è presso gli uffici dell'Avvocatura dello Stato nel cui distretto si trova il giudice che ha pronunciato la sentenza. In effetti, introducendo l'art. 417 *bis* c.p.c. il legislatore ha inteso semplicemente ampliare le ipotesi in cui le amministrazioni (e segnatamente quelle statali) possono stare in giudizio a mezzo dei propri funzionari e non per il tramite dei propri legali (per quelle statali tramite l'Avvocatura dello Stato, difensore *ex lege*). In altre parole, il legislatore - consapevole degli effetti che il trasferimento delle cause in materia di pubblico impiego (privatizzato) al giudice del lavoro avrebbe provocato ed in particolare delle difficoltà che le varie avvocature pubbliche avrebbero avuto a espletare le loro funzioni (applicandosi l'art. 409 c.p.c. si sarebbe avuta una enorme frammentazione delle cause sul territorio ed inoltre proprio per questo motivo sarebbero diminuiti i cc.dd. ricorsi collettivi che in molti casi consentivano innanzi al giudice amministrativo di contenere il numero delle liti) e del fatto che il ricorso ad avvocati del libero foro avrebbe comportato un enorme incremento delle spese legali difficilmente sostenibile dalla disastrosa finanza pubblica - si è reso conto che non esisteva altro rimedio, sul piano organizzativo, che quello di coinvolgere i dipendenti della P.A. che generalmente si occupano negli uffici della medesima di tutto ciò che attiene alla gestione ed organizzazione del personale (19). Ovviamente un siffatto tipo di operazione necessitava di norma che consentisse a questi ultimi l'espletamento dell'attività defensionale ed appunto a questi fini è stato introdotto l'art. 417 *bis* c.p.c. Trattasi di norma attraverso la quale è stata introdotta la possibilità che ai funzionari della P.A. si conferisca lo *jus postulandi*, dovendosi, tuttavia,

(19) Sugli uffici del contenzioso nel sistema del D.Lgs. n. 29/1993 e successive modificazioni, si veda TENORE, in NOVIELLO, SORDI, CARUGNO, TENORE, *Le controversie sul pubblico impiego privatizzato e gli uffici del contenzioso*, Milano, 1999, 33-42; DELLA ROCCA, *La gestione del contenzioso da parte delle pubbliche amministrazioni*, in PERONE, SASSANI (a cura di), *Processo del lavoro e rapporto alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Padova, 1999, 262; più di recente, CURCURUTO, *op. cit.*, 301 e ss.; TENORE, in NOVIELLO, SORDI, APICELLA, TENORE, *Le controversie sul pubblico impiego privatizzato e gli uffici del contenzioso*, Milano, 2001, 211-249.

escludere che essa importi una qualche modificazione delle regole concernenti la domiciliazione delle amministrazioni statali. Tale norma non deroga alle norme che domiciliano *ex lege* le amministrazioni statali presso l'Avvocatura dello Stato ed anzi contiene, sia pur implicita, un'indicazione contraria alla conclusione cui giunge la Suprema Corte.

Né sembra possibile applicare la disciplina generale codicistica (art. 170, comma 3, c.p.c.) nelle fattispecie regolate da una normativa di diritto speciale (art. 11, R.d. n. 1611 del 1933), derogatoria rispetto alla prima. Immaginare che il legislatore abbia di proposito omissivo di disciplinare, nella normativa speciale in tema di rappresentanza in giudizio dello Stato, il caso della notificazione di sentenza conclusiva di un giudizio in cui l'amministrazione sta per mezzo di un suo dipendente, perché si applicasse a detto caso la disciplina del codice di rito, presupporrebbe l'esistenza di una norma di rinvio, che invece non c'è (20).

Le ragioni sopra esposte, sia di natura sostanziale sia di natura formale-sistemica inducono a ritenere necessaria, ai fini della decorrenza del termine breve dell'impugnazione, la notificazione della sentenza all'ufficio dell'Avvocatura dello Stato territorialmente competente.

Ma, a ben vedere, la conclusione cui approda la Corte si espone ad ulteriori rilievi critici.

A risolvere la questione del soggetto destinatario della notificazione della sentenza emessa in giudizi lavorativi trattati direttamente da dipendenti dell'amministrazione *ex art. 417 bis c.p.c.* non può, comunque, valere il richiamo (su cui fa principalmente leva il ragionamento della Suprema Corte) a quell'orientamento formatosi nella giurisprudenza di legittimità riguardo ai giudizi di opposizione ad ordinanza-ingiunzione (21).

Tale indirizzo giurisprudenziale, ormai consolidato, sostiene che, qualora l'amministrazione si costituisca in giudizio a mezzo di proprio dipendente (art. 23, comma 4, legge n. 689 *cit.*) - ossia senza avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato -, la notifica della sentenza, come di tutti gli altri atti del processo, ivi compreso l'atto di opposizione (22), devono essere effettuate presso il funzionario delegato, unico legittimato a ricevere le comunicazioni e notificazioni. Secondo tale tesi, dunque, opererebbe, per le amministrazioni statali, una deroga alle norme sulla domiciliazione legale presso l'Avvocatura dello Stato contenute ai commi 1 e 2 dell'art. 11, R.d. 30 ottobre 1933, n. 1611 (23). A tale conclusione la Suprema Corte giunge, essenzialmen-

(20) Di questa condivisibile opinione è BELFIORE, *Sulla notificazione della sentenza*, *cit.*, 1232.

(21) In questo senso, invece, APICELLA, *La difesa delle amministrazioni*, *cit.*, 581.

(22) Cass. civ., sez. lav., 9 maggio 2003, n. 7152, *cit.*; Cass. civ., sez. III, 3 agosto 2000, n. 10200, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 1700.

(23) Così, sulla notificazione della sentenza ai fini del decorso del termine breve di impugnazione, Cass. civ., sez. II, 19 giugno 2007, n. 14279, *cit.*; Cass. civ., sez. III, 18 gennaio 2000, n. 497, in *Foro it.*, 2001, I, 661; Cass., sez. un., 24 agosto 1999, n. 599, *cit.*; Cass.

te, ritenendo che “*le previsioni dei commi 2 e 4 dell’art. 23 legge n. 689 del 1981, laddove rispettivamente stabiliscono che il decreto di fissazione dell’udienza di comparizione delle parti debba essere notificato dalla cancelleria, unitamente al ricorso introduttivo, all’opponente ed all’autorità che ha emesso l’ordinanza impugnata, e che tali parti possono stare in giudizio personalmente, potendo l’autorità opposta avvalersi di funzionari appositamente delegati, allorchando detta autorità sia un’amministrazione dello Stato, comportano una deroga al comma 1 dell’art. 11, comma 1, del r.d. n. 1611 del 1933 sull’obbligatoria notifica degli atti introduttivi di giudizio contro le amministrazioni dello Stato all’Avvocatura dello Stato ed inoltre, allorchando l’autorità opposta sia rimasta contumace ovvero si sia costituita personalmente (o tramite funzionario delegato), anche una deroga al comma 2 del suddetto art. 11, che prevede la notificazione degli altri atti giudiziari e delle sentenze sempre presso la stessa Avvocatura. Ne consegue che la notificazione della sentenza che chiude il giudizio di opposizione, ai fini del decorso del termine breve per l’impugnazione, deve essere effettuata alla stessa autorità opposta e non presso l’ufficio dell’Avvocatura Distrettuale dello Stato, territorialmente competente, trovando applicazione i principi generali di cui agli art. 292 e 285 c.p.c., i quali disciplinano anche le controversie in cui sia parte un’amministrazione dello Stato, in caso di inapplicabilità del predetto art. 11*” (24). In altri termini, una norma speciale (art. 23, legge n. 689 del 1981) derogando un’altra norma speciale (art. 11, R.d. n. 1611 del 1933) renderebbe applicabili norme di carattere generale (artt. 285 e 170 c.p.c.) che, di regola, vengono derogate dalla norma speciale (questa volta) derogata.

Ineccepibile appare il rilievo (dequotato dalla Corte nella decisione in commento) secondo cui l’art. 23, legge *cit.* prevale sulle norme contenute nel R.d. n. 1611 del 1933, in quanto trattasi di *jus singolare* disciplinante un rito speciale (appunto l’opposizione ad ordinanza-ingiunzione), inespportabile in altri settori e come tale speciale (e, dunque, prevalente) rispetto alla stessa normativa sulla rappresentanza in giudizio dello Stato (25).

civ., sez. I, 21 maggio 1999, n. 4949, *cit.*; Cass. civ., sez. I, 19 febbraio 1999, n. 1403, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 446; Cass. civ., sez. I, 10 novembre 1994, n. 9385, *cit.*; Cass. civ., sez. lav., 6 luglio 1991, n. 7506, *cit.*; sulla notifica del ricorso per cassazione avverso la decisione di merito che veda soccombente la parte privata opponente presso la sede della p.a. costituitasi personalmente, Cass. civ., sez. lav., 5 dicembre 2003, n. 18595, *cit.*; Cass. civ., sez. I, 7 settembre 2001, n. 11481, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 1649; Cass. civ., sez. III, 13 dicembre 2000, n. 15747, in *Giust. civ.*, 2001, I, 2998; Cass. civ., sez. I, 9 febbraio 1999, n. 1089, *ivi*, 1999, 295; Cass. civ., sez. I, 6 febbraio 1999, n. 1038, *ivi*, 279.

(24) Così Cass. civ., sez. un., 24 agosto 1999, n. 599, *cit.*; da ultimo, negli stessi termini, Cass. civ., sez. II, 19 giugno 2007, n. 14279, *cit.*

(25) Peraltro, la specialità del rito *ex lege* n. 689 del 1981 è stata rimarcata all’indomani della introduzione, per effetto dell’art. 26, D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, del doppio grado del giudizio, la quale, non seguita da puntuali disposizioni di dettaglio *ad hoc*, pone diversi problemi interpretativi, concernenti, precipuamente, le regole di procedura da applicare: in

Proprio la specialità delle disposizioni dettate dalla legge n. 689/1981 (ivi compresa - per quanto rileva ai fini della presente indagine - la previsione di cui all'art. 23, comma 4, legge *cit.*, che consente, in via generale, all'autorità amministrativa che ha emesso il provvedimento di stare in giudizio personalmente) è stata giustamente valorizzata dalla Suprema Corte, al suo massimo livello, in altra decisione (26), nella quale, sia pur con riferimento alla diversa ipotesi della notifica del ricorso per cassazione, si è affermato che la notifica di tale atto all'autorità amministrativa anziché all'Avvocatura dello Stato è possibile solo nell'eccezionale ipotesi di cui all'art. 23, comma 4, legge n. 689/1981, che permette all'autorità, ed eventualmente all'organo periferico che ha emanato il provvedimento impugnato, di stare in giudizio per mezzo di un proprio funzionario; diversamente – precisano chiaramente le Sezioni Unite – *“qualora la P.A., parte del rapporto di lavoro dedotto in giudizio, si sia costituita direttamente e attraverso un proprio dipendente nel giudizio di primo grado, ai sensi dell'art. 417 bis c.p.c., gli atti degli ulteriori gradi o fasi del giudizio devono essere notificati all'Avvocatura dello Stato”*.

particolare, ci si riferisce alla forma dell'atto d'appello, all'applicazione o meno della regola del c.d. foro erariale, nonché alla necessità del ministero del difensore tecnico nel giudizio d'appello; per l'analisi di tali questioni si veda ARCURI, *La riforma del procedimento ex artt. 22 e 23 l. n. 689/1981, all'indomani del D.Lgs. n. 40/2006: ultrattività, in appello, del rito speciale*, in www.neldiritto.it; LUISO, *L'appello in materia di opposizione alle sanzioni amministrative*, in *Giur. merito*, 2007, 7-8, 1906; Id., *Il rito dell'appello in materia di opposizione alle sanzioni amministrative e la conversione del ricorso in citazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 945 ss., il quale conclude per l'applicabilità al giudizio d'appello della speciale normativa di cui agli artt. 22 e 23, l. n. 689/1981, integrata con le disposizioni dettate per l'appello dagli artt. 342 ss. c.p.c., sulla scorta di una tendenziale continuità fra rito del processo di primo grado e rito del processo d'appello. È ovvio intendere che, secondo questa impostazione, troverebbe applicazione al processo d'appello, tra le altre, la disposizione di cui al comma 4 dell'art. 23, l. n. 689/1981, laddove prevede che *“l'opponente e l'autorità che ha emesso l'ordinanza possono stare in giudizio personalmente: l'autorità che ha emesso l'ordinanza può avvalersi anche di funzionari appositamente delegati”*. Se dovesse, di contro, ritenersi che la specialità del rito previsto dalla l. n. 689/1981 non trova applicazione al giudizio d'appello, ne conseguirebbe che le parti debbono stare in giudizio con il ministero del difensore (e, dunque, l'amministrazione statale dovrebbe farsi difendere dall'Avvocatura dello Stato), ritornando applicabili anche le norme sul foro erariale.

La prima giurisprudenza sembra, invece, muoversi in direzione opposta a quella delineata dalla dottrina maggioritaria, ritenendo inestensibili al giudizio d'appello le speciali regole processuali dettate per il giudizio di opposizione a sanzione amministrativa, riconoscendo il primato del rito ordinario sui riti speciali: in tal senso, Trib. Livorno, ord. 18 gennaio 2007, Giud. De Cecco, in www.judicium.it, che ha negato la convertibilità del ricorso, con il quale si propone l'appello avverso la sentenza che decide dell'opposizione ad una sanzione amministrativa, in citazione; Trib. Mondovì, 21 dicembre 2006, Giud. De Marchi, in *Juris data*, Giuffrè, 1/2008, e Trib. Verona, 29 marzo 2007, Giud. Mirenda, in *Giur. merito*, 2007, 7-8, 1904, che ritengono applicabile all'appello la regola del c.d. foro erariale *ex art. 7, R.d. n. 1611/1933*.

(26) Ci si riferisce a Cass. civ., sez. un., 16 gennaio 2007, n. 752, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 1.

Si tratta, com'è evidente, di una precisazione estremamente significativa ai fini della soluzione della questione di cui ci si occupa in questa sede, che esprime un principio suscettibile di applicazione generalizzata: in sostanza, la possibilità di derogare alle ordinarie norme sulla notificazione alle amministrazioni statali (art. 11, R.d. n. 1611/1933) deve fondarsi su un'espressa previsione, la quale, nel caso del giudizio di opposizione a sanzione amministrativa, è ricavabile dall'art. 23, comma 4, legge 689/1981, applicabile anche al giudizio d'appello, secondo la tesi dottrinale maggioritaria (27); diversamente, l'art. 417 *bis* c.p.c., limitando espressamente al primo grado di giudizio la facoltà delle amministrazioni interessate di stare in giudizio avvalendosi di propri dipendenti, non può derogare alla disciplina di cui all'art. 11, R.d. n. 1611/1933 in tema di notificazione degli atti "dei diversi gradi o fasi del giudizio".

Peraltro, analogo ragionamento svolge la giurisprudenza amministrativa a sostegno dell'obbligatorietà della notifica dei ricorsi in materia di accesso *ex art.* 25, legge n. 241/1990, ritenendo che essi siano tuttora soggetti al regime delle notifiche dettato dall'art. 11, comma 1, R.d. n. 1611/1933, in difetto di una diversa previsione nel contesto dell'art. 4, legge n. 205/2000 (28), analogamente a quanto deve affermarsi con riferimento all'art. 417 *bis* c.p.c., il cui silenzio, al riguardo, non autorizza, dunque, soluzioni interpretative derogatorie della normale disciplina delle notifiche delle sentenze alle amministrazioni statali dettata dal comma 2 dell'art. 11, R.d. n. 1611/1933.

La decisione in commento si misura (anche) con tale autorevole precedente, minimizzandone la rilevanza sull'assunto della diversità della fattispecie (come detto, nel caso deciso dalle Sezioni Unite con l'ordinanza 16 gennaio 2007, n. 752 la questione della ritualità della notificazione riguardava il ricorso per cassazione e non già la sentenza). A ben vedere, si tratta di un rilievo formalistico, poiché le ragioni (strettamente positive e sistematiche) che depongono nel senso della ritualità della notifica (della sentenza e del successivo atto d'impugnazione) all'amministrazione costituitasi personalmente nei giudizi di opposizione ad ordinanza-ingiunzione, non possono estendersi alla diversa ipotesi della difesa del dipendente *ex art.* 417 *bis* c.p.c.; a tale ultimo caso non può trovare applicazione quella consolidata giurisprudenza, richiamata dalla decisione in commento, in tema di validità della notificazione degli atti processuali all'autorità amministrativa, invece che all'Avvocatura dello Stato, non rivenendosi nell'art. 417 *bis* c.p.c. alcuna norma derogatoria dell'art. 11, comma 1 e comma 2, R.d. n. 1611/1933.

(27) LUISO, *L'appello in materia di opposizione alle sanzioni amministrative*, cit., 1908.

(28) T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 19 ottobre 2004, n. 4616, cit.; Cons. St., sez. IV, 23 gennaio 2003, n. 257, cit.; Cons. St., sez. VI, 18 dicembre 2002, n. 7018, in *Foro amm. CdS*, 2002, 3250. La necessità di un'apposita previsione derogatoria della disciplina delle notifiche in materia di ricorso per l'accesso ai documenti amministrativi è ben illustrata da T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 17 novembre 2006, n. 9840, in *Foro amm. Tar*, 2006, 11, 3628.

Come evidenziato dalle Sezioni Unite nella sopra citata ord. n. 752/2007, la fattispecie di cui all'art. 417 *bis* c.p.c. diverge sia dalla ipotesi della opposizione all'ordinanza ingiunzione in tema di sanzioni amministrative disciplinata dall'art. 23, comma 4, legge n. 689 del 1981 (data la specialità di tale disciplina normativa che costituisce deroga, per tutti i gradi e gli stati del processo, alla norma generale di cui all'art. 11, R.d. n. 1611 del 1933), sia dalla fattispecie di cui all'art. 3 del citato R.d. 1611 del 1933, relativo alla particolare ipotesi in cui la stessa Avvocatura dello Stato, nei casi ivi previsti, decida di delegare in propria vece funzionari dell'Amministrazione interessata (ipotesi in cui il delegato sostituisce l'ufficio difensivo dell'Avvocatura dello Stato, e non rappresenta la Pubblica amministrazione personalmente). Conseguenza che non è possibile fare riferimento alla giurisprudenza formatasi in tema di opposizione ad ordinanza-ingiunzione, né a quella, spesso contrastante, in tema di delega da parte dell'Avvocatura *ex art.* 3, R.d. n. 1611/1933.

Non possono, inoltre, trovare applicazione le norme generali del codice di rito in tema di notifica della sentenza ai fini del decorso del termine di impugnazione di cui agli art. 285 e 170, comma 1 e 3, c.p.c. In particolare, non può essere applicato l'art. 170, comma 3, c.p.c., secondo cui anche la notifica della sentenza dev'essere fatta nei confronti della parte che si sia costituita personalmente (29), che trova ostacolo nella circostanza che la pubblica amministrazione nell'eventuale giudizio di impugnazione è *ex lege* difesa dall'Avvocatura dello Stato: diversamente da quanto sostenuto dalla Suprema Corte nella decisione in commento non può ritenersi irrilevante il fatto che per disposizione normativa generale sia individuata la difesa tecnica che eventualmente potrà/dovrà rappresentare nel giudizio di impugnazione la parte destinataria della notifica della sentenza. Infatti, se è pur vero in linea generale che l'identificazione del destinatario di tale notificazione non dipende dalla individuabilità a priori del futuro difensore tecnico, ma dalla modalità di costituzione della parte nel giudizio che si è concluso con la sentenza da notificare, tale principio non può, comunque, trovare applicazione nella fattispecie di cui all'art. 417 *bis* c.p.c., in forza della specialità da accordare alla regola generale di cui all'art. 11, comma 2, R.d. n. 1611/1933, non derogata dall'art. 417 *bis* c.p.c.

Del resto, si consideri che la disciplina sulla rappresentanza in giudizio delle amministrazioni dello Stato trova piena applicazione, in mancanza di deroghe espresse, in tutti i giudizi, in quanto senz'altro speciale (e quindi derogatoria) rispetto alle comuni norme codicistiche (non è questa la sede per indagarne le ragioni storiche).

(29) Si veda, in tema, Cass. civ., sez. III, 22 luglio 1981, n. 4718, in *Giust. civ. Mass.*, 1981, fasc. 7, in ipotesi in cui la parte era da ritenersi costituita personalmente in quanto solo assistita da difensore esercente *extra districtum*, nonché *arg.* da Cass. civ., sez. I, 25 maggio 1998, n. 5190, *cit.*

In altri termini, la speciale ed organica disciplina sulla rappresentanza e difesa delle amministrazioni statali risulta generalmente applicabile a tutti i giudizi di cui esse siano parti, salvo eventuali deroghe introdotte da norme di settore (qual'è, appunto, l'art. 23, legge n. 689/1981); nell'ambito di tali ipotesi derogatorie non possono annoverarsi i giudizi lavoristici trattati direttamente da dipendente dell'amministrazione *ex art. 417 bis c.p.c.*, in relazione ai quali non v'è alcuno spazio per ritenere derogati i generali principi sull'obbligatorietà della notifica della sentenza presso l'ufficio della competente Avvocatura dello Stato, non foss'altro per la mancanza di una puntuale norma che ponga una siffatta deroga e per la espressa limitazione dell'attività defensionale del dipendente al solo primo grado del giudizio: è questo, peraltro, il principio generale ricavabile dalla citata ord. n. 752 del 2007 delle Sezioni Unite, rispetto alla quale la recente decisione della Sezione Lavoro si pone decisamente in contrasto (30).

La particolare delicatezza degli interessi pubblici coinvolti rende auspicabile, a fronte dell'orientamento assunto dalla Suprema Corte, un urgente intervento normativo che risolva il problema analogamente a quanto avvenuto nel processo tributario (si veda la nuova formulazione dell'art. 38, comma 2, D.Lgs. n. 546 del 1992, introdotta dall'art. 21, legge n. 133 del 1999), prescrivendo l'obbligatorietà della notifica della sentenza presso gli uffici dell'Avvocatura dello Stato anche laddove l'amministrazione si sia difesa a mezzo di proprio dipendente, ai sensi dell'art. 417 *bis c.p.c.*

Il corollario: l'amministrazione può ritenersi domiciliata ex lege in cancelleria in mancanza di elezione di domicilio nella circoscrizione del giudice adito.

La soluzione per via legislativa della questione interpretativa s'impone tanto più ove dovesse trovare riscontro nella successiva giurisprudenza il corollario che la Suprema Corte ha tratto dall'affermazione del principio di diritto sopra esaminato.

Sostiene la Corte che nei casi (comunque, marginali) in cui l'amministrazione interessata non abbia una propria sede nella circoscrizione del giudice adito (e ciò ben può accadere nei centri non capoluoghi di provincia, che tuttavia sono sede di Tribunale) essa domicilierebbe *ex lege* presso la cancelleria del giudice, in mancanza di dichiarazione di domicilio in un comune ricompreso nel circondario dell'ufficio giudiziario presso il quale era radicata la causa, con conseguente onere del dipendente di vigilare onde poter acquisire tempestiva notizia delle notifiche fattegli presso la cancelleria stessa (31).

(30) Criticabile appare, pertanto, la tesi accolta da alcune Corti di merito (App. Catanzaro, 30 novembre 2006, n. 1190; App. Torino, 21 marzo 2006, n. 244; App. Torino, 4 febbraio 2004, n. 53, *citt.*), secondo cui non vi sarebbe alcuno ostacolo ad estendere alla fattispecie di cui all'art. 417 *bis c.p.c.* quella giurisprudenza della Suprema Corte che ritiene rituale la notifica al funzionario, costituitosi in giudizio, nelle controversie in materia di opposizione ad ordinanza-ingiunzione, sul rilievo della identità di *ratio* tra le due ipotesi.

(31) In tal senso si pone la giurisprudenza della Suprema Corte con riferimento ai giudizi di opposizione a sanzione amministrativa in cui l'amministrazione resistente è costitui-

È proprio questo il punto di minore resistenza del ragionamento svolto dalla Suprema Corte nella decisione in commento, essendo evidente come dall'applicazione di detto principio conseguirebbe la materiale impossibilità per l'Avvocatura di venire a conoscenza della sentenza di primo grado notificata, anch'essa per legge, presso la medesima cancelleria. In tal caso, quindi, non una semplice menomazione del diritto di difesa, ma la negazione totale di una sua effettiva realizzazione.

Diverse sono le ragioni che rendono poco persuasiva la conclusione cui giunge la Corte.

Ed infatti, al di là delle osservazioni sistematiche sopra illustrate, simile tesi, ipotizzando l'obbligo per i dipendenti delle amministrazioni di eleggere domicilio nel luogo in cui ha sede l'autorità giudiziaria presso la quale pende il giudizio, ai sensi dell'art. 82, R.d. 22 gennaio 1934, n. 37, finisce per estendere nei loro confronti una norma agli stessi chiaramente inapplicabile (32). Come evidenziato dalla dottrina, i dipendenti-difensori *ex art. 417 bis c.p.c.* non sono avvocati, ma impiegati pubblici e non sono ad essi applicabili le norme dell'ordinamento forense, ivi comprese quelle sulla deontologia professionale previste per la professione forense, né le conseguenti responsabilità in caso di violazione delle norme medesime innanzi al Consiglio dell'Ordine (33).

Del resto, proprio in considerazione della non appartenenza all'ordine forense dei dipendenti delegati alla difesa dell'amministrazione, la giurisprudenza esclude il diritto al rimborso delle spese di lite, ritenendo inapplicabile il principio della soccombenza (34); è, infatti, noto l'orientamento giuri-

ta personalmente a mezzo di proprio dipendente: si veda, ad esempio, Cass. civ., sez. II, 19 giugno 2007, n. 14279, *cit.*; Cass. civ., sez. lav., 5 dicembre 2003, n. 18595, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 12; Cass. civ., sez. I, 21 maggio 1999, n. 4949, *cit.*; Id., 25 maggio 1998 n. 5190, *ivi*, 1124, nella quale la Suprema Corte ha ritenuto corretta la notificazione della sentenza all'amministrazione presso la cancelleria, trattandosi di atto emesso "durante il procedimento".

(32) In tal senso si era espressa App. Reggio Calabria, 1 dicembre 2006, n. 795, *cit.*, che aveva ritenuto irrituale la notifica della sentenza effettuata non all'Amministrazione, ma al dipendente delegato *ex art. 417 bis c.p.c.* presso la cancelleria del giudice di primo grado.

(33) BUSICO, *op. cit.*, il quale, muovendo dalla palese non assimilabilità del dipendente-difensore *ex art. 417 bis c.p.c.*, si chiede "A quali conseguenze va incontro l'impiegato-difensore che commette atti di slealtà processuale? Nel caso di sciopero del personale pubblico indetto per una giornata in cui è prevista un'udienza, il dipendente-difensore può scioperare, esercitando un diritto costituzionalmente garantito o deve presenziare all'udienza? Quali conseguenze comporta in tale caso la mancata partecipazione all'udienza?".

(34) Si veda Trib. Catanzaro, 19 aprile 2004, *cit.*, ove il Collegio ha escluso l'applicazione del principio della soccombenza, in ordine al regolamento delle spese del giudizio di reclamo *ex art. 669 terdecies c.p.c.*, avendo l'Amministrazione provveduto a costituirsi ai sensi dell'art. 417 *bis c.p.c.*, il che non permette di operare la condanna del reclamante al pagamento delle spese di lite; ad identica conclusione pervengono, sempre in tema di spese del reclamo cautelare, Trib. Firenze, 20 luglio 2004, in *Giust. civ.*, 2005, 10, I, 2521 e Trib. Roma, 24 marzo 2003, in www.salentolavoro.it. Si tratta, invero, di un principio da tempo affermato dalla Suprema Corte: *ex pluribus*, Cass. civ., sez. I, 13 agosto 1993, n. 8678, in

sprudenziiale che nei giudizi di opposizione a sanzione amministrativa *ex lege* n. 689/1981 (con affermazioni che appaiono espressive di un principio generale estensibile a tutte le ipotesi di “autodifesa” dell’amministrazione) esclude che l’autorità amministrativa che ha emesso il provvedimento sanzionatorio, quando sta in giudizio personalmente o avvalendosi di un funzionario appositamente delegato (com’è consentito dall’art. 23, comma 4, legge n. 689/1981), non può ottenere la condanna dell’opponente, che sia soccombente, al pagamento dei diritti di procuratore e degli onorari di avvocato, difettando le relative qualità nel funzionario amministrativo che sta in giudizio. In siffatta ipotesi l’amministrazione, pertanto, ha diritto solo alla rifusione delle spese, diverse da quelle generali, che abbia concretamente affrontato per lo svolgimento della difesa, da indicarsi in apposita nota. Di contro, il principio della soccombenza trova applicazione nella diversa ipotesi in cui l’amministrazione sia stata in giudizio per il tramite di un difensore tecnico (ossia abilitato al patrocinio secondo l’ordinamento forense), ancorché detto difensore sia un dipendente dell’amministrazione (35).

Così stando le cose, pare lecito nutrire più di una perplessità sulla ritualità della notificazione della sentenza presso la cancelleria del giudice adito al funzionario che sta in giudizio ai sensi dell’art. 417 *bis* c.p.c. (che costituisce corollario della premessa maggiore del ragionamento della Suprema Corte). Si tratta di una conclusione che finisce, senza alcun appiglio normativo, per equiparare *quoad effectum* il dipendente al difensore tecnico.

Invero, solo quest’ultimo, alla stregua della legge professionale (art. 82, R.d. 22 gennaio 1934, n. 37), è tenuto, ai fini delle notificazioni, ad elegge-

Giust. civ. Mass., 1993, 1287. *Contra*, Trib. Roma, 12 agosto 2003, in *Lav. nelle P.A.*, 2004, 1210, che ha ritenuto spettare alla P.A., convenuta in giudizio e difesa dai propri dipendenti *ex art. 417 bis c.p.c.*, la liquidazione delle spese di lite.

(35) *Cass. civ.*, sez. lav., 8 settembre 2006, n. 19274, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 9; *Cass. civ.*, sez. I, 28 maggio 1990, n. 4970, *ivi*, 1990, fasc. 5; *Cass. civ.*, sez. I, 28 maggio 1988, n. 3671, *ivi*, 1988, fasc. 5.

Si ricorda che la l. 25 novembre 2003, n. 339 (sulla quale si rinvia alle osservazioni di IEVA, *Sull’illegittimità costituzionale della incompatibilità tra lavoro pubblico e professione forense prevista dalla legge n. 339 del 2003*, in *www.lexitalia.it.*, n. 2/2005) ha reintrodotto il principio di incompatibilità tra lavoro pubblico ed iscrizione all’albo degli avvocati, escludendo la possibilità per tutti i pubblici dipendenti di esercitare la professione forense anche quando il rapporto di lavoro prescelto preveda un impegno *part-time* pari o inferiore al 50% della prestazione. La Corte costituzionale (sent. 21 novembre 2006, n. 390, in *Foro amm. CdS*, 2007, 2, 428, con nota di MARI, *Avvocati o pubblici dipendenti: tertium non datur*) ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale - sollevata in riferimento agli articoli 3, 4, 35 e 41 della Costituzione - dell’art. 1, l. n. 339/2003, osservando che il divieto ripristinato da tale legge è coerente con la caratteristica - peculiare della professione forense (tra quelle il cui esercizio è condizionato all’iscrizione in un albo) - dell’incompatibilità con qualsiasi “impiego retribuito, anche se consistente nella prestazione di opera di assistenza o consulenza legale, che non abbia carattere scientifico o letterario” (art. 3, R.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578, recante “*Ordinamento delle professioni di avvocato e procuratore*”) e che le eccezioni, alla regola che sancisce l’incompatibilità con qualsiasi rapporto implicante subordinazione, non vulnerano la coerenza del sistema allo stato vigente.

re domicilio nel luogo ove il giudice ha sede (venendo, in mancanza, considerato legalmente domiciliato presso la cancelleria di quel giudice), proprio perché esercita il suo ministero professionale, mentre ben diversa connotazione assume lo svolgimento dell'attività defensionale da parte del dipendente che sta in giudizio ai sensi dell'art. 417 *bis* c.p.c., la quale si riconduce al rapporto organico con l'amministrazione (36). Peraltro, è appena il caso di ricordare che la giurisprudenza si è subito orientata nel senso di ritenere manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell'art. 417 *bis* c.p.c. per asserito contrasto con gli artt. 33, comma 5, Cost. (statuente la necessaria abilitazione per patrocinare in giudizio) e con l'art. 24 Cost. (diritto di difesa), in quanto, da un lato, la possibilità di patrocinio senza abilitazione non è indiscriminata, ma è limitata alla difesa della P.A. sulla scorta del rapporto organico intercorrente tra quest'ultima e i propri dipendenti, e, dall'altro, la difesa dell'amministrazione appare tecnicamente adeguata sia in considerazione della capacità degli addetti ad appositi uffici del contenzioso (istituiti ai sensi dell'art. 12, D.Lgs. n. 165 del 2001), sia della previa valutazione da parte dell'Avvocatura dello Stato sull'opportunità di trattene presso di sé la trattazione delle controversie di maggiore complessità (37).

Si consideri, inoltre, che, com'è noto, l'onere di elezione di domicilio nel luogo ove ha sede l'ufficio giudiziario innanzi al quale si svolge il processo, a norma dell'art. 82, R.d. n. 37 del 1934 (in difetto del cui adempimento il domicilio si intende eletto presso la cancelleria della stessa autorità giudizia-

(36) In proposito, si rinvia alle considerazioni di APICELLA, *Costituzione in giudizio*, in NOVIELLO, SORDI, APICELLA, TENORE, *Le nuove controversie sul pubblico impiego privatizzato e gli uffici del contenzioso*, Milano, 2001, 298 e ss., il quale sottolinea come sia proprio la riconduzione dell'attività del dipendente al rapporto organico a comportare, tra l'altro, che il dipendente incaricato della difesa dell'amministrazione abbia il potere di compiere senza necessità di deleghe particolari tutti gli atti processuali, ivi compresi quelli per i quali la legge prevede la necessità di procura speciale, salvo che comportino disposizione del diritto in contesa. Il che colloca il dipendente delegato ai sensi dell'art. 417 *bis* c.p.c. in posizione assimilabile non già all'avvocato del libero foro, ma a quella degli avvocati e procuratori dello Stato, in considerazione, altresì, della irrilevanza processuale dell'atto di designazione individuale alla trattazione del giudizio, da cui consegue la piena fungibilità dei dipendenti nello svolgimento dell'attività defensionale. A tali conclusioni perviene anche la giurisprudenza, la quale osserva che, ai sensi dell'art. 417 *bis* c.p.c., così come riformato dal D.Lgs. n. 387 del 1998, non è più necessario il mandato (speciale o generale) per i dipendenti della p.a. che sostengono la difesa dell'amministrazione davanti al giudice del lavoro: in questi termini, Pret. Roma, 12 giugno 1999, in *Giur. it.*, 2000, 293.

(37) In tal senso, Pret. Roma, ord. 1 marzo 1999, in *Lav. nelle p.a.*, 1999, 799. Ad analoghe conclusioni la Corte costituzionale era pervenuta con riferimento all'art. 3, R.d. 30 ottobre 1933, n. 1611, che consente la difesa delle amministrazioni statali tramite propri dipendenti, proprio "in ragione del rapporto organico con essi intercorrente", ritenendo, pertanto, manifestamente infondata la questione di costituzionalità della norma sollevata con riferimento agli artt. 3, 24 e 33, comma 5, Cost.: Corte cost., ord. 8 giugno 1994, n. 228, in *Foro it.*, 1994, I, 3274; *Giur. cost.*, 1994, 1919.

In dottrina, sui profili di incostituzionalità dell'art. 417 *bis* c.p.c., si veda FORLENZA, *Il Viminale prepara gli enti locali alla difesa nelle controversie di lavoro*, in *Guida al dir.*, 1998, n. 23, 112.

ria adita), si riferisce solo ai procuratori (iscritti nell'apposito albo professionale) che esercitano il proprio ministero al di fuori della circoscrizione di appartenenza (38); è ovvio intendere come l'onere prefigurato da tale disposizione risulti totalmente inapplicabile al dipendente che non è difensore tecnico (e, dunque, non è iscritto nell'albo professionale), la cui attività defensionale è riconducibile, come detto, al rapporto organico e non già ad un ministero difensivo, conferito con mandato o procura che dir si voglia (39). In tal senso, infatti, il modello delineato dall'art. 417 *bis* c.p.c. mutua, facendone applicazione allo specifico settore delle controversie lavoristiche, la regola generale stabilita dall'art. 3, R.d. n. 1611/1933, secondo la quale, in sostanza, laddove l'amministrazione può stare direttamente in giudizio è sufficiente che del soggetto che si costituisce nel suo interesse sia accertata l'appartenenza qualificata all'amministrazione stessa. Tramite siffatta verifica è da ritenere senz'altro soddisfatta l'esigenza della controparte di poter riferire gli altri del proprio interlocutore processuale all'amministrazione resistente (40).

Peraltro, mette conto evidenziare (41) che la pregressa giurisprudenza della Suprema Corte considerava superflua per la persone giuridiche pubbliche l'elezione di domicilio nel comune sede dell'ufficio giudiziario adito, sicché le comunicazioni e notificazioni andrebbero effettuate presso la loro sede (legalmente nota) e non già presso la cancelleria del giudice ai sensi dell'art. 58 disp. att. c.p.c. (42).

(38) *Ex pluribus*, Cass. civ., sez. II, 18 aprile 2002, n. 5635, in *Giust. civ.*, 2003, I, 1888, ove ulteriori riferimenti.

(39) Su tale questione si rinvia ad APICELLA, *Costituzione in giudizio, op. ult. cit.*, 299-300.

(40) In questo si pone il tradizionale orientamento della Suprema Corte, che ritiene sufficiente che il funzionario, delegato ai sensi dell'art. 3, R.d. n. 1611/1933, si faccia riconoscere per tale dal giudice e dalla controparte, in quanto la facoltà di rappresentare in giudizio l'Amministrazione appartiene al funzionario per la sua qualifica derivante dal rapporto organico, e non in virtù di delega e di mandato, mentre il parere dell'Avvocatura dello Stato attiene alla attività interna dell'Amministrazione e non va sottoposto al sindacato del giudice, garante di interessi diversi da quelli dell'amministrazione attiva: *ex pluribus*, Cass. civ., sez. lav., 26 giugno 1999, n. 6647, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 1501, ove ulteriori riferimenti.

(41) Come rileva APICELLA, *L'introduzione del giudizio di primo grado, op. cit.*, 255.

(42) Per questo orientamento, Cass. civ., sez. un., 19 marzo 1992, n. 3421, in *Giust. civ. Mass.*, 1992, fasc. 3; Cass. civ., sez. un., 15 luglio 1991, n. 7827, *ivi*, 1991, fasc. 7; Cass. civ., sez. I, 18 luglio 1986, n. 4627, *ivi*, 1986, fasc. 7. La recente giurisprudenza, interpretando restrittivamente l'art. 58 disp. att. c.p.c., già applicabile per il giudizio pretorile ed attualmente applicabile al giudizio avanti al giudice di pace, ritiene che la chiusura del pregresso grado di giudizio comporta la rescissione di qualsiasi legame del destinatario con la cancelleria del giudice *a quo* e l'inefficienza di questa a configurarsi ulteriormente come luogo di consegna legittima dell'atto. Pertanto, la notificazione alla parte che ha proposto opposizione alla sanzione amministrativa senza ausilio di difensore e senza eleggere domicilio o dichiarare la residenza nel Comune del giudice adito che sia stata eseguita presso la cancelleria deve ritenersi inesistente ed insuscettibile di rinnovazione, dovendo essa essere effettuata in aderenza alla sistematica generale delle notificazioni, quale è formulata dal codice di rito, secondo cui il luogo di notificazione delle impugnazioni alla parte che non sia costituita a mezzo di procuratore è specificamente disciplinato dall'art. 330 c.p.c. - il quale

In ogni caso, al fine di evitare incertezze ed in attesa dell'auspicabile intervento normativo che risolva la questione, pare opportuno che le amministrazioni, osservando il principio affermato dalla Suprema Corte nella decisione in commento, eleggano espressamente domicilio presso un ufficio posto nel circondario dell'ufficio giudiziario presso il quale è radicato il giudizio, proprio allo scopo di scongiurare il rischio che le notificazioni e comunicazioni degli atti processuali - ivi compresa la sentenza che definisce il giudizio - siano effettuate presso la cancelleria del giudice adito (43), da cui scaturirebbe la maturazione di preclusioni processuali durante il tempo necessario affinché la sentenza giunga materialmente all'ufficio dell'Avvocatura dello Stato, deputato a svolgere *ope legis* l'attività defensionale nell'eventuale giudizio di impugnazione.

Avv. Alfonso Mezzotero e Dott. Giuseppe Zuccaro

Corte Suprema di Cassazione, sezione lavoro, sentenza 22 febbraio 2008 n. 4690 – Pres. G. Ianniruberto – Est. F. Curcuruto – P.M. Riello (*concl. conf.*) – B.L. ed altri (Avv. Guardavaccaro) c/ Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca (Avvocatura Generale dello Stato) (Cassa Corte d'Appello di Firenze 21 giugno 2004, n. 692). Artt. 170, 285, 325, 326, e 417 bis c.p.c.; artt. 1, 2, 3, e 11 R.d. 30 ottobre 1933, n. 1611.

1. *L'art. 417 bis c.p.c. costituisce disposizione che esprime due norme diverse e coordinate, la prima delle quali (dettata dal primo comma) conferisce all'amministrazione pubblica, nelle controversie relative ai rapporti di lavoro, la facoltà di stare in giudizio direttamente (c.d. difesa diretta), avvalendosi di propri funzionari, mentre la seconda (dettata dal secondo comma) limita la facoltà conferita, qualora l'Avvocatura dello Stato competente per territorio ritenga di assumere direttamente la trattazione della causa, ove vengano in rilievo questioni di massima o aventi notevoli riflessi economici.*

2. *Nelle controversie relative ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, limitatamente al giudizio di primo grado, quando l'amministrazione statale sia stata in giudizio avvalendosi di un proprio dipendente, secondo lo schema dell'art. 417 bis c.p.c., la notifica della sentenza effettuata direttamente allo stesso dipendente fa decorrere il termine breve per la proposizione dell'appello ai sensi degli artt. 325 e 326 c.p.c.*

3. *Nel caso in cui manchi una sede dell'amministrazione nella circoscrizione del giudice adito - ipotesi marginale considerando la regola posta dall'art. 413, comma quinto c.p.c. -, e il dipendente delegato a rappresentare in giudizio l'amministrazione non abbia*

prevede la notificazione dell'impugnazione nella residenza dichiarata o nel domicilio eletto per il giudizio, e, in mancanza, personalmente alla parte ai sensi dell'art. 137 ss. c.p.c. - al fine di assicurare quella effettività del diritto di difesa che l'art. 24 Cost. rende obbligo inderogabile del legislatore e dell'interprete: in tal senso, Cass. civ., sez. I, 22 aprile 2004, n. 7675, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 4; Cass. civ., sez. I, 11 novembre 2003, n. 16917, *ivi*, 2003, 11; Cass. civ., sez. I, 3 maggio 2001, n. 6226, *ivi*, 2001, 921.

(43) APICELLA, *L'introduzione del giudizio, loco cit.*

eletto domicilio in detta circoscrizione, la notifica della sentenza di primo grado può essere effettuata presso la cancelleria del giudice di primo grado, con conseguente onere del dipendente di vigilare al fine di poter acquisire la notizia tempestiva delle notifiche effettuate presso la cancelleria.

« (omissis) Svolgimento del processo

1. L. B. e gli altri ricorrenti indicati in epigrafe, tutti appartenenti alla categoria del personale Amministrativo - Tecnico e Ausiliario (c.d. A.T.A) già dipendenti di ente locale, sono stati trasferiti, a decorrere dal 1 gennaio 2000, in applicazione dell'art. 8 della legge 3 maggio 1999, n. 124, alle dipendenze del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca.

Il Ministero ha riconosciuto loro solo l'anzianità equivalente al trattamento economico maturato presso l'ente di provenienza (c.d. maturato economico).

Essi lo hanno pertanto convenuto in giudizio, dinanzi al Tribunale di Grosseto, e ne hanno chiesto la condanna al pagamento delle differenze retributive derivanti dal riconoscimento integrale dell'anzianità maturata presso l'ente locale di provenienza, invocando l'applicazione dell'art. 8, comma 2, della legge n. 124 del 1999, sopra *cit.*, che di tale anzianità garantisce il riconoscimento "ai fini giuridici ed economici".

2. Il primo giudice ha accolto la domanda, con sentenza depositata il 10 aprile 2003.

3. Il Ministero ha impugnato la sentenza con ricorso depositato il 25 febbraio 2004. Gli appellati hanno resistito sollevando eccezione di tardività dell'appello e chiedendo comunque il rigetto del gravame.

4. La Corte d'appello di Firenze, respinta l'eccezione di tardività, ha accolto il gravame. Nel pervenire a tale decisione la Corte territoriale, ricordato che l'Amministrazione era stata rappresentata e difesa nel giudizio di primo grado da propri dipendenti a norma dell'art. 417 *bis* c.p.c., ed aveva eletto domicilio presso il C.S.A.- Centro Servizi Amministrativi (ex Provveditorato agli studi) di Grosseto, ha ritenuto irrilevante ai fini del decorso del termine breve per l'impugnazione la notifica della sentenza fatta il 7 gennaio 2004 presso il C.S.A., ed invece necessaria, ai fini anzidetti, la notifica all'Avvocatura dello Stato secondo le regole dell'art. 11, comma secondo, del r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611, non derogate dall'art. 417 *bis* c.p.c.

Quanto al merito, la Corte territoriale ha osservato che il cit. comma 2, dell'art. 8 della legge n. 124 del 1999, era stato validamente derogato, in senso peggiorativo, come consentito dall'art. 2 comma 2 del D.Lgs. 165/2001, dall'Accordo 20 luglio 2000 fra l'ARAN e le OO.SS, poi recepito nel decreto interministeriale 5 aprile 2001, il quale, come era incontroverso, riconosceva al personale già dipendente degli enti locali, transitato alle dipendenze dello Stato nel compatto scuola, il solo maturato economico, ossia l'anzianità equivalente al trattamento economico maturato presso l'ente di provenienza e non l'intera anzianità di servizio come invece stabilito dalla legge.

5. I ricorrenti chiedono la cassazione di questa sentenza con ricorso fondato su due motivi. Il Ministero resiste con controricorso, nel quale eccepisce l'inammissibilità del ricorso per mancanza dell'esposizione sommaria dei fatti, richiesta dall'art. 366, comma 1, n. 3, e per mancata indicazione precisazione del tipo di vizio denunciato.

Il Ministero ha illustrato il controricorso con ampia memoria.

Motivi della decisione

6. Il ricorso è ammissibile. Il fatto rilevante ai fini del decidere emerge dalla complessiva lettura del ricorso. Il tipo di vizio denunciato è palesemente quello di violazione di

legge, come risulta esplicitamente nel secondo motivo e, seppur meno immediatamente, nel primo motivo. Con esso i ricorrenti si dolgono della statuizione di tempestività dell'appello, denunziandone il contrasto con l'art. 417 *bis* c.p.c. che avrebbe dovuto essere applicata quale norma speciale rispetto all'art. 11 del R.D. 1933/1611.

7. Con il secondo motivo di ricorso i ricorrenti si dolgono invece del mancato riconoscimento del loro diritto all'inquadramento *ex art.* 8, comma 2, della legge 124/99, erroneamente - a loro avviso - considerato derogabile da fonti sottordinate quali il decreto 5 aprile 2001, per falsa interpretazione dell'art. 2 del D.Lgs. 165/2001 e del D.Lgs. 80/98.

8. Per decidere del primo motivo, che ha carattere pregiudiziale, occorre far riferimento anzitutto all'art. 170 del c.p.c. (*"Notificazioni e comunicazioni nel corso del procedimento"*) il quale, nel testo applicabile *ratione temporis*, non inciso peraltro per questa parte dalla modifiche apportate dalla legge 28 dicembre 2005, n. 263, dispone al comma 1 che: "Dopo la costituzione in giudizio tutte le notificazioni e le comunicazioni si fanno al procuratore costituito salvo che la legge disponga altrimenti", ed al comma 3 che: "Le notificazioni e le comunicazioni alla parte che si è costituita personalmente si fanno nella residenza dichiarata o nel domicilio eletto".

Va poi considerato l'art. 285 dello stesso codice (*"Modo di notificazione della sentenza"*) il quale dispone a sua volta che: "La notificazione della sentenza, al fine della decorrenza del termine per l'impugnazione si fa, su istanza di parte, a norma dell'art. 170 primo e terzo comma".

Infine, l'art. 11 del R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611 (*"Approvazione del testo unico delle leggi e delle norme giuridiche sulla rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato e sull'ordinamento dell'Avvocatura dello Stato"*), inserito nel capo III di tale t.u. (recante la disciplina della "Citazione in giudizio delle amministrazioni dello Stato ed altre notificazioni alle stesse") prescrive che: "Tutte le citazioni, i ricorsi e qualsiasi atto di opposizione giudiziale, nonché le opposizioni ad ingiunzione e gli atti istitutivi di giudizi che si svolgono innanzi alle giurisdizioni amministrative o speciali, od innanzi agli arbitri, devono essere notificati alle Amministrazioni dello Stato presso l'ufficio dell'Avvocatura dello Stato nel cui distretto ha sede l'autorità giudiziaria innanzi alla quale è portata la causa, nella persona del Ministro competente. Ogni altro atto giudiziale e le sentenze devono essere notificati presso l'ufficio dell'avvocatura dello Stato nel cui distretto ha sede l'autorità giudiziaria presso cui pende la causa o che ha pronunciato la sentenza.

Le notificazioni di cui ai comma precedenti devono essere fatte presso la competente Avvocatura dello Stato a pena di nullità da pronunciarsi anche d'ufficio".

La disposizione appena richiamata, come questa Corte ha avuto occasione di precisare (v. in proposito, nella motivazione, Cass. 28 aprile 1999, n. 4276) costituisce sviluppo della (ed è organicamente collegata con la) regola fondamentale in materia di rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato, fissata dall'art. 1 del cit. RD 1611/33, il cui testo recita:

"La rappresentanza, il patrocinio e l'assistenza in giudizio delle amministrazioni dello Stato, anche se organizzate ad ordinamento autonomo, spettano all'avvocatura dello Stato.

Gli avvocati dello Stato esercitano le loro funzioni innanzi a tutte le giurisdizioni ed in qualunque sede e non hanno bisogno di mandato, neppure nei casi nei quali le norme ordinarie richiedono il mandato speciale, bastando che consti della loro qualità"

Tale regola generale è accompagnata peraltro da ulteriori specificazioni.

L'art. 2 dello stesso testo, formato da due commi, prevede infatti nel primo che:

"Per la rappresentanza delle amministrazioni dello Stato nei giudizi che si svolgono fuori della sede degli uffici dell'Avvocatura dello Stato, questa ha facoltà di delegare fun-

zionari dell'amministrazione interessata, esclusi i magistrati dell'ordine giudiziario, ed in casi eccezionali anche procuratori legali, esercenti nel circondario dove si svolge il giudizio" e nel secondo comma (aggiunto dall'art. 1, legge 10 maggio 1982, n. 271) che "L'Avvocatura dello Stato ha facoltà di conferire - in relazione a particolari accertate esigenze - la delega di cui al primo comma del presente articolo a procuratori legali per quanto concerne lo svolgimento di incombenze di rappresentanza nei giudizi, civili e amministrativi, che si svolgono nelle sedi degli uffici dell'Avvocatura generale dello Stato o delle Avvocature distrettuali, relativi a materie riguardanti enti soppressi".

Inoltre, come disposto dal successivo articolo 3, "Innanzi alle preture ed agli uffici di conciliazione le amministrazioni dello Stato possono, intesa l'Avvocatura dello Stato, essere rappresentate dai propri funzionari che siano per tali riconosciuti".

A tali prescrizioni di carattere generale, nelle quali non vi è menzione di specifiche materie oggetto di controversia, ne è stata ora affiancata una di carattere particolare con l'art. 417 *bis* c.p.c., (inserito dall'art. 42, comma 1, D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, e poi modificato, nel comma 3, dall'art. 19, comma 17, D.Lgs. 29 ottobre 1998, n. 387).

L'art. cit. (rubricato come "*Difesa delle pubbliche amministrazioni*") dispone infatti quanto segue:

[1] Nelle controversie relative ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui al quinto comma dell'articolo 413, limitatamente al giudizio di primo grado le amministrazioni stesse possono stare in giudizio avvalendosi direttamente di propri dipendenti.

[2] Per le amministrazioni statali o ad esse equiparate, ai fini della rappresentanza e difesa in giudizio, la disposizione di cui al comma precedente si applica salvo che l'Avvocatura dello Stato competente per territorio, ove vengano in rilievo questioni di massima o aventi notevoli riflessi economici, determini di assumere direttamente la trattazione della causa dandone immediata comunicazione ai competenti uffici dell'amministrazione interessata, nonché al Dipartimento della funzione pubblica, anche per l'eventuale emanazione di direttive agli uffici per la gestione del contenzioso del lavoro. In ogni altro caso l'Avvocatura dello Stato trasmette immediatamente, e comunque non oltre 7 giorni dalla notifica degli atti introduttivi, gli atti stessi ai competenti uffici dell'amministrazione interessata per gli adempimenti di cui al comma precedente.

[3] Gli enti locali, anche al fine di realizzare economie di gestione, possono utilizzare le strutture dell'amministrazione civile del Ministero dell'interno, alle quali conferiscono mandato nei limiti di cui al primo comma".

9. La questione posta dal ricorso, da risolvere sulla base del quadro normativo così individuato, consiste nello stabilire se quando l'amministrazione statale sia stata in giudizio avvalendosi di un proprio dipendente, secondo lo schema di cui all'art. 417 *bis* c.p.c., la notifica della sentenza ai fini del decorso del termine di impugnazione vada effettuata allo stesso dipendente a norma dell'art. 285 del c.p.c., che, come visto, rinvia in modo specifico a tale fine all'art. 170 primo e terzo comma, ovvero a norma dell'art. 11 comma 2, del R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611, che, come pure s'è visto, impone la notifica di ogni altro atto giudiziale, diverso da quelli di cui al primo comma, e delle sentenze "presso l'ufficio dell'Avvocatura dello Stato nel cui distretto ha sede l'autorità giudiziaria presso cui pende la causa o che ha pronunciato la sentenza".

10. Sulla questione, non risultano, a quanto consta, precedenti specifici. Possono esser tuttavia utilizzate, previa l'esatta individuazione della loro portata, le numerose decisioni rese da questa Corte in relazione sia alla ipotesi, sopraindicata, cui fanno riferimento i cit.

artt. 2 e 3 del R.D. 1933/1611, che a quella, contemplata nell'art. 23 della legge 24 novembre 1981, n. 689, il quale dispone, nel comma quarto, che nei giudizi di opposizione ad ordinanza – ingiunzione “L’opponente e l’autorità che ha emesso l’ordinanza possono stare in giudizio personalmente; l’autorità che ha emesso l’ordinanza può avvalersi anche di funzionari appositamente delegati”. Va anche considerato l’orientamento di questa Corte in materia di notifica della sentenza nel processo tributario, a norma dell’art. 38, comma 2, del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546.

11. Secondo un indirizzo ormai consolidato, la notifica, ai fini del decorso dei termini per la sua impugnazione, della sentenza pronunciata in un giudizio nel quale sia parte una amministrazione dello Stato e nel quale l’Avvocatura dello Stato abbia delegato per la rappresentanza della Amministrazione un procuratore legale esercente nel circondario dove si è svolto il giudizio, come consentitole dall’art. 2, comma 1, R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611, deve essere effettuata all’Avvocatura dello Stato presso i suoi uffici, secondo il regime dettato dall’art. 11 dello stesso R.D. n. 1611/1933; pertanto la notifica effettuata al procuratore legale delegato è radicalmente nulla, con la conseguente inidoneità di tale notifica a far decorrere il termine breve per l’impugnazione della sentenza e impugnabilità della stessa sentenza entro il termine lungo di cui all’art. 327 cod. proc. civ. (Cass. Sez. Un. sentenza 2 maggio 1996, n. 4000; in senso conforme, Cass. 20 ottobre 1997, n. 10298; Id., 18 giugno 1998, n. 6098; Id., 9 ottobre 2000, n. 13448; Id., 25 giugno 2002, n. 9628; Id., 10 dicembre 2004, n. 21127).

12. Diverso è peraltro il trattamento, fatto dalla giurisprudenza, del caso in cui l’amministrazione sia stata difesa da un proprio funzionario.

Con riferimento a tale specifica ipotesi, si è affermato infatti, seppur non recentemente, che “Le disposizioni in tema di notifiche alle amministrazioni dello Stato, di cui all’art. 11 del R.D. 30 ottobre 1933 n. 1611, modificato dalla legge 25 marzo 1958 n. 260, sono applicabili soltanto quando l’Amministrazione sia rappresentata e difesa dall’Avvocatura dello Stato; quando invece l’Amministrazione stessa si avvalga della facoltà, prevista dall’art. 2 del citato R.D., di farsi rappresentare in giudizio da un proprio funzionario, per tale riconosciuto, la notificazione e comunicazione degli atti processuali deve essere eseguita direttamente e personalmente al funzionario stesso, unico e legittimo destinatario nella sua qualità di rappresentante processuale. Ne consegue che la notifica della sentenza di primo grado eseguita presso tale soggetto è idonea a far decorrere il termine breve per la proposizione dell’appello (Cass. 10 dicembre 1991, n. 13330; e nello stesso senso Cass. 14 marzo 1988, n. 2432).

Sebbene le massime possano indurre qualche incertezza interpretativa, dal momento che di facoltà per l’amministrazione di farsi rappresentare da “funzionari per tali riconosciuti” si parla non nell’art. 2 (che si riferisce ad un potere non dell’amministrazione ma dell’Avvocatura di delegare funzionari dell’amministrazione interessata ed eccezionalmente procuratori legali) ma nel successivo art. 3 del RD 1933/1611, il principio che ne emerge è sostanzialmente chiaro e può esser ricostruito nel senso che, la norma speciale di cui all’art. 11 del testo unico *cit.*, in tema di disciplina delle notificazioni e delle comunicazioni all’Avvocatura dello Stato opera, anche per ciò che attiene alla notifica della sentenza, nel caso normale in cui quell’ufficio assuma direttamente la rappresentanza processuale dell’amministrazione interessata.

Absolutamente pacifico è poi che nel giudizio di opposizione a sanzione amministrativa *ex art.* 23 della legge n. 689 del 1981, le previsioni del secondo e del quarto comma di tale norma, laddove rispettivamente stabiliscono che il decreto di fissazione dell’udienza di

comparizione delle parti debba essere notificato dalla cancelleria, unitamente al ricorso introduttivo, all'opponente ed all'autorità che ha emesso l'ordinanza impugnata, e che tali parti possono stare in giudizio personalmente, potendo l'autorità opposta avvalersi di funzionari appositamente delegati, allorchando detta autorità sia un'amministrazione dello Stato, comportano una deroga al primo comma dell'art. 11 del R.D. n. 1611 del 1933 sull'obbligatoria notifica degli atti introduttivi di giudizio contro le amministrazioni dello Stato all'Avvocatura dello Stato ed inoltre, allorchando l'autorità opposta sia rimasta contumace ovvero si sia costituita personalmente (o tramite funzionario delegato), anche una deroga al secondo comma del suddetto art. 11, che prevede la notificazione degli altri atti giudiziari e delle sentenze sempre presso la stessa Avvocatura. Ne consegue che la notificazione della sentenza che chiude il giudizio di opposizione, ai fini del decorso del termine breve per l'impugnazione, deve essere effettuata alla stessa autorità opposta e non presso l'ufficio dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato, territorialmente competente, trovando applicazione i principi generali di cui agli artt. 292 e 285 cod. proc. civ., i quali disciplinano anche le controversie in cui sia parte un'amministrazione dello Stato, in caso di inapplicabilità del predetto art. 11 (in base a tali principi la Suprema Corte ha dichiarato inammissibile il ricorso di un'amministrazione statale, la quale, ancorché le fosse stata notificata la sentenza impugnata, non aveva osservato il termine breve per ricorrere). (Cass. Sez. un. 24 agosto 1999, n. 599; conf., fra le altre, Id., 3 agosto 2000, n. 10200; Id., 7 settembre 2001, n. 11481; 17 gennaio 2003, n. 655; Id., 7 luglio 2006, n. 15596; Id., 19 giugno 2007, n. 14279).

13. Deve infine essere ricordato che la giurisprudenza di legittimità, in base alle analogie riscontrate con il menzionato giudizio di opposizione a sanzione amministrativa, ha pressoché costantemente interpretato l'art. 38, comma 2, del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546 (Disposizioni sul processo tributario in attuazione della delega al Governo contenuta nell'art. 30 della legge 30 dicembre 1991, n. 413) nel senso che la notifica della sentenza va effettuata all'ufficio finanziario che ha emesso l'atto impugnato a meno che quest'ultimo non si sia fatto assistere dall'Avvocatura dello Stato (Cass. 3 ottobre 1998, n. 9846; Id., 21 ottobre 1998, n. 10420; Id., 28 ottobre 1998, n. 10752; Id., 28 aprile 1999, n. 4276, *cit.*). Né qui rileva che tale orientamento sia stato superato dal legislatore, sancendo con l'art. 21 della legge 133 del 1999 (peraltro dichiarata illegittima da C. Cost. 22 novembre 2000, n. 525, proprio nella parte in cui estende anche al periodo anteriore alla sua entrata in vigore l'efficacia dell'interpretazione autentica) l'obbligo di interpretare il predetto art. 38 del D.Lgs. n. 546/92 nel senso che la notifica va effettuata presso l'Avvocatura distrettuale dello Stato e non presso l'Avvocatura generale, né presso gli uffici finanziari che hanno emesso gli atti impugnati.

14. La formulazione testuale dell'art. 417 *bis* c.p.c. rende difficilmente contestabile che il legislatore abbia voluto introdurre con esso una norma che conferisce in generale alle pubbliche amministrazioni, nelle controversie relative ai rapporti di lavoro, la facoltà di stare in giudizio, in primo grado, mediante loro dipendenti, in piena coerenza del resto con quanto dispone l'attuale art. 12 del D.Lgs. 165/2001 [introdotto anch'esso dallo stesso D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, nell'attuazione della delega diretta alla devoluzione al giudice ordinario delle controversie relative ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, con contestuale previsione di misure organizzative e processuali anche di carattere generale atte a prevenire disfunzioni dovute al sovraccarico del contenzioso: art. 11, comma 4, lett. g] circa la necessaria organizzazione del contenzioso del lavoro da parte delle amministrazioni pubbliche, nel segno dell' "efficace svolgimento di tutte le attività stragiudiziali e giudiziali inerenti alle controversie" (così testualmente l'art. 12 *cit.*).

15. Tale attribuzione, nel caso delle amministrazioni statali, deve evidentemente tenere conto delle specifiche esigenze di raccordo con le funzioni di rappresentanza e difesa dell'ufficio dell'Avvocatura dello Stato. Ad esse il legislatore ha provveduto con la disposizione in base alla quale la facoltà attribuita dal primo comma dell'art. 417 *bis* c.p.c. cessa di operare, nei singoli casi, qualora, il suddetto ufficio determini di assumere direttamente la trattazione della causa.

Si è quindi alla presenza di una disposizione che esprime due norme diverse e coordinate, la prima delle quali conferisce, nella materia, all'amministrazione statale, come ad ogni altra amministrazione pubblica, la facoltà di stare in giudizio direttamente, mentre la seconda limita la facoltà così conferita.

D'altra parte, nel disegno legislativo, qui piuttosto lontano da entrambi i modelli di rapporto fra amministrazioni e ufficio dell'Avvocatura delineati nei cit. artt. 2 e 3 del R.D. 1611/33, anche le determinazioni di detto ufficio sono condizionate da valutazioni correlate al rilievo giuridico o economico della questione. Ciò vuol dire che, pur nella discrezionalità inevitabile di siffatti apprezzamenti, la norma di riferimento si preoccupa di definire in certo modo gli ambiti rispettivi di intervento dell'amministrazione coinvolta nella controversia e dell'ufficio cui di regola ne è affidata la rappresentanza e difesa, differenziandosi, anche per tale aspetto, dagli schemi somministrati dal R.D. 1611/33.

16. Da ciò che s'è fin qui detto discende che, contrariamente a quanto sostenuto dall'amministrazione resistente nel controricorso e, soprattutto, nella memoria, pur riccamente argomentata, l'art. 417 *bis* c.p.c. non può esser ricondotto ad una ipotesi sostanziale di delega dall'Avvocatura dello Stato all'amministrazione, sicché sono destinate a cadere tutte le argomentazioni che su tale ricostruzione si fondano.

17. Non pare, inoltre, che la soluzione del problema nel senso patrocinato dalla difesa della amministrazione possa derivare dalla circostanza che nel caso delle controversie di lavoro con la P.A. il ricorso introduttivo debba esser notificato a norma del cit. art. 11 R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611, diversamente da quanto avviene in materia di opposizione a sanzioni amministrative, in materia di contenzioso tributario (D.Lgs. 546/92 *cit.*) o di opposizione avverso il decreto di espulsione a norma del D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286.

Una volta qualificata la fattispecie dell'art. 417 *bis* come ipotesi di difesa diretta non è dato comprendere, infatti, come si possa escludere, quanto alla notifica della sentenza, l'applicazione delle regole specifiche dettate per tale ipotesi, in considerazione delle modalità di notificazione dell'atto introduttivo.

La difesa dell'amministrazione controricorrente sembra anettere, in definitiva, una valenza sistematica alla circostanza che l'atto introduttivo sia notificato all'Avvocatura dello Stato, ma tale valenza è affermata e non dimostrata. Vi sono, anzi, ragioni per ritenere che la soluzione adottata dal legislatore risponda esclusivamente ad esigenze pratiche.

Al riguardo i lavori preparatori mostrano anzitutto che nell'originario schema di disegno di legge dalla cui versione definitiva è scaturita la norma in commento (Schema di D.Lgs. contenente modificazioni al D.Lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, ai sensi dell'art. 11, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59, approvato dal Consiglio dei Ministri il 10 febbraio 1998) era contenuta, nell'art. 28, una disposizione esattamente contraria all'attuale art. 417 *bis*, c.p.c., in base alla quale il ricorso in controversie di lavoro con i dipendenti avrebbe dovuto essere "notificato direttamente presso l'amministrazione destinataria ai sensi dell'art. 144, secondo comma, del codice di procedura civile anche quando trattasi di amministrazione dello Stato". Parallelamente, con il successivo art. 29 dello schema, veniva formulato l'art. 417 *bis* prevedendosi, per quanto interessa, che le amministrazioni statali e gli enti

pubblici che si avvalgono del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato fossero tenuti a trasmettere immediatamente copia degli atti introduttivi ai competenti uffici dell'Avvocatura dello Stato, per consentirle l'esercizio del potere di assumere direttamente la trattazione della causa.

Orbene, senza ripercorrere le vicende della discussione parlamentare, basta qui mettere in rilievo che la soluzione originaria venne poi giudicata inopportuna e fu quindi mantenuto il regime di notifica degli atti presso l'Avvocatura per il pericolo che un cospicuo numero di ricorsi pervenisse a quest'ultima soltanto dopo l'avvio del processo (v. lavori della Commissione parlamentare consultiva in ordine all'attuazione della riforma amministrativa ai sensi della legge 15 marzo 1997, n. 59, seduta 18 marzo 1998).

La notifica del ricorso a norma dell'art. 11 del R.D. 1611/33 è quindi una delle possibili soluzioni tecniche al problema di raccordo di competenze posto dalla previsione normativa del primo comma dell'art. 417 *bis*, ma nulla dice di per sé circa lo specifico problema qui esaminato.

18. Resta peraltro da accertare se l'esplicita limitazione stabilita dall'art. 417 *bis* c.p.c., che circoscrive al solo giudizio di primo grado la facoltà per l'amministrazione di avvalersi di propri dipendenti fornisca, come affermato dall'amministrazione resistente, argomenti contrari alla conclusione che la sentenza debba, ai fini del decorso del termine di impugnazione, esser notificata al dipendente del quale l'amministrazione si sia avvalsa.

È opportuno al riguardo mettere in rilievo come la giurisprudenza richiamata in precedenza, tanto in riferimento alle specifiche norme del R.D. 1933/1611 sopra menzionate, quanto alle disposizioni della legge 689/81, abbia considerato validamente effettuata la notificazione della sentenza al funzionario che ha rappresentato l'amministrazione, benché in entrambe i casi si tratti di rappresentanza e difesa concernente giudizi di primo o di unico grado.

Va poi osservato che la disposizione concernente le modalità di notifica della sentenza (art. 285 c.p.c.) è inserita nel titolo I del libro secondo del c.p.c., relativo ai giudizi dinanzi al Tribunale, ossia al modello del giudizio di primo grado. Non rileva invece che l'art. 326 c.p.c., sulla decorrenza del termine, faccia parte delle norme sulle impugnazioni. La disposizione in ultimo citata individua l'inizio di tale decorrenza nella data di notifica della sentenza ma nulla dice circa le modalità con cui la notifica deve avvenire. Tali modalità, per contro, trovano disciplina in una disposizione specifica, che, come rimarcato, fa parte delle regole tipiche del processo di primo grado.

Inoltre, l'art. 285 c.p.c. è, in sostanza, diretto a stabilire per la notifica della sentenza modalità di notifica analoghe a quelle degli atti da notificare nel corso del procedimento del quale essa costituisce conclusione. Quindi ritenere che se l'amministrazione è stata in giudizio mediante un proprio dipendente *ex* art. 417 *bis* c.p.c. la sentenza deve esser egualmente notificata all'Avvocatura dello Stato significa assegnare in questo caso alla notifica della sentenza modalità diverse da quelle degli atti endoprocessuali e trattare tale ipotesi ignorandone il tratto caratteristico, costituito dalla difesa diretta da parte dell'amministrazione, per assimilarlo al caso, eccezionale, di delega a procuratore a norma dell'art. 2 del R.D. 1933/1611.

Né, peraltro, la norma risultante dalla complessiva considerazione degli art. 285 e 170 c.p.c. si giustifica in relazione all'attribuzione al procuratore costituito di poteri che travalicano l'ambito del primo grado di giudizio, dato che la valida notifica della sentenza al procuratore presuppone solo che questi sia stato costituito nel giudizio, senza che abbia rilievo alcuno l'estensione dei suoi poteri ai gradi successivi. In sostanza, la qualità di esclusivo destinatario della notifica della sentenza (con pacifica parallela inidoneità, ai fini del decor-

so del termine breve, della notifica fatta alla parte personalmente: v., per tutte, Cass. 22 novembre 2003, n. 17790) rappresenta un effetto legale tipico dei poteri attribuiti dalla legge al difensore, nell'ambito del giudizio cui la sentenza si riferisce.

Quindi, la ricordata previsione normativa, nell'attribuire all'amministrazione la facoltà di avvalersi dei propri dipendenti nel giudizio di primo grado va interpretata nel senso che essa attribuisce in tal modo tutte le capacità connesse alla qualità di difensore in tale giudizio, ivi compresa quella di ricevere la notificazione della sentenza ai fini del decorso del termine di impugnazione, ancorché tale notificazione si collochi necessariamente in un momento successivo alla conclusione del giudizio stesso.

Si tratta di una interpretazione estensiva del sintagma "giudizio di primo grado" da ritenersi consentita pur trattandosi di una norma di deroga alla regola generale fissata dall'art. 1 del R.D. 1933/1611 (secondo cui "La rappresentanza, il patrocinio e l'assistenza in giudizio delle amministrazioni dello Stato, anche se organizzate ad ordinamento autonomo, spettano all'Avvocatura dello Stato") e agli sviluppi di essa fissati nel successivo art. 11 dello stesso testo (già più volte richiamato). Come, anche di recente, precisato nella giurisprudenza di questa Corte, le norme eccezionali se non sono suscettibili di interpretazione analogica possono essere oggetto di interpretazione estensiva la quale costituisce il risultato di un'operazione logica diretta ad individuare il reale significato e la portata effettiva della norma, che permette di determinare il suo esatto ambito di operatività, anche oltre il limite apparentemente segnato dalla sua formulazione testuale, e di identificare l'effettivo valore semantico della disposizione, tenendo conto dell'intenzione del legislatore, e quindi di estendere la "*regula juris*" a casi non espressamente previsti dalla norma, ma dalla stessa implicitamente considerati (v. fra le più recenti, Cass. 26 agosto 2005, n. 17396).

Né, data la diversità della fattispecie, concernente un atto di introduzione di un successivo grado di giudizio, tale estensione si pone in contrasto con quanto precisato a proposito dell'art. 417 *bis* c.p.c. dalle Sezioni unite, di questa Corte, le quali con ordinanza 16 gennaio 2007, n. 752, resa in sede di regolamento di giurisdizione, hanno ritenuto che la validità della notificazione del ricorso per cassazione all'autorità amministrativa invece che all'Avvocatura dello Stato si riferisce all'ipotesi eccezionale della legge 24 novembre 1981, n. 689, art. 23, comma 4, che permette all'autorità (eventualmente organo periferico) emittente l'atto sanzionatorio impugnato di stare in giudizio personalmente, avvalendosi di un funzionario delegato; e che, invece, la stessa conclusione non può essere adottata nell'ipotesi in cui la pubblica amministrazione, parte del rapporto sostanziale di lavoro subordinato, stia direttamente e attraverso un proprio dipendente nel giudizio di primo grado, a norma dell'art. 417 *bis* c.p.c., dovendo gli atti dei diversi gradi o fasi del giudizio essere notificati all'Avvocatura dello Stato (art. 144 c.p.c.).

19. Infine, contro la conclusione di cui si sta verificando la fondatezza non paiono condivisibili le considerazioni svolte, in particolare nella memoria, circa la lesione del diritto di difesa dell'amministrazione.

Sul presupposto che la proposizione dell'impugnazione spetta in via esclusiva agli uffici dell'Avvocatura il controricorrente assume che solo se il destinatario della notifica coincide con il titolare del potere di impugnare il diritto di difesa è pienamente garantito. Viene poi prospettato, sempre sotto il profilo del *vulnus* all'art. 24 Cost. ed a sostegno di una diversa interpretazione costituzionalmente conforme, che la violazione del diritto di difesa sarebbe parimenti grave nel caso in cui, mancando una sede dell'amministrazione nella circoscrizione del giudice adito (ipotesi peraltro quantomeno molto marginale considerando la regola posta dall'art. 413, comma quinto, c.p.c.) la notifica potrebbe esser fatta presso la cancel-

leria di quest'ultimo con conseguente materiale impossibilità di conoscenza tempestiva da parte dell'avvocatura.

20. Nessuno dei riferiti rilievi evoca conseguenze tali da rendere impossibile o comunque eccessivamente difficile il diritto di difesa dell'amministrazione.

Essi, in particolare, non tengono conto che, come già detto, nella prospettiva del legislatore l'affidamento della difesa all'amministrazione da un lato si collega con il dovere di assicurare l'efficace svolgimento di tutte le attività stragiudiziali e giudiziali inerenti alle controversie, secondo le vincolanti indicazioni del già richiamato art. 12 del D.Lgs. 165/2001, e dall'altro presuppone che non siano in gioco questioni di massima o di notevole rilievo economico.

È facile desumere anzitutto che attraverso la notifica al dipendente l'amministrazione sarà già in grado di effettuare una prima valutazione sull'opportunità di impugnare, utile anche per l'ufficio che dovrà provvedervi. Ma, soprattutto, le richiamate necessità organizzative implicando l'adozione di misure tali da consentire un dialogo costante fra l'amministrazione stessa e l'Avvocatura dello Stato, che dovrebbe eliminare alla base ogni preoccupazione circa rallentamenti nello scambio di informazioni tra i due soggetti.

Quanto alla possibilità di notifiche presso la cancelleria del giudice adito, è appena il caso di rilevare che, nei doveri del dipendente che ha rappresentato l'amministrazione senza effettuare (per necessità o per scelta) una conveniente elezione di domicilio rientra anche quello di vigilare onde poter acquisire notizia tempestiva delle notifiche fattegli presso la cancelleria. Anche in tal caso quindi il diritto di difesa non riceve un "*vulnus*" dalla norma di cui si tratta ma da eventuali disfunzioni organizzative, ossia da circostanze che in questa sede non possono avere rilievo.

21. Può conclusivamente affermarsi pertanto che quando l'amministrazione statale sia stata in giudizio avvalendosi di un proprio dipendente, secondo lo schema di cui all'art. 417 *bis* c.p.c., la notifica della sentenza ai fini del decorso del termine di impugnazione va effettuata allo stesso dipendente.

22. Sulla base di tale principio va accolto il primo motivo di ricorso con conseguente assorbimento del secondo. La sentenza deve esser cassata senza rinvio, dato che il processo non poteva esser proseguito, essendosi formato il giudicato sulla sentenza di primo grado.

La Corte stima opportuno compensare le spese di lite.

P.Q.M. Accoglie il primo motivo del ricorso, assorbito il secondo; cassa senza rinvio la sentenza impugnata (...) Roma, 8 gennaio 2008».

I reati ambientali: le problematiche emerse di recente in materia di sequestro

(Corte Suprema di Cassazione, sezione prima penale, sentenza 8 settembre 2006 n. 29855; sezione terza penale, sentenza 12 giugno 2007 n. 22826)

Col presente articolo si intendono affrontare alcune problematiche sollevate dalla figura del sequestro dei siti inquinati, ed in particolare quelle derivanti dall'incidenza del sequestro, nelle sue varie forme, sulla cessazione della permanenza del reato di omessa bonifica, soffermandosi poi sull'eventuale esonero da responsabilità dello Stato italiano di fronte alla Comunità europea per non aver bonificato il sito in quanto sotto sequestro, nonché infine sugli effetti che il sequestro di un sito produce sul decorso della prescrizione del diritto dello Stato e degli enti locali al risarcimento del danno ambientale.

Quanto alla prima questione, questa ha dato luogo ad un contrasto giurisprudenziale, nel risolvere e comprendere il quale si pongono notevoli problemi.

Con la sentenza 29855 del 2006 (1) la Suprema Corte si è pronunciata sulla questione della eventuale cessazione della permanenza della contravvenzione di cui all'art. 51 *bis* del D.Lgs. 22 del 1997, cd. Decreto Ronchi, che sanziona chi non provvede alla bonifica del sito inquinato, qualora sopravvenga il sequestro del sito stesso.

La Corte di Cassazione ha escluso che il sequestro faccia cessare la permanenza del reato, in quanto questa persiste finché non vengano eliminate le conseguenze dannose o pericolose di questo, ovvero con la sentenza di condanna anche non irrevocabile (2).

Il sequestro è infatti una misura preordinata alla eliminazione del danno e, ai sensi dell'articolo 17 comma 11 *bis* del D.Lgs. 22 del 1997, non impedisce che vi siano interventi di messa in sicurezza, bonifica e ripristino ambientale delle aree, essendo possibile un'autorizzazione da parte del giudice (3).

(1) Cass. Pen., Sez. I, 8 settembre 2006, n. 29855, in *Rifiuti, Bollettino di Informazione Normativa*, 139, 2007, p. 26-29.

(2) Si considerano permanenti quei reati per la cui sussistenza è necessario che l'offesa penalmente rilevante al bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice abbia una certa durata. Vi è la protrazione nel tempo di una situazione antigiuridica per effetto della condotta volontaria del soggetto agente, il quale deve essere in grado di far cessare in ogni momento la situazione continuativa di aggressione al bene protetto. Cfr. in tal senso BERNASCONI, *Del reato permanente*, in *Studium Juris*, 1998, vol. 6, pp. 668 – 677. Sono quindi due i requisiti costitutivi del reato permanente: il protrarsi dell'offesa scaturente dalla condotta dell'agente e una persistente condotta volontaria che consente all'agente di porre fine in ogni momento alla situazione offensiva. Cfr. RAMPIONI, *Reato permanente*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVIII, 1987, p. 856 ss..

(3) Tale principio secondo la Corte deve rimanere fermo anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 247 del D.Lgs. 152 del 2006 il quale, abrogato il previgente art 17 comma 11 *bis*

Secondo la Corte di Cassazione sarebbe quindi irragionevole se il sequestro, diretto proprio ad impedire che dal reato derivino ulteriori danni, potesse determinare la cessazione della permanenza, e cioè dell'antigiuridicità di una condotta che il responsabile della stessa è obbligato a riparare.

Ne consegue che solo la eliminazione del danno può far cessare la permanenza. Situazione questa riprodotta nel Codice ambientale il cui art. 257 risulta corrispondente al precedente 51 *bis* (4), poiché continua a prevedere la punibilità del fatto di inquinamento se l'autore "*non provvede alla bonifica*". Quindi solo la bonifica, se integralmente eseguita, escludeva ed esclude la punibilità del fatto di reato (5).

In conclusione il Supremo Collegio afferma che la permanenza del reato persiste fino alla bonifica o alla sentenza di condanna, ma la sua punibilità può essere fatta venire meno attraverso la condotta riparatoria.

Successivamente la Corte di Cassazione con la sentenza 22826 del giugno 2007 (6) è tornata ad affrontare questa tematica e, richiamando la pro-

del Decreto Ronchi, prevede che l'autorità giudiziaria che ha disposto il sequestro possa autorizzare l'accesso al sito per l'esecuzione dei suddetti interventi. È bene sottolineare che l'art. 247 del Codice dell'Ambiente a differenza dell'articolo 17 del Decreto Ronchi non prevede che "*l'autorità giudiziaria...autorizza l'accesso al sito*" bensì che "*l'autorità giudiziaria...può autorizzare l'accesso al sito*".

(4) In realtà l'articolo 257 del D.Lgs. 152/2006 contiene alcune novità rispetto al 51 *bis* del Decreto Ronchi. In primo luogo il 51 *bis* prevedeva un reato di pericolo in quanto la pena era prevista per chiunque cagionasse l'inquinamento o un pericolo concreto ed attuale di inquinamento, mentre il 257 è esclusivamente un reato di danno, in quanto presuppone l'accertamento dell'effettivo inquinamento del suolo, del sottosuolo e delle acque, con il superamento delle concentrazioni soglia di rischio. Inoltre è scomparsa la previsione della pena congiunta (arresto da sei mesi a un anno e ammenda da 5.000.000 a 50.000.000 Lire) prevedendosi ora una pena alternativa (arresto da sei mesi a un anno oppure ammenda da 2.600 e 26.000 Euro). Tale "ammorbidente" delle sanzioni penali risulta in contrasto con la legge delega 308 del 2004 che prescriveva all'art. 1 "*fermi restando i limiti di pena...già stabiliti dalla legge*" Cfr. GIORGIO FREGNI, *Bonifica dei siti contaminati*, in *Ambiente - Novità e applicazioni del D.Lgs. 152/2006 e normativa collegata*, a cura di G.L. Rota e G. Rusconi, 2007, p. 642; STEFANO MARGOTTA, *La riforma della legislazione ambientale*, 2006, p. 362.

L'assoluta novità dell'art. 257 è il comma 4, a norma del quale "*l'osservanza dei progetti approvati ai sensi degli articoli 242 e seguenti costituisce condizione di non punibilità per i reati ambientali contemplati da altre leggi per il medesimo evento e per la stessa condotta di inquinamento di cui al comma 1*". Cfr. GIANFRANCO AMENDOLA, *Violazioni e sanzioni in tema di rifiuti nel nuovo testo unico ambientale*, 2006, p. 106.

(5) In realtà il reato in esame può essere configurato nel senso che la bonifica sia una causa di non punibilità; come reato a condotta mista in cui tanto l'atto del cagionare l'inquinamento quanto quello del non provvedere alla bonifica assumono disvalore penale; infine nel senso che il reato sia integrato dalla omissione dell'obbligo di bonifica, costituendo l'evento di inquinamento un antecedente logico-giuridico della condotta penalmente sanzionata. Appare preferibile la prima ricostruzione. Cfr. GIORGIO FREGNI, *op cit*, p. 644.

(6) Cass. Pen., Sez. III, 12 giugno 2007, n. 22826, in *Ambiente & Sviluppo*, 11, 2007, p. 1028.

Con tale sentenza la Suprema Corte segnala che la stessa sezione (Cass. Pen., Sez. III, 15 gennaio 2004, n. 2662) ha affermato che in tema di gestione dei rifiuti, il reato previsto

nuncia 29855 del 2006, ha rilevato anch'essa la presenza di un rischio derivante dall'interpretazione che attribuisce al sequestro la capacità di far cessare la permanenza del reato e cioè il rischio che la condotta inerte dei responsabili, costringendo l'autorità ad un intervento cautelare, finisca per trasformarsi in un vantaggio ai fini del decorso dei termini prescrizionali. In particolare la Cassazione del 2007 ha affermato che *“In sostanza, coloro che si attivassero per porre rimedio alla situazione di pericolo vedrebbero permanere il reato fino al momento in cui le attività positive fanno cessare il pericolo stesso, mentre coloro che omettessero ogni intervento vedrebbero cessare la permanenza in momento potenzialmente anticipato grazie al doveroso intervento delle autorità.”*

La Corte tra l'altro respinge la possibile critica fondata sul rischio di incertezza che ricadrebbe sull'indagato o sull'imputato, il quale vedrebbe dipendere il decorso del termine prescrizionale da circostanza a lui estranea, cioè dall'adozione o meno di misure cautelari da parte dell'autorità. Queste misure sono infatti interventi volti a tutela degli interessi offesi o messi in pericolo dalla condotta del responsabile e, se si trasformano in un vantaggio per il responsabile stesso in relazione all'estinzione del reato per prescrizione, non vi è alcuna conseguenza pregiudizievole per la posizione giuridica dell'indagato o dell'imputato.

Tuttavia la Corte afferma che nel caso di specie *“L'atto di sequestro preventivo adottato dal giudice delle indagini preliminari il 12 gennaio 2002 nei confronti di G., C., A. e altri, non prevede in alcuna forma la prosecuzione delle attività o comunque la possibilità per gli indagati di accedere all'area e agli immobili, così definitivamente facendo cessare per essi la disponibilità dei beni.”*

Deve ritenersi, in conclusione, che le condotte penalmente rilevanti trovino nel sequestro preventivo un momento discriminante e debbano considerarsi esaurite”.

La Corte dunque sostiene da un lato che gli indagati avrebbero ben potuto attivarsi per richiedere le opportune modifiche del provvedimento giudiziale anche al fine di porre in essere nuove condotte attive, ma aggiunge che tali elementi non avevano valore in vigenza della precedente normativa,

e punito dall'art. 51, comma 3, D.Lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, realizzazione o gestione di discarica non autorizzata, a seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs. 13 gennaio 2003, n. 36, che ha recepito la direttiva del Consiglio 99/31/CE del 26 aprile 1999 sulle discariche dei rifiuti, ha natura permanente sino al decorrere di anni dieci dalla cessazione dei conferimenti ovvero con l'ottenimento dell'autorizzazione o la loro rimozione. Tuttavia ritiene che detto termine non rilevi nel caso di specie ma confermi il legame esistente fra la persistenza degli effetti pericolosi e nocivi e la permanenza del reato. Quindi il reato di cui all'art. 51 non può sussistere in forma indipendente dalla riferibilità alla condotta della persona del responsabile. Ritiene pertanto coerente il principio affermato costantemente dalla terza sezione per il quale il sequestro preventivo dell'area o dei beni interessati fa cessare il loro legame con la persona e comporta la cessazione della permanenza (Cass. Pen., Sez. III, 20 giugno 2003, n. 16811).

mentre oggi probabilmente sarebbero rilevanti ai sensi del D.Lgs. 3 aprile 2006 n. 152 artt. 242 ss..

Secondo Cass. 22826/2007 il sequestro preventivo del sito inquinato nella nuova normativa del 2006 sarebbe quindi superabile con una richiesta dell'indagato, mentre ciò non sarebbe stato possibile nel vigore del Decreto Ronchi, applicabile al caso in esame.

Questa conclusione desta qualche perplessità soprattutto se confrontata col precedente avviso della Suprema Corte.

I giudici di piazza Cavour hanno in entrambe le sentenze applicato la normativa del Decreto Ronchi, ma non viene spiegato nella pronuncia del 2007 per quale motivo solo l'avvento del Codice dell'Ambiente possa aver attribuito rilevanza alle eventuali richieste delle parti di essere autorizzate dal giudice penale a fare ingresso nel sito sequestrato per bonificare, mentre con il Decreto Ronchi ciò non avrebbe avuto alcun rilievo.

Può rilevarsi che ai sensi dell'art. 247 del Codice dell'Ambiente non è più previsto che *"l'autorità giudiziaria...autorizza l'accesso al sito"* bensì che *"l'autorità giudiziaria...può autorizzare l'accesso al sito"* per realizzare gli interventi di messa in sicurezza, bonifica e ripristino ambientale delle aree. Sembra quindi che sia stata attribuita una certa discrezionalità all'autorità giudiziaria.

La questione della possibilità di autorizzare o meno la bonifica del sito sequestrato incide in maniera diretta sul punto nodale della questione affrontato da entrambe le sentenze. Esso può ravvisarsi nell'individuazione del momento in cui cessa la permanenza del reato.

In linea generale, secondo la teoria del reato permanente, la cessazione del reato si situa nel momento in cui cessa la condotta volontaria del soggetto, e cioè di regola con il compimento dell'azione che pone fine alla situazione antigiuridica. Ma la permanenza viene meno anche qualora vi sia un'impossibilità di compiere l'azione anzidetta. In particolare si può dire che un comportamento offensivo sia in atto solo finché l'agente ha la capacità di far cessare la lesione del bene protetto. Qualora difetti nel soggetto attivo la signoria del volere, viene meno lo stesso elemento psicologico dell'illecito e la permanenza deve considerarsi cessata nel momento in cui il venir meno di quella capacità evidenzia la mancanza della componente psichica (7).

Si può quindi concludere che il criterio per poter comprendere se si sia verificata la cessazione della permanenza del reato sia quello della esigibilità dal reo, in relazione a tutte le circostanze del caso concreto, del comportamento che pone fine alla lesione del bene giuridico protetto.

La prima sentenza non si discosta da tale principio. Difatti sottolinea che il sequestro, ai sensi dell'articolo 17 comma 11 *bis* del D.Lgs. 22 del 1997, non impedisce che vi siano interventi di messa in sicurezza, bonifica e ripristino ambientale delle aree, al fine di impedire l'ulteriore propagazione degli

(7) RAMPIONI, *Reato permanente*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVIII, 1987, p. 862.

inquinanti ed il conseguente peggioramento della situazione ambientale. Quindi non viene meno in capo all'imputato la possibilità di far cessare la lesione del bene protetto.

Ovviamente questa possibilità è condizionata, dipende cioè dalla decisione del giudice di autorizzare o meno l'accesso al sito: ma la possibilità indiscutibilmente esiste.

La seconda sentenza evidenzia invece che nella specie l'atto di sequestro preventivo adottato dal Giudice delle Indagini Preliminari non prevedeva in alcun modo la possibilità per gli indagati di accedere ai siti inquinanti, facendo così cessare per essi la disponibilità dei beni, e con essa la permanenza del reato per sopravvenuta impossibilità di compiere l'azione che pone fine alla situazione antigiuridica. Tale soluzione *prima facie* corretta, in realtà, come già sottolineato, desta qualche perplessità perché non si rinviene nel caso di specie alcuna impossibilità di porre fine alla situazione antigiuridica dal momento che l'imputato poteva, ai sensi dell'art. 17 comma 11 *bis*, chiedere l'autorizzazione all'accesso al sito.

Può dirsi al contrario che già in passato la dizione dell'art. 17 comma 11 *bis* del Decreto Ronchi ("*l'autorità...autorizza*"), fosse tale da attribuire al responsabile la possibilità di accedere al sito per bonificare, e che per tale motivo non potesse dirsi esaurita la permanenza del reato pur in presenza di un sequestro.

La soluzione più plausibile è che la novità cui fa riferimento la Suprema Corte stia proprio in quel "*può autorizzare*" dell'articolo 247 del Codice Ambientale, che apre dunque la possibilità di un diniego all'accesso dell'autorità. Si può dire che oggi sia rilevante il fatto che gli indagati si siano o meno attivati per richiedere le opportune modifiche del provvedimento giudiziale. Qualora infatti il responsabile dell'inquinamento non si attivi per ottenere l'autorizzazione o qualora, nonostante il consenso all'accesso dell'autorità giudiziaria, non provveda alla bonifica, questi non potrà invocare la cessazione della permanenza. Qualora invece sia stato chiesto l'accesso ma questo sia stato negato, può dirsi esaurita la permanenza del reato, per l'impossibilità di porre fine alla lesione del bene protetto dalla norma.

Tuttavia pare ragionevole affermare che anche in vigore del Decreto Ronchi il quadro normativo non fosse affatto diverso. La differenza tra le formule utilizzate nei due testi normativi succedutisi nel tempo ("*autorizza*" e "*può autorizzare*") probabilmente non è stata frutto di una volontà legislativa di modificare il potere dell'autorità giudiziaria in materia di autorizzazione a bonificare, ma un cambiamento di mero stile.

Che si accolga o meno questa interpretazione, rimane comunque fermo che anche la sentenza 22826 del giugno 2007 ha fatto applicazione della normativa precedente, quella del Decreto Ronchi, e dunque, in definitiva, non si comprende come la Cassazione nel 2007 non sia giunta alla stessa soluzione di cui alla sentenza n. 29855 del 2006.

Peraltro, un problema che non viene affrontato nelle sentenze in esame è quello della diversa incidenza dei differenti tipi di sequestro penale (preventivo, probatorio e conservativo) sulla cessazione della permanenza del

reato (8), o meglio, e a monte, sulla valutazione a cui è chiamato il giudice nell'autorizzare o meno l'accesso al sito per effettuare la bonifica.

Le due pronunce in commento, infatti, hanno esaminato solo casi in cui era intervenuto un sequestro preventivo, che ai sensi dell'art. 321 del codice di procedura penale viene disposto quando *“vi è pericolo che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso ovvero agevolare la commissione di altri reati”*.

Ora, è indubbio che essendo il sequestro preventivo finalizzato a evitare l'aggravamento degli effetti del reato, esso non sia ostativo ad una autorizzazione derogatoria volta proprio alla bonifica del sito.

Vi è poi il sequestro probatorio regolato dagli artt. 253 ss. c.p.p. il quale viene disposto per il solo scopo di garantire l'integrità della prova al fine di consentire l'accertamento dei fatti per cui si procede.

Ci si può interrogare se anche in questo caso sia configurabile una autorizzazione all'accesso per bonificare.

Nelle norme di riferimento, cioè l'art 17 comma 11 *bis* del Decreto Ronchi, e ora l'art. 247 del Codice dell'Ambiente, l'accesso al sito è autorizzato con generico riguardo al *“sequestro”*, senza specificarne il tipo.

Entrambe le norme sembrerebbero applicabili quindi anche al sequestro probatorio, e dunque anche quest'ultimo non dovrebbe far cessare la permanenza del reato, dal momento che l'autorità giudiziaria può anche in tal caso disporre l'accesso per bonificare.

Tuttavia non si può omettere di evidenziare che la Corte di Cassazione con la sentenza 29855 del 2006 ha escluso che il sequestro preventivo facesse cessare la permanenza perché sarebbe irragionevole se il sequestro, diretto proprio ad impedire che dal reato derivino ulteriori danni, potesse determinare la cessazione della permanenza, e cioè dell'antigiuridicità di una condotta che il responsabile della stessa è obbligato a riparare. La Corte ha quindi fatto leva sulla *ratio* e sullo scopo del sequestro preventivo, che è quello di evitare che si aggravino o si protraggano le conseguenze del reato (o venga agevolata la commissione di altri reati) e ne ha dedotto che sarebbe inconcepibile che la presenza dello stesso possa in qualche modo scusare il responsabile dell'inquinamento per non aver provveduto alla bonifica, in quanto tale soluzione porterebbe il sequestro preventivo ad andare contro gli scopi che gli sono propri.

(8) La sentenza Cass. pen. Sez. I, n. 29855, fa esclusivo riferimento al sequestro preventivo, di cui all'articolo 321 c.p.p. La vicenda esaminata nella successiva sentenza Cass. pen., Sez. III (ud. 27 marzo 2007), 12 giugno 2007, n. 22826 è più complessa perché l'area inquinata era stata sottoposta a sequestro conservativo nel 1994. Successivamente, il 10 ottobre 1995, il Pubblico Ministero aveva emesso un provvedimento di sequestro probatorio dell'area in relazione a violazioni del d.P.R. n. 915 del 1982, artt. 25 e 26, cessato solo nell'agosto del 1998. Infine in data 12 gennaio 2002 il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Bari aveva disposto il sequestro preventivo dello stabilimento e delle aree collegate. Anche in questa seconda sentenza il problema della rilevanza del sequestro ai fini della cessazione della permanenza del reato è stato affrontato solo in relazione al sequestro preventivo.

L'esigenza che sta alla base del sequestro probatorio è invece quella di garantire al giudizio un mezzo di prova, tramite l'apprensione di una cosa determinata, mobile o immobile, che costituisce il corpo del reato o cosa a questo pertinente. Data la diversità dello scopo del sequestro probatorio rispetto a quello preventivo, può dirsi che la soluzione in relazione alla cessazione della permanenza del reato, avrebbe potuto essere diversa qualora nei due casi esaminati la Corte si fosse trovata in presenza del primo e non del secondo? È chiaro che un accesso al sito inquinato per bonificarlo ne modificherebbe lo stato e vanificherebbe lo scopo del sequestro probatorio di garantire al giudizio il mezzo di prova. Tuttavia tale esigenza potrebbe soccombere di fronte a quella di tutelare l'ambiente tramite la bonifica di un sito inquinato. Quindi, qualora vi sia un sequestro probatorio, e questo debba essere mantenuto ai fini di prova, l'autorità giudiziaria dovrebbe consentire l'accesso al sito perché venga bonificato. È vero che l'art. 247 del Codice dell'Ambiente non prevede che *“l'autorità giudiziaria...autorizza l'accesso al sito”* bensì che *“l'autorità giudiziaria...può autorizzare l'accesso al sito”* attribuendo alla stessa la possibilità di operare una scelta. Sarà quindi l'autorità giudiziaria ad operare un bilanciamento fra l'interesse a garantire al giudizio un mezzo di prova e quello a salvaguardare l'ambiente, per decidere se concedere o meno al responsabile dell'inquinamento l'accesso al sito per bonificare. Laddove dovesse invece far prevalere il primo interesse, e decidesse quindi di negare l'accesso, cesserà la permanenza del reato di omessa bonifica, perché dal momento del diniego all'accesso non vi è più da parte del reo un volontario mantenimento dello stato anti-giuridico.

A identica soluzione si dovrebbe pervenire in caso di sequestro conservativo, che, ai sensi dell'art. 316 c.p.p., viene disposto *“Se vi è fondata ragione di ritenere che manchino o si disperdano le garanzie per il pagamento della pena pecuniaria, delle spese di procedimento e di ogni altra somma dovuta all'erario dello Stato”* o *“Se vi è fondata ragione di ritenere che manchino o si disperdano le garanzie delle obbligazioni civili derivanti dal reato”*.

In effetti, la finalità di garantire un credito ed assicurarne la realizzazione sembra destinata a soccombere di fronte all'esigenza di tutelare l'ambiente. Si può inoltre aggiungere che la bonifica di un sito inquinato permette di mantenere o aumentare il valore del sito stesso. Qualora quindi l'autorità giudiziaria dovesse negare l'accesso per bonificare un sito inquinato in quanto sottoposto a sequestro conservativo, opererebbe una scelta che andrebbe contro le esigenze alla base di tale sequestro, cioè quelle di reintegrazione patrimoniale.

A prescindere dalle implicazioni penali che conseguono alla mancata bonifica di un sito inquinato e che riguardano il singolo individuo, è bene sottolineare che lo Stato italiano stesso, qualora non venisse bonificato un sito inquinato, potrebbe incorrere in una procedura di infrazione comunitaria. Infatti l'art. 4 della direttiva 75/442 sancisce: *“Gli Stati membri adottano le misure necessarie per assicurare che i rifiuti siano ricuperati o smaltiti senza pericolo per la salute dell'uomo e senza usare procedimenti o metodi che potrebbero recare pregiudizio all'ambiente e in particolare:*

- senza creare rischi per l'acqua, l'aria, il suolo e per la fauna e la flora,
- senza causare inconvenienti da rumori od odori,
- senza danneggiare il paesaggio e i siti di particolare interesse.

Gli Stati membri adottano inoltre le misure necessarie per vietare l'abbandono, lo scarico e lo smaltimento incontrollato dei rifiuti”.

L'art. 8 della stessa direttiva dispone quanto segue:

“Gli Stati membri adottano le disposizioni necessarie affinché ogni detentore di rifiuti:

- *li consegni ad un raccoglitore privato o pubblico, o ad un'impresa che effettua le operazioni previste nell'allegato II A o II B, oppure*
- *provveda egli stesso al ricupero o allo smaltimento, conformandosi alle disposizioni della presente direttiva”.*

Qualora l'Italia non bonificasse un sito inquinato potrebbe dunque essere chiamata a risponderne a livello comunitario.

Ci si può chiedere allora se lo Stato possa invocare come esimente della mancata bonifica la presenza di un sequestro disposto dall'autorità giudiziaria, la quale impedisca l'accesso al sito per bonificarlo.

Ora, va innanzi tutto rilevato che l'art. 250, D.Lgs. 152/2006 prevede la bonifica d'ufficio da parte dell'amministrazione.

In particolare la norma in esame prevede che *“Qualora i soggetti responsabili della contaminazione non provvedano direttamente agli adempimenti disposti dal presente titolo ovvero non siano individuabili e non provvedano né il proprietario del sito né altri soggetti interessati, le procedure e gli interventi di cui all'articolo 242 sono realizzati d'ufficio dal comune territorialmente competente e, ove questo non provveda, dalla regione”.*

A fronte di tale previsioni normative si pongono alcuni problemi, ancora non del tutto risolti.

In primo luogo ci si chiede se il sequestro possa costituire un ostacolo o comunque un limite per la P.A. che voglia procedere alla bonifica d'ufficio. E in secondo luogo ci si può interrogare se, qualora non fosse autorizzato dal giudice l'accesso al sito per bonificare, lo Stato italiano possa giustificarsi di fronte alla Comunità Europea.

Ora, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee con la sentenza 25 novembre 2004 ha condannato l'Italia in quanto *“Non avendo adottato le misure necessarie per assicurare che i rifiuti stoccati o depositati in discarica... fossero recuperati o smaltiti senza pericolo per la salute dell'uomo e senza usare procedimenti o metodi che potrebbero recare pregiudizio all'ambiente... la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenenti ai sensi degli artt. 4 e 8 della detta direttiva”.*

Nel caso di specie lo Stato italiano aveva affermato che *“i lavori di messa in sicurezza di emergenza di tali discariche erano impediti dal sequestro disposto dall'autorità giudiziaria che aveva richiesto, prima di qualsiasi intervento, l'espletamento dell'iter istruttorio relativo al progetto di bonifica.”* La Corte ha condannato l'Italia senza espressamente toccare il profilo della rilevanza eventualmente scusante del sequestro, lasciando quindi all'interprete il compito di risolvere la questione.

Ebbene, al riguardo non si può che partire da un semplice dato di fatto: l'Italia si era dichiarata impossibilitata ad effettuare i lavori di messa in sicurezza di emergenza di alcune discariche per via di un sequestro ma è stata ugualmente condannata.

Si può desumere sulla base di quanto affermato dalla Corte di Giustizia, che la presenza di un sequestro non scusi lo Stato inadempiente agli obblighi imposti dalla direttiva 75/442. In effetti l'art 17 comma 11 *bis* del Decreto Ronchi, e ora l'art. 247 del Codice dell'Ambiente, che stabiliscono che “*Nel caso in cui il sito inquinato sia soggetto a sequestro*” l'autorità giudiziaria che lo ha disposto autorizza (nel nuovo codice “*può autorizzare*”) l'accesso al sito possono applicarsi non solo quando è il privato che vuole bonificare, ma anche quando sia l'Amministrazione ad intervenire. Quindi l'Italia non poteva essere giustificata perché l'autorità poteva disporre l'accesso al sito.

A norma del nuovo Codice Ambientale può però accadere che l'autorità neghi l'accesso e ci si chiede se lo Stato italiano possa essere giustificato di fronte alla Comunità Europea per non aver effettuato gli interventi prescritti. Probabilmente lo Stato italiano verrebbe comunque condannato sulla base del principio, affermato ormai da una giurisprudenza costante, secondo il quale uno Stato membro non può invocare norme, prassi o situazioni del suo ordinamento giuridico interno per giustificare l'inosservanza degli obblighi e dei termini derivanti dalle norme del diritto comunitario (vedi ad esempio sentenza 8 giugno 1993, causa C-52/91, Commissione/Paesi Bassi, *Racc.*, I-3069, punto 36). Tuttavia lo Stato italiano potrebbe evitare una condanna basandosi sulla correttezza e fondatezza delle ragioni che hanno indotto l'autorità giudiziaria a negare l'accesso al sito per bonificare.

Si pone infine il problema di individuare gli effetti che il sequestro di un sito inquinato produce sul decorso della prescrizione del diritto al risarcimento del danno ambientale, risarcibile allo Stato ai sensi dell'art. 311 del Codice dell'Ambiente (9) o agli Enti locali, a norma dell'art. 9 TUEL (D.Lgs. 267/2000).

La responsabilità civile in materia di danno ambientale è uno strumento introdotto a livello nazionale (art. 18 della legge 349/86 (10) oggi abrogato)

(9) Tale articolo così recita: “1. Il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio agisce, anche esercitando l'azione civile in sede penale, per il risarcimento del danno ambientale in forma specifica e, se necessario, per equivalente patrimoniale, oppure procede ai sensi delle disposizioni di cui alla parte sesta del presente decreto. 2. Chiunque realizzando un fatto illecito, o omettendo attività o comportamenti doverosi, con violazione di legge, di regolamento, o di provvedimento amministrativo, con negligenza, imperizia, imprudenza o violazione di norme tecniche, arrechi danno all'ambiente, alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo in tutto o in parte, è obbligato al ripristino della precedente situazione e, in mancanza, al risarcimento per equivalente patrimoniale nei confronti dello Stato. [...]”.

(10) Il comma 1 dell'articolo 18 della Legge 349/86 stabilisce che “*Qualunque fatto doloso o colposo in violazione di disposizioni di legge o di provvedimenti adottati in base a legge che comprometta l'ambiente, ad esso arrecando danno, alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo in tutto o in parte, obbliga l'autore del fatto al risarcimento nei confronti dello Stato*”.

e comunitario (art. 174 del Trattato istitutivo della CE, Roma, 1957; *Libro Bianco sulla responsabilità per danni all'ambiente*, Bruxelles, 2000; Proposta di Direttiva in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale, Bruxelles, 2002) per la tutela dell'ambiente che recepisce il fondamentale principio di diritto internazionale tradizionalmente noto come "chi inquina paga". L'azione di risarcimento è finalizzata al recupero economico dei danni ambientali o al ripristino originario della risorsa ambientale danneggiata. Il risarcimento può pertanto essere effettuato in forma specifica (ripristino dello stato dei luoghi a spese del responsabile) o per equivalente (attraverso una precisa quantificazione economica/monetaria del danno o attraverso una valutazione equitativa operata dal Giudice sulla base della gravità della colpa, del profitto conseguito dal trasgressore e del costo necessario per il ripristino dei luoghi) (11).

Quando il danno ambientale deriva da un reato (12) si applica l'articolo 2947 comma 3 del codice civile, per il quale se il fatto è considerato dalla legge come reato e per il reato è stabilita una prescrizione più lunga, questa si applica anche all'azione civile. L'art. 157 c.p. stabilisce al primo comma che *"la prescrizione estingue il reato decorso il tempo corrispondente al massimo della pena edittale stabilita dalla legge e comunque un tempo non inferiore a sei anni se si tratta di delitto e a quattro anni se si tratta di con-*

(11) Il Giudice ordinario, nell'ambito di un procedimento penale o civile, accerterà la responsabilità per danno ambientale qualora:

- il danno sia causato da un fatto doloso o colposo in violazione di una disposizione di legge o di provvedimenti adottati in base a una legge;
- siano identificati gli autori/responsabili del danno;
- il danno sia determinato e quantificato in termini di alterazione, deterioramento o distruzione totale o parziale dell'ambiente;
- venga dimostrata la relazione causa-effetto tra fatto doloso/colposo e danno ambientale;
- lo Stato o un Ente territoriale competente (regioni, province, comuni, enti parco, ecc.) promuova, di fronte al giudice penale o civile, un'azione di risarcimento a beneficio dello Stato.

(12) In questo caso l'Amministrazione può richiedere il risarcimento del danno attraverso due differenti procedure:

- costituendosi parte civile nel processo penale.

Il Ministero dell'Ambiente quale parte offesa può chiedere il risarcimento del danno direttamente nella sede penale, previa autorizzazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri, ai sensi della legge 3 gennaio 91 n. 3, art.1 comma 4;

- azionando la pretesa risarcitoria autonomamente in sede civile.

In tale caso la parte offesa propone direttamente dinanzi al giudice civile la richiesta di risarcimento del danno, senza costituirsi parte civile nel processo penale, comunque sempre prima che sia intervenuta sentenza di primo grado. In questo caso il giudizio civile si svolge del tutto indipendentemente da quello penale, ma qualora dovesse intervenire sentenza irrevocabile di condanna in seguito al dibattimento penale, la stessa avrà efficacia di giudicato nel giudizio civile. In tali circostanze, quindi, le vicende relative al processo penale hanno rilevanza e valore soltanto nella misura in cui possono essere utili al danneggiato. Nella ipotesi in cui, invece, l'azione civile venga intentata dopo che sia intervenuta la sentenza penale di primo grado, detta autonomia è esclusa (il giudicato penale avrà effetto preclusivo sulla sentenza civile) e comunque si dovrà attendere la conclusione di tutti i gradi del giudizio penale.

travvenzione, ancorché puniti con la sola pena pecuniaria” e al quarto che “*Quando per il reato la legge stabilisce congiuntamente o alternativamente la pena detentiva e la pena pecuniaria, per determinare il tempo necessario a prescrivere si ha riguardo soltanto alla pena detentiva.*” Le contravvenzioni di cui all’art 51 bis del Decreto Ronchi e di cui al 257 del Codice dell’Ambiente stabiliscono la prima “*la pena dell’arresto da sei mesi a un anno e con l’ammenda da lire cinque milioni a lire cinquanta milioni*” e la seconda “*l’arresto da sei mesi a un anno o con l’ammenda da duemilaseicento euro a ventiseimila euro*”. Essendo la pena detentiva massima corrispondente ad un anno, si deve applicare la regola per la quale comunque la contravvenzione non si prescrive in un tempo inferiore a quattro anni. Tuttavia questa prescrizione è più breve di quella quinquennale stabilita dal comma 1 dell’articolo 2947. Ne consegue che il diritto al risarcimento del danno ambientale si prescrive in cinque anni.

In base alla dottrina e alla giurisprudenza l’inizio del decorso del termine prescrizione si ha con la cessazione della permanenza (13). Quindi, qualora si ritenesse che il sequestro faccia cessare la permanenza del reato, si dovrebbe far decorrere da quel momento il termine quinquennale di prescrizione del diritto al risarcimento del danno ambientale.

Tuttavia sono evidenti i problemi che si pongono quando il danno all’ambiente si configura come “danno lungolattente”, danno che cioè manifesta i suoi effetti, spesso devastanti, a distanza di molto tempo dal momento in cui è stata compiuta la condotta illecita che lo ha determinato.

Secondo un’interpretazione rigorosa dell’art. 2947 c.c. il *dies a quo* del termine prescrizione sarebbe il momento in cui è stata tenuta la condotta illecita, anche nel caso in cui il danno sia stato scoperto dal danneggiato in

(13) La giurisprudenza prevalente riconosce l’esistenza della figura dell’illecito civile permanente. La Cassazione Civile a Sez. Unite, con sentenza 22 luglio 1999, n. 493, ha affermato che “*si definiscono permanenti gli illeciti civili nei quali il fatto (la condotta umana), che li pone in essere, dà luogo ad una situazione dannosa o pericolosa, la quale si protrae nel tempo a causa del perdurare della condotta determinante. Per la sussistenza della permanenza sono necessarie due condizioni: a) il carattere continuativo dello stato dannoso o pericoloso derivante dalla condotta del soggetto (alla stessa stregua della condotta, lo stato dannoso o pericoloso non si esaurisce in un solo istante, ma prosegue per un certo tempo, il che importa un progressivo aumento del pregiudizio); b) il rapporto di causalità tra il protrarsi dello stato dannoso o pericoloso e la condotta del soggetto, la quale prosegue senza interruzione dopo la realizzazione del fatto, da cui il danno o il pericolo ha origine. Pertanto il soggetto, se vuole, normalmente è in grado di far cessare lo stato continuativo dannoso o pericoloso da lui posto in essere; quindi, l’illecito permanente cessa nel momento in cui ha termine la condotta volontaria del soggetto: il che avviene di regola con la conclusione dell’azione, che cagiona la situazione di danno o di pericolo. (Omissis) Ai fini del decorso della prescrizione nel caso di illecito permanente, senza dubbio, si deve accertare la data di cessazione della permanenza. (Da questa data decorre la prescrizione per il risarcimento del danno, in consonanza con la disposizione dell’art. 2947 cod. civ., secondo cui il diritto al risarcimento del danno derivante da fatto illecito si prescrive in cinque anni dal giorno in cui il fatto si è verificato. Ciò significa, dal giorno in cui il carattere di permanenza dell’illecito è venuto a cessare)”*.”

epoca successiva in modo incolpevole, come accade ad esempio nell'ipotesi di danni lungolatenti.

Secondo l'impostazione oggi maggioritaria, l'art. 2947 c.c. andrebbe interpretato in senso garantista verso il danneggiato, decodificando l'inciso "dal giorno in cui il fatto si è verificato" nel senso di percezione della lesività del fatto antiggiuridico altrui (14).

Quindi nel caso di danni lungolatenti il *dies a quo* rilevante ai fini della decorrenza della prescrizione sarebbe riferibile non al momento della causazione del danno *ab origine*, ma al verificarsi degli effetti dannosi percepibili (15).

A sostegno di tale tesi depone un'interpretazione sistematica dell'istituto della prescrizione, effettuata collegando l'art. 2947 c.c. con gli artt. 2043 e 2935 c.c.. L'art. 2935 c.c., laddove stabilisce che la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere, sembra imporre all'interprete una strada ben precisa, poiché il diritto può essere fatto valere solo nel caso in cui si abbia consapevolezza del diritto nascente da illecito dannoso. Quindi il *dies a quo* è quello della percezione del danno, la quale permette di far valere il diritto. Una diversa soluzione ermeneutica deporrebbe a vantaggio del danneggiante che potrebbe non essere più chiamato a rispondere del fatto illecito, soltanto perchè in concreto il danneggiato era impossibilitato (a causa della natura di certi danni, come quelli lungolatenti) a percepire il danno. D'altronde l'art. 2043 c.c. si riferisce al danno ingiusto e non alla condotta, con la conseguenza che il danneggiato dovrà essere messo in condizioni tali da poter percepire la lesività della condotta.

Si può concludere che se l'art. 2947 c.c. si collega all'art. 2935 c.c., nonché all'art. 2043 c.c., emerge come non solo il *dies a quo* del termine prescrizione deve essere individuato nel momento di percezione del danno, ma anche della sua ingiustizia, del nesso eziologico, e dell'atteggiamento doloso o colposo del responsabile (16). Solo in tal senso, infatti, il danneg-

(14) VIOLA LUIGI, *La prescrizione nei danni lungolatenti*, in www.diritto.it.

(15) La Corte di Cassazione, con sentenza 2 febbraio 2007, n. 2305, ha affermato che in tema di prescrizione del diritto al risarcimento del danno lungolatente, l'azione risarcitoria, nel caso di specie da intesa anticoncorrenziale, proposta ai sensi del secondo comma dell'art. 33 della legge 10 ottobre 1990 n. 287, si prescrive, in base al combinato disposto degli artt. 2935 e 2947 c.c., in cinque anni dal giorno in cui chi assume di aver subito il danno abbia avuto, usando l'ordinaria diligenza, ragionevole ed adeguata conoscenza del danno e della sua ingiustizia, mentre resta a carico di chi eccepisce la prescrizione l'onere di provarne la decorrenza, e il relativo accertamento compete al giudice del merito ed è incensurabile in cassazione, se sufficientemente e coerentemente motivato. (Nella specie, concernente il danno arrecato dalla compagnia assicurativa al proprio assicurato per la r.c.a., in relazione ad intese anticoncorrenziali sanzionate dall'Autorità Garante, la S.C. ha cassato la sentenza di merito che aveva individuato il momento di decorrenza della prescrizione con il sopravvenire della definitività della sanzione in sede giudiziaria amministrativa). (Cass. civ. Sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305 in *Foro Italiano*, 2007, 4, 1, col. 1097, con nota di PALMIERI e PARDOLESI).

(16) In effetti parte della giurisprudenza ha ampliato il concetto di percezione del danno, derivante dal combinato disposto degli artt. 2947, 2935, 2043 c.c. e dall'art. 24 Cost.,

giato potrà decidere liberamente se intraprendere la via giudiziaria o meno, in pieno rispetto dell'art. 24 Cost.. Diversamente argomentando, nei danni lungolatenti il danneggiato resterebbe sprovvisto di tutela, in contrasto con la lettera della legge e con il suo spirito garantista. La stessa *ratio* giustificatrice dell'art. 2043 c.c. sembra improntata alla tutela piena del danneggiato, per cui anche nell'ipotesi di dubbio interpretativo attinente al *dies a quo*, bisognerebbe propendere per la tesi più favorevole al danneggiato.

Rispetto al danno all'ambiente, qualora esso si configuri come "danno lungolatente" (e dunque il *dies a quo* del termine prescrizione si collochi nel momento di percezione del danno, della sua ingiustizia, del nesso eziologico, e dell'atteggiamento doloso o colposo del responsabile), ci si può interrogare allora quale sia il momento in cui può dirsi che lo Stato (danneggiato) ne sia venuto a conoscenza.

La notizia di reato pervenuta all'autorità giudiziaria, o anche – *a fortiori* – il sequestro, potrebbero in astratto integrare una forma di presunzione di conoscenza da parte dell'apparato statale.

Va anche detto però che quando l'art. 311, D.Lgs. 152/2006 parla di "Stato" sembra riferirsi non allo Stato-collettività, ma allo Stato-persona, ovvero alla sola compagine amministrativa.

Inoltre, l'organo deputato ad azionare la pretesa risarcitoria è individuato nel solo Ministero dell'Ambiente.

E allora, sarebbe forse più corretto ritenere che la conoscenza da parte del danneggiato dell'esistenza del danno ambientale vada situata nel momento in cui la notizia perviene al Ministero dell'Ambiente, o comunque, in ogni caso, quando venga effettuata a quest'ultimo la comunicazione della fissazione dell'udienza dibattimentale nel processo penale a carico dei responsabili dell'inquinamento per l'eventuale costituzione di parte civile in nome e per conto dello Stato (ai sensi degli articoli 419, 429 e 456 c.p.p.).

Dr.ssa Flavia Piqué^()*

Corte Suprema di Cassazione, sezione prima penale, sentenza 8 settembre 2006 n. 29855 – Pres. S. Chieffi – Rel. G. Corradini – P.M. G. Viglietta – Imputato P. V. e altri.

«(Omissis) *Motivi della decisione.* Quanto alla eccezione di prescrizione i ricorrenti assumono, con riguardo alla contravvenzione di cui al D.Lgs. n. 22 del 1997, art. 51 *bis*, che,

fino a comprendervi l'effettiva conoscibilità, risolvendo il problema del *dies a quo* non come mera possibilità di accertare una realtà fenomenica, ma come concreta possibilità di apprezzare l'"ingiustizia" del fatto stesso, nonché la sua riconducibilità eziologica alla condotta dolosa o colposa di un terzo. Accogliendo tale tesi, dunque, la prescrizione non decorrebbe dalla data di verifica dell'illecito, né da quella in cui la vittima ha avuto la percezione del danno, ma da quella in cui la vittima ha avuto la concreta possibilità di percepire che il danno da lei patito andava ascritto alla condotta illecita di un terzo. Cfr. Cass. civ. Sez. III, 21 febbraio 2003, n. 2645; Cass. civ. Sez. Unite, 11 gennaio 2008, n. 585/584/583.

^(*) Dottore in Giurisprudenza, ammessa alla pratica forense presso l'Avvocatura dello Stato.

pur trattandosi pacificamente di un reato permanente, la permanenza sarebbe però cessata alla data del (*omissis*) in cui era stato operato il sequestro del sito, o, quanto meno, a quella del 7 maggio 2001 in cui erano state eseguite le operazioni peritali, per cui, anche tenuto conto degli atti interruttivi, la prescrizione sarebbe già maturata alla data odierna. E ciò, ad avviso dei ricorrenti, sarebbe ancora più evidente con riguardo alla modifica legislativa contenuta nel D.Lgs. n. 152 del 2006, art. 275, del che chiarirebbe la impossibilità per i P. di operare la bonifica del sito senza la autorizzazione della autorità giudiziaria e quindi di fare venire meno la punibilità del fatto ormai realizzato alla data del sequestro. Premesso che è pacifico che si è in presenza di un reato permanente, il che è riconosciuto anche dai ricorrenti, si tratta di verificare se il sequestro del sito inquinante faccia o meno cessare la permanenza e se il D.Lgs. n. 152 del 2006 (nuovo T.U. in materia ambientale), entrato in vigore in data 29 aprile 2006, che ha fra l'altro sostituito gli artt. 17 e 51 *bis* con le disposizioni di cui artt. 242 e 257, abrogando all'art. 264, comma 1, lett. *i*) il c.d. Decreto Ronchi (D.Lgs. n. 22 del 1997), abbia modificato le caratteristiche del reato di cui si tratta in relazione alla permanenza. Sul primo punto deve escludersi che il sequestro del sito faccia cessare la permanenza del reato, per gli effetti di cui all'art. 158 c.p. in relazione all'art. 157 c.p., la quale persiste fino a quando non vengano fatte venire meno le conseguenze dannose o pericolose ovvero con la sentenza di condanna anche non irrevocabile.

Il sequestro infatti era ed è preordinato alla eliminazione del danno e non impedisce, neppure dopo la entrata in vigore del D.Lgs. n. 152 del 2006 (art. 247), così come non li impediva prima, gli interventi di messa in sicurezza, bonifica e ripristino ambientale delle aree anche al fine di evitare la ulteriore propagazione degli inquinanti ed il conseguente peggioramento della situazione ambientale. Sarebbe invero singolare che il sequestro delle aree, diretto ad impedire i danni ulteriori e ad assicurare gli interventi di cui all'art. 17 del Decreto Ronchi e D.Lgs. n. 152 del 2006, art. 242, possa determinare la cessazione della permanenza e cioè della antigiusuridicità di una condotta che il responsabile della stessa è tenuto a denunciare ed a riparare evitando pure il sequestro se si mette immediatamente a disposizione e predispone gli interventi riparatori.

D'altronde proprio nel caso in esame emerge dalla sentenza impugnata che il sito è stato dissequestrato nel 2003 dalla autorità giudiziaria per avviare la messa in sicurezza per cui soltanto la eliminazione del danno – che non risulta sia intervenuta e che è negata dalla sentenza impugnata, al contrario di quanto assumono apoditticamente, ma non dimostrano, i ricorrenti – avrebbe potuto determinare la cessazione della permanenza. La situazione non è comunque mutata neppure a seguito della entrata in vigore del nuovo codice ambientale poiché, sotto tale profilo, la struttura del reato di cui all'art. 257 è del tutto corrispondente a quella del precedente reato di cui all'art. 51 *bis*, anche in punto di pena, con un minimo arrotondamento della pena pecuniaria (per quanto qui interessa), poiché continua a prevedere la punibilità del fatto di inquinamento se l'autore “non provvede alla bonifica in conformità” al progetto di cui all'art. 242 (in precedenza era previsto che la bonifica dovesse avvenire secondo il procedimento del corrispondente art. 17). Il che significava e significa che la bonifica, se integralmente eseguita escludeva ed esclude la punibilità del fatto anche secondo la precedente normativa (come è stato sempre pacifico anche in giurisprudenza), mentre l'art. 257, comma 4, ha specificato non già la non punibilità per gli autori dell'inquinamento in ordine al reato di cui si tratta, bensì la estensione della non punibilità, in caso di accertata bonifica, anche agli altri eventuali reati ambientali contemplati da altre leggi per il medesimo evento e per la stessa condotta di inquinamento.

In sostanza il legislatore, proprio per agevolare la bonifica dei siti inquinati (secondo il principio “chi inquina paga” formalizzato testualmente in legge nel D.Lgs. 3 aprile 2006,

152, art. 239, ma già esistente come tale anche nel c.d. Decreto Ronchi) e quindi impedire la prescrizione del reato nei tempi estremamente brevi previsti per le contravvenzioni, insufficienti di regola per gli interventi di ripristino ambientale dei siti contaminati, ha strutturato il reato di cui si tratta come reato la cui permanenza persiste fino alla bonifica ovvero fino alla sentenza di condanna, ma la cui punibilità può essere fatta venire meno, sempre fino alla sentenza di condanna, attraverso la condotta riparatoria, in tal modo creando un particolare interesse per l'autore dell'inquinamento – che non può invocare la prescrizione se non ha provveduto alla bonifica – ad attuare le condotte riparatorie, onde eliminare la punibilità del reato.

La eccezione di prescrizione del reato di cui al capo f) è quindi infondata anche alla luce dello *ius superveniens*. (*Omissis*) I ricorsi devono essere pertanto respinti perchè infondati sotto tutti i motivi addotti, con le conseguenze di legge in punto di spese (art. 616 c.p.p.).

P.Q.M. Rigetta i ricorsi e condanna i ricorrenti in solido al pagamento delle spese processuali. Così deciso in Roma, il 13 giugno 2006 (...).

Corte Suprema di Cassazione, sezione terza penale, sentenza 12 giugno 2007 n. 22826
– Pres. P. Onorato – Rel. L. Marini – *Imputato* S.A. – *Parte Civile* Codacons Onlus, W.W.F. Onlus.

«(*Omissis*) *Motivi della decisione.* La continuazione e la permanenza del reato. Esclusa la sussistenza della contestata continuazione, la sentenza ha qualificato come permanente il reato di gestione della discarica abusiva. Si tratta di qualificazione che la Corte, come vedremo, ritiene corretta e, soprattutto, di soluzione giuridica che non presenta conflitti logici o giuridici né con il quadro complessivo oggetto della contestazione, né con le statuizioni adottate dalla Corte territoriale.

La questione di legittimità costituzionale. Sempre con riferimento alla contestazione di una ipotesi di permanenza nel reato, la difesa ha censurato l'ordinanza con cui la Corte di Appello ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento all'art. 158 c.p. per contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost.. Premesso che questa Corte condivide le valutazioni che la Corte territoriale ha dato della natura permanente del reato contestato al capo A), che si pone del tutto in linea con la costante giurisprudenza di legittimità relativa sia alla struttura del reato permanente sia alla sua applicazione, *ex art.* 158 c.p., con riferimento all'istituto della prescrizione del reato, si osserva che la Corte costituzionale con sentenza n. 520 del 26 novembre – 17 dicembre 1987 ha affermato il seguente principio: “La natura permanente o istantanea del reato non dipende da esplicita ed apodittica qualificazione del legislatore, ma dalla sua naturale essenza, trattandosi di un carattere che inerisce alla qualità della condotta così come si presenta nella realtà e la cui definizione è affidata all'interpretazione dei giudici ordinari; pertanto, non costituisce lacuna costituzionalmente rilevante l'omessa affermazione legislativa del carattere permanente di un reato”.

Coerentemente con tale principio, e con le altre sentenze del giudice delle leggi in tema di permanenza del reato e prescrizione (in particolare la sentenza n. 46 del 25 febbraio – 3 marzo 1998 e la sentenza n. 26 del 5-12 aprile 1978), la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla difesa va ritenuta manifestamente infondata ed il motivo di ricorso deve essere respinto. (*Omissis*) È così giunto il momento di esaminare il motivo di ricorso del Sig. A. che ha ad oggetto la maturazione del termine prescrizionale a seguito della cessazione della permanenza del reato in coincidenza con il sequestro preventivo disposto dall'autori-

tà giudiziaria in data 12 gennaio 2002. Sostiene, infatti, il ricorrente che l'eventuale permanenza del reato non avrebbe potuto protrarsi oltre la data in cui il Sig. A., quale liquidatore della Finanziaria F., ha perduto la disponibilità dell'intera area a seguito dell'intervenuto sequestro.

Ritiene la Corte di dover muovere dalla considerazione, costantemente affermata dalla giurisprudenza di legittimità, che la permanenza cessa nel momento in cui l'offesa al bene protetto viene meno oppure nel momento in cui l'azione prescritta viene realizzata oppure non è più esigibile, cessando in tal modo l'antigiuridicità vuoi per fatto volontario dell'obbligato o per altra causa (si vedano, tra le molte, Sezione Terza penale, sentenza Barucca, *cit.* rv 177178; 23 ottobre 1996-29 gennaio 1997, n. 604, Salmeri, rv 207035; 16 aprile-23 maggio 1997, n. 1721, PM in proc. Sciarrino, rv 208053; 27 marzo-14 maggio 2002, n. 18198, Pinori, rv 221995; 12 febbraio-18 marzo 2004, n. 13204, Merico e altro, rv 227571; 24 settembre-12 novembre 2004, n. 44249, PM in proc. Cascina, rv 230468).

Con specifico riferimento al reato previsto dal D.Lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, citato art. 51, comma 3, merita segnalare che questa Sezione della Corte ha già affrontato il tema della cessazione della permanenza con riferimento al termine introdotto dal D.Lgs. 13 gennaio 2003, n. 36 (attuativo della direttiva 31/99/CE). Si tratta di termine che, in assenza di rimozione dei rifiuti o di ottenimento della autorizzazione, viene fissato in dieci anni a far data dall'ultimo conferimento (si veda la sentenza 15-27 gennaio 2004, n. 2662, PM in proc. Zanoni, rv 227219). Detto termine, indipendentemente dal tema se operi o meno secondo il principio del *favor rei*, non assume rilievo diretto in questo caso, ma conferma il legame esistente fra la persistenza degli effetti pericolosi e nocivi e la permanenza del reato contestato al Sig. A.. Da tutto quanto si è detto, emerge con chiarezza che il reato previsto dal D.Lgs. n. 22 del 1997, art. 51, comma 3 non può sussistere in forma del tutto indipendente dalla riferibilità alla condotta, anche solo omissiva, della persona responsabile. In modo coerente, la giurisprudenza di questa Sezione ha costantemente affermato il principio che il sequestro preventivo dell'area o dei beni interessati fa cessare il loro legame con la persona e comporta la cessazione della permanenza (tra le altre, Terza Sezione Penale, sentenza 8 maggio-20 giugno 2003, n. 26811, PG in proc. Orlando, rv 225734). Questa Corte non può, peraltro, non rilevare che la Prima Sezione Penale, con sentenza del 13 giugno-8 settembre 2006, n. 29855, Pezzetti e altro (rv 235255) ha, affermato il seguente principio: "In tema di reati ambientali, il reato di inquinamento previsto dal D.Lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, art. 51 *bis* e art. 17, comma 2, – di natura permanente anche dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 152 del 2006, artt. 242 e 257 che ha abrogato (D.Lgs. n. 22 del 1997, art. 264, comma 1, lett. *i*) – non cessa per effetto del sequestro del sito inquinante, preordinato all'eliminazione del danno, ma persiste fino agli interventi di messa in sicurezza, bonifica e ripristino ambientale delle aree, condotte riparatorie – queste – previste anche dal nuovo testo unico (D.Lgs. n. 152 del 2006, art. 247) che, ove poste in essere prima della pronuncia giudiziale, fanno venire meno la punibilità del reato".

Si legge nella motivazione di tale decisione che "deve escludersi che il sequestro del sito faccia cessare la permanenza del reato, per gli effetti di cui all'art. 158 c.p. in relazione all'art. 157 c.p., la quale persiste fino a quando non vengono fatte venire meno le conseguenze dannose o pericolose ovvero con la sentenza di condanna anche non irrevocabile. Il sequestro infatti era ed è preordinato alla eliminazione del danno e non impedisce, neppure dopo la entrata in vigore del D.Lgs. n. 152 del 2006 (art. 247 c.p.), così come non impediva prima, gli interventi di messa in sicurezza, bonifica e ripristino ambientale delle aree anche al fine di evitare la ulteriore propagazione degli inquinanti ed il conseguente peggior-

ramento della situazione ambientale. Sarebbe invero singolare che il sequestro delle aree ... possa determinare la cessazione della permanenza e cioè della antigiuridicità di una condotta che il responsabile della stessa è tenuto a denunciare ed a riparare evitando pure il sequestro se si mette immediatamente a disposizione e predispone gli interventi riparatori". Conclude sul punto la motivazione che "soltanto la eliminazione del danno" – che non risulta nel caso intervenuta – "avrebbe potuto determinare la cessazione della permanenza".

A fronte di tale diversa impostazione, questa Corte ritiene, nei termini che seguono, di dover condividere l'orientamento illustrato fin qui seguito dalla Sezione. Non vi è dubbio che la decisione assunta dalla prima Sezione Penale con la sentenza P. e altro si fa carico di un rischio connesso alla interpretazione che fa derivare dal sequestro la cessazione della permanenza del reato: il rischio che proprio la condotta inerte dei responsabili del sito o della discarica, costringendo l'autorità ad un intervento cautelare, finisca per trasformarsi in un vantaggio ai fini del decorso dei termini prescrizionali. In sostanza, coloro che si attivassero per porre rimedio alla situazione di pericolo vedrebbero permanere il reato fino al momento in cui le attività positive fanno cessare il pericolo stesso, mentre coloro che omettessero ogni intervento vedrebbero cessare la permanenza in momento potenzialmente anticipato grazie al doveroso intervento delle autorità.

La soluzione adottata con tale sentenza non può essere criticata affermando, secondo l'impostazione generale del ricorso del Sig. A., che in tal modo la situazione giuridica dell'indagato/imputato diverrebbe incerta in quanto il decorso del termine prescrizionale dipenderebbe da circostanza a lui estranea, e cioè dalla adozione o non adozione di misure cautelari da parte delle autorità. Si tratta di obiezione che non considera che l'intervento cautelare dell'autorità costituisce, innanzitutto, una misura a tutela degli interessi offesi o messi in pericolo dalla condotta del responsabile e si trasforma, poi, in un (immeritato) vantaggio per il responsabile stesso in relazione all'estinzione del reato per prescrizione. Nessuna conseguenza pregiudizievole, dunque, per la posizione giuridica della persona indagata o imputata. Osserva a questo punto la Corte che nel caso in esame il sequestro conservativo disposto dall'autorità giudiziaria barese dopo alcuni anni dall'inizio delle indagini si fonda proprio sulla inerzia dei responsabili della Finanziaria F. rispetto alla esigenza di interventi operativi effettivi che facessero cessare la situazione di gravissimo pericolo e di attuale danno protraentesi ormai da moltissimo tempo.

Occorre dunque chiedersi se, il Sig. A., qualora avesse inteso dare finalmente corso alle necessarie attività, avrebbe potuto ancora farlo. La risposta, alla luce degli atti, non può essere univocamente positiva. L'atto di sequestro preventivo adottato dal giudice delle indagini preliminari il 12 gennaio 2002 nei confronti di G., C., A. e altri, non prevede in alcuna forma la prosecuzione delle attività o comunque la possibilità per gli indagati di accedere all'area e agli immobili, così definitivamente facendo cessare per essi la disponibilità dei beni. Deve ritenersi, in conclusione, che le condotte penalmente rilevanti trovino nel sequestro preventivo un momento discriminante e debbano considerarsi esaurite. È ben vero che gli indagati avrebbero potuto attivarsi per richiedere le opportune modifiche del provvedimento giudiziale anche al fine di porre in essere nuove condotte attive, ma si tratta di elementi che, oggi probabilmente rilevanti ai sensi del D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, artt. 242 ss., non sembrano avere valore decisivo nella vigenza della precedente normativa.

Ritiene conclusivamente la Corte che il reato debba intendersi cessato alla data del 12 gennaio 2002 e che il termine massimo di prescrizione, non essendosi in presenza di motivi inammissibili, sia oggi definitivamente maturato. Osserva la Corte che risultano prescritti anche i reati contestati ai capi B) e D) della rubrica. Per il primo di essi la contestazione

deve ritenersi cessata al momento del sequestro preventivo dell'area e degli immobili. Una volta ritenuto che la perdita della disponibilità dei beni comporti l'interruzione del rapporto tra la condotta e la lesione del bene protetto, non vi è dubbio che ciò vale a maggior ragione per la contravvenzione prevista dall'art. 674 c.p., le cui caratteristiche sono state in precedenza esaminate. Per il reato contestato al capo D), emerge dalla stessa rubrica che a condotta punibile conseguente all'ultima ordinanza sindacale in ordine di tempo va collocata non oltre la data del 2 maggio 2001.

Così esaminati i motivi di ricorso relativi ai reati contestati al Sig. A., la Corte deve prendere in considerazione i motivi di ricorso relativi alle statuizioni civili, così come disposto dall'art. 578 c.p.p. che fa obbligo alla Corte di appello e a quella di cassazione di pronunciare su tali aspetti anche nel caso in cui dichiarino l'estinzione del reato per amnistia o prescrizione. La Corte ha, come si è visto, confermato le conclusioni cui la sentenza impugnata è giunta relativamente al capo A), con annullamento per essere nel frattempo maturato il termine prescrizione, mentre ha disposto l'annullamento della stessa sentenza con riferimento all'assoluzione del Sig. A. per i reati contestati ai capi B) e D) della rubrica, anche in questo caso accertando l'intervenuta prescrizione dei reati. Ha, invece, confermato la sentenza impugnata nella parte in cui ha assolto il Sig. A. per i reati contestati ai capi C) ed E).

A fronte di tali conclusioni, che accolgono parzialmente i motivi di ricorso delle parti civili costituite, la Corte non può che disporre la condanna del Sig. A. al risarcimento dei danni causati alle parti civili, danni che andranno liquidati in separata sede, così come disposto dalla sentenza della Corte territoriale. (*Omissis*).

P.Q.M. Annulla la sentenza impugnata senza rinvio in ordine ai reati di cui all'art. 674 c.p., nonché del D.Lgs. n. 22 del 1997, art. 51, comma 3 e art. 50, comma 2 perchè estinti per prescrizione (*omissis*)».

Lex est araneae tela: l'esercizio della giurisdizione U.S.A. e l'accertamento delle violazioni dello ius in bello

(Corte di Assise di Roma, sezione terza, sentenza 25 ottobre - 3 gennaio 2008 n. 21)

La scomparsa del dirigente del S.I.S.M.I. Nicola Calipari, avvenuta il 4 marzo del 2005 mentre stava “riportando a casa” la giornalista Giuliana Sgrena, rapita e tenuta in ostaggio da un gruppo islamico, ha rappresentato, come ha affermato la sentenza in rassegna, un episodio che *colpì e commosse il mondo intero e soprattutto il nostro Paese*; pertanto, questa sentenza è interessante non solo dal punto di vista strettamente giuridico ma anche per il valore simbolico ed i sentimenti emotivi che questa triste vicenda, inevitabilmente, evoca. Non a caso la Corte ha argomentato la decisione sforzandosi di fugare il sospetto che l'affermazione del difetto di giurisdizione potesse comportare l'abdicazione o la rinuncia dello Stato italiano al proprio potere giurisdizionale ed alla propria sovranità.

La Corte d'Assise di Roma, infatti, si è espressa a favore della insussistenza della giurisdizione italiana, giudicando di non doversi procedere. Tale questione, come ovvio data la sua natura pregiudiziale, ha visto un serrato confronto dialettico tra la pubblica accusa e la difesa privata.

Secondo la tesi abbracciata dalla Corte esisterebbe una norma internazionale, di natura consuetudinaria, che attribuisce ai singoli Stati nazionali la giurisdizione penale *esclusiva* sui fatti commessi dai propri militari impiegati in operazioni militari all'estero (c.d. legge di bandiera ovvero “legge dello zaino”). La motivazione della Corte nel ricostruire la c.d. *opinio iuris sive necessitatis* di tale consuetudine si basa su tre argomenti:

1. la presenza di numerosi accordi internazionali (c.d. *Status of Forces Agreement* – S.O.F.A. stipulati tra i c.d. *contributing States* i.e. gli Stati che inviano le proprie FF.AA. in teatro e le c.d. *host nations* i.e. le nazioni in cui vengono inviate le predette FF.AA.) che prevedono l'esclusiva soggezione dei militari impiegati alla giurisdizione penale dei rispettivi Stati di appartenenza;

2. la disciplina in materia di giurisdizione penale applicabile al personale militare straniero prevista dalla risoluzione del Consiglio di Sicurezza 1546/2004. Tale risoluzione infatti al paragrafo dieci prevede che *the multinational force shall have the authority to take all necessary measures to contribute to the maintenance of security and stability in Iraq in accordance with the letters annexed to this resolution*, secondo cui gli Stati partecipanti alla Forza Multinazionale di pace hanno la responsabilità dell'esercizio della giurisdizione sul proprio personale (*the contributing states have responsibility for exercising jurisdiction over their personnel*);

3. la *section 2.1* dell'*Order 17* emanato dalla *Coalition Provisional Authority* in base al quale *all Multinational Force, Coalition Provisional*

Authority and Foreign Liaison Mission Personnel, and International Consultants shall be subject to the exclusive jurisdiction of their Sending States.

Secondo la Corte – ed è questo il passaggio centrale della sentenza – la prassi istaurata dai S.O.F.A. e seguita dalla risoluzione 1546/2004 e dall’*Order 17* implica che il mancato esercizio della giurisdizione esclusiva da parte dello Stato di invio non comporta la possibilità che subentri una giurisdizione concorrente, in quanto la giurisdizione esclusiva è e rimane tale anche se non esercitata.

La Corte, tuttavia, ha ritenuto opportuno dedicare tre pagine della motivazione a dimostrare che *anche se si immaginasse, come caso scolastico, una giurisdizione concorrente il risultato sarebbe lo stesso*. Seguendo il ragionamento dei giudici la giurisdizione primaria degli Stati Uniti sarebbe stata in qualche modo esercitata, pertanto, in applicazione del noto principio *aut dedere aut iudicare* e considerata che l’assenza della richiesta del Ministro *ex art. 11, comma II c.p.*, si determinerebbe comunque l’impossibilità di procedere ad un esame nel merito. A sostegno di tale affermazione la Corte, oltre a ricordare che fu costituita una commissione di inchiesta paritetica per l’accertamento dei fatti, richiama la dichiarazione del Dipartimento di Stato, in data 22 dicembre 2005, secondo cui *“l’affare è chiuso ed eventuali azioni legali sono di competenza del Dipartimento della Difesa”*.

La decisione della Corte ha suscitato, come era lecito attendersi, un dibattito acceso tra gli internazionalisti, tra cui, in particolare si segnala l’opinione espressa da Antonio Cassese (1). Secondo l’insigne giurista, *in primis*, proprio l’esistenza dei citati trattati bilaterali e della risoluzione dell’O.N.U. fanno ritenere che la consuetudine invocata dalla Corte, in realtà, non esista, *in secundis*, le determinazioni del Consiglio di Sicurezza, in materia penale devono essere – necessariamente – tradotte in legge dal Parlamento. Il Parlamento, peraltro, nelle varie norme che hanno disciplinato la nostra partecipazione alle missioni internazionali, ha stabilito che i reati commessi dallo straniero in territorio iracheno a danno dello Stato o di cittadini italiani partecipanti agli interventi o alle missioni internazionali siano puniti sempre a richiesta del Ministro della giustizia e sentito il Ministro della difesa per i reati commessi a danno di appartenenti alle Forze armate. Prosegue il giurista affermando che – anche a voler ammettere che la risoluzione 1546/2004 abbia, nell’ordinamento interno, l’efficacia riconosciutagli dalla Corte – resta il fatto che la predetta risoluzione non riserva la giurisdizione *esclusiva* ai singoli Stati di appartenenza dei militari.

Si evidenzia, altresì, che la citata risoluzione C.d.S. dell’O.N.U., oltre a prevedere che gli Stati contributori *have responsibility for exercising jurisdiction over their personnel*, stabilisce altresì che le Forze Armate *remain*

(1) La Repubblica, *La Legge e il Caso Calipari*, 15 gennaio 2008, p. 19.

committed at all times to act consistently with their obligations under the law of armed conflict, pertanto – a meno di voler considerare tale previsione una *imago sine re* – sembra ragionevole ritenere che la gli Stati contributori debbano, nell'ambito delle proprie leggi e culture giuridiche, assicurare un accertamento *full and fair* sui fatti in cui, come in quello in parola, potrebbe ravvisarsi una violazione del diritto umanitario.

A sostegno della tesi secondo cui lo scambio di note annesso alla risoluzione 1546/2004 non stabilisce alcuna giurisdizione *esclusiva*, appare utile evidenziare il differente dato testuale rispetto ad altri S.O.F.A. (2). Si rileva infatti che:

1. il recente *Military technical agreement between the International Security Assistance Force (ISAF) and the Interim Administration of Afghanistan* ('*Interim Administration*'), non per nulla prevede, infatti, che *the ISAF and supporting personnel, including associated liaison personnel, will under all circumstances and at all times be subject to the exclusive jurisdiction of their respective national elements in respect of any criminal or disciplinary offences which may be committed by them on the territory of Afghanistan. The Interim Administration will assist the ISAF contributing nations in the exercise of their respective jurisdictions*;

2. l'Accordo tra il Governo della Repubblica di Albania ed i Governi delle Nazioni facenti parte della Forza multinazionale di protezione relativo allo *status* di detta Forza (fatto a Roma il 21 aprile 1997 e ratificato con la legge 49/1999), all'art. 3, comma III, si preoccupa di stabilire *che il personale della Forza Multinazionale di Protezione sarà sempre e comunque soggetto alla giurisdizione esclusiva dei rispettivi elementi nazionali per quanto riguarda qualunque reato penale o disciplinare eventualmente da esso perpetrato nella Repubblica di Albania, tranne nel caso in cui la Nazione a cui compete tale giurisdizione non decida, data la natura dei reati penali, di non esercitarla a favore del Governo, ai sensi delle procedure di estradizione*.

Appare, inoltre, opinabile l'affermazione della Corte secondo cui l'*Order 17* emanato dalla *Coalition Provisional Authority* è il corollario della risoluzione 1546/2004. Se da un lato, infatti, appare condivisibile ritenere valido detto *Order*, esso tuttavia – trattandosi di un atto emesso unilateralmente – si deve interpretare come una rinuncia dello Stato Irakeno ad esercitare la giurisdizione penale, senza poter ingerirsi nei rapporti tra i vari Stati membri del contingente, e l'esercizio delle relative giurisdizioni penali, che rimangono governati del dettato dalla risoluzione 1546/2004. La tesi della Corte, in modo poco persuasivo, finisce per interpretare la risoluzione del C.d.S. dell'O.N.U. – modificandone il significato e stravolgendone lo spiri-

(2) Per un maggiore approfondimento alla tematica dei S.O.F.A. si rinvia a MATTEO TONDINI, *L'esercizio della giurisdizione sul personale militare all'estero nella prassi degli Status of Force Agreements*, in *Rass. arma carabinieri* n. 3 del 2007.

to – alla luce di un mero atto dell'*host nation*.

Sembra, inoltre, opportuno – alla luce della crescente importanza riconosciuta ai diritti umani durante i conflitti armati e le operazioni militari, non solo della dottrina (3) ma anche della giurisprudenza delle corti internazionali (4) – ritenere i S.O.F.A. dei validi strumenti per assicurare che i cittadini impegnati all'estero ed in condizioni di grave rischio non vengano giudicati da un sistema giudiziario che non assicura gli *standard of justice* tipici del paese di provenienza, senza poter costituire il pretesto per sottrarre all'accesso alla giustizia le condotte di alcune persone.

Alla luce di quanto sopra evidenziato, anche a voler ritenere corretto il giudizio della Corte d'Assise, occorre valutare se gli U.S.A. abbiano effettivamente esercitato la propria giurisdizione, disponendo l'archiviazione del caso, ovvero si siano preoccupati, per così dire, di “*insabbiare*” la vicenda. Al fine di poter dare una risposta al predetto interrogativo è, tuttavia, necessario svolgere alcune considerazioni, per così dire di merito, che consentano di inquadrare correttamente l'azione del Lozano.

La scomparsa di Nicola Calpari si inserisce nel più ampio contesto della guerra, secondo l'impostazione U.S.A. (“*intervento di pace*” secondo la sensibilità italiana) che in Iraq ha visto operare le nostre Forze Armate (ed i nostri apparati di *intelligence*), integrandosi con le Forze Armate della c.d. *coalition of willings*, in un contesto caratterizzato da una conflittualità latente estremamente violenta e sanguinaria, a causa di una minaccia c.d. asimmetrica, immanente e presente senza soluzione di continuità, in ogni luogo dell'Iraq. Alla base degli equivoci che hanno caratterizzato questa vicenda, non sono dal punto di vista giuridico ma anche diplomatico, vi è quindi la difforme valutazione dell'intervento in Iraq: per noi italiani intervento di pace, per gli U.S.A. guerra contro il terrorismo (non a caso gli U.S.A. parlano di *Global War Against Terrorism*).

Nel teatro irakeno, inoltre, il terrorista operando in maniera fraudolenta con modalità tali da renderlo indistinguibile dalla popolazione civile, pone in discussione il cardine fondamentale del diritto umanitario: la distinzione tra combattente e non combattente e tra nemico e criminale (5). La difficoltà di fronteggiare efficacemente la minaccia asimmetrica è, inoltre, acuita dalla circostanza che, nei conflitti moderni, *quanto più ampio diviene il gap tec-*

(3) Cfr. MATTEO TONDINI, *I diritti umani nei conflitti armati e nelle operazioni di pace: l'equilibrio del diritto tra uso della forza e dovere di protezione*, all'indirizzo e-mail: http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni/diritti_conflittiarmati/index.html e FEDERICO SPEROTTO, *La salvaguardia dei diritti dell'uomo durante i conflitti armati e le operazioni militari*, all'indirizzo e-mail: http://www.studiperlapace.it/view_news_html?news_id=20041025010744.

(4) *Ex plurimis* ICTY, *Prosecutor v. Zejnir Delalic, Zdravko Mucic (aka “Pavo”), Hazim Delic and Esad Land o (aka “Zenga”) (Ēelebivi Case)*, Appeals Judgment, No. IT-96-21-A, 20 febbraio 2001, par. 149 e ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 9 luglio 2004.

(5) Cfr. CARL SCHMITT, *Teoria del partigiano*, Adelphi 2005.

nologico tra le parti in conflitto, tanto meno ogni parte è in grado di sconfiggere il nemico (6). Come evidenziato dalla dottrina (7), in un tale contesto – inevitabilmente – lo stato di necessità (*rectius* la c.d. necessità militare) deve essere valutato sotto tre aspetti:

1. come criterio generale per l'impiego della violenza bellica;
2. come limite all'applicazione del diritto bellico;
3. come principio fondamentale nell'esercizio della legittima difesa.

Il particolare valore che assume la necessità militare nella c.d. *guerra senza limiti*, tuttavia – lungi dal comportare un regime di non giustiziabilità, e quindi di sostanziale impunità, per le violazioni commesse dal personale della FF.AA. impiegato nei teatri operativi – fa ritenere che il giudizio penale sulle violazioni del diritto umanitario, da parte delle FF.AA., debba verificare, *in primis*, il rispetto o meno delle R.O.E., le quali si atteggiavano come cause di esclusione della colpevolezza (8). Le R.O.E., ovvero, in base ad una nota definizione le direttive diramate dalle competenti autorità militari, che specificano le circostanze e i limiti entro cui le forze possono iniziare o continuare il combattimento con quelle contrapposte (*directives issued by competent military authority which delineate the circumstances and limitations under which forces will initiate and/or continue combat engagement with other forces encountered* (9)) debbono costituire il parametro di riferimento per giudicare la colpevolezza del militare. In favore della tesi per cui le R.O.E. costituiscano una c.d. causa di esclusione della colpevolezza, si evidenzia che il militare che applica le R.O.E., oltre a rispettare un ordine (si presuppone, ovviamente, che le R.O.E., approvate dalle autorità politiche, siano non in contrasto con il diritto umanitario), si trova in una situazione di pericolo in cui è costretto, per salvaguardare la propria e l'altrui incolumità, a prendere decisioni in un brevissimo lasso di tempo.

Appare quindi corretto affermare che il fatto commesso dal Lozano non

(6) Cfr. QIAO LIANG, WANG XIANGSUI *Guerra senza limiti – L'arte della guerra asimmetrica fra terrorismo e globalizzazione*, trad. a cura di Fabio Minni, Editrice Goriziana.

(7) Cfr. GIANCARLO MONTEDORO, *La Costituzione, le nuove guerre ed il mutamento della legalità internazionale; Relazione tenuta presso il Consiglio Superiore della Magistratura Militare il 17 dicembre 2005, in occasione della presentazione del volume Difesa comune europea e spazio giudiziario penale; atti del Seminario di Studi promossi dal Consiglio della Magistratura Militare con il contributo della Commissione Europea programma AGIS 2003*; (aprile 2006), disponibile all'indirizzo e-mail: http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/Montedoro_Le_nuove_guerre_e_la_costituzione.htm

(8) Sul tema M. TONDINI *Regole d'ingaggio e diritto all'autodifesa. Riflessioni e suggerimenti in Rass.arma carabinieri* n. 1 del 2005 disponibile all'indirizzo e-mail: http://www.carabinieri.it/Internet/Editoria/Rassegna+Arma/2005/1/Studi/01_Matteo+Tondini.htm e L. D'ANGELO, *L'efficacia "esimente" delle regole di ingaggio (R.O.E.) nelle missioni militari internazionali ed il loro rapporto con le cause di non punibilità codificate nella legislazione penale comune e militare* disponibile all'indirizzo e-mail: <http://www.diritto.it/>

(9) Cfr. JCS Pub 1, *Department of Defense Dictionary of Military and Associated Terms* (Washington, DC: Us Govt. Print Of f., 1987), 317.

possa appartenere al diritto penale ordinario, sia dal punto di vista sostanziale che processuale, determinando quindi, in radice, forti dubbi sulla possibilità di processarlo presso una Corte d'Assise italiana. Si evidenzia, altresì, che una situazione opposta – un'azione delittuosa, nelle medesime condizioni di tempo e di luogo, commessa da un militare italiano ai danni di un cittadino statunitense – sarebbe stata devoluta al giudice militare e giudicata in ossequio al codice penale militare (10). Non si può non rilevare, inoltre, che vi sarebbero grandi preoccupazioni se una corte marziale U.S.A. pretendesse di giudicare un militare italiano, per l'uccisione di un militare U.S.A., poiché non risultasse *soddisfatta* dall'archiviazione autorizzata dal G.I.P., senza che venga elevata l'imputazione.

Inquadrata la fattispecie, valutare se gli U.S.A. – considerata non solo la differente tradizione giuridica a cui appartengono, ma soprattutto l'assoluta peculiarità del sistema giudiziario militare statunitense – abbiano esercitato l'azione penale non è, comunque, di facile soluzione (11).

Nell'*American Military Justice System*, infatti, non esiste una figura autonoma e stabile di procuratore, ma è l'autorità e la discrezionalità del Comandante che rivestono il ruolo centrale nella proposizione dell'azione penale, non per nulla, il Comandante viene chiamato *the convening authority* in ragione della sua capacità di convocare il giudizio (12). Il Comandante, infatti, prende parte alle indagini e, valutato il risultato delle investigazioni, può decidere:

1. di non intraprendere ulteriori azioni;
2. di convocare una corte marziale chiamata a giudicare il militare inquisito (ovvero se il Comandante ha un grado non sufficientemente elevato per convocare direttamente una corte marziale ha la facoltà di portare il caso all'attenzione di un Comandante superiore);
3. di punire il militare con una sanzione non penale chiamata *nonjudicial punishment* (per approfondire l'*American Military Justice System*, che è un tema che esula dalla presente trattazione, si rinvia alle opere citate nelle note).

Avendo stabilito dei poteri così estesi in capo alla *convening authority*, l'ordinamento giudiziario militare statunitense presenta il rischio potenziale che il Comandante influenzi il procedimento, minandone l'imparzialità e la

(10) Vds. *mutatis mutandis* la sentenza emessa in data 9 maggio 2007 il GIP presso il Tribunale militare di Roma, che ha riguardato la c.d. battaglia dei ponti.

(11) Per una panoramica cfr. L.C. JAMES WALTER, *L'Ordinamento Giudiziario militare nei suoi riflessi internazionali*, atti del convegno *La Giustizia Militare nel mondo* disponibili all'indirizzo e-mail: <http://www.difesa.it/GiustiziaMilitare/RassegnaGM/GM+nel+mondo/Delegati+internazionali/USA.htm> e JENNIFER K. ELSEA, *Military Courts-Martial: An Overview*, CRS Report for Congress 16 nov 2005, disponibile all'indirizzo e-mail: <http://www.house.gov/delahunt/hutchinscrs.pdf>

(12) Cfr. Lieutenant Colonel JAMES B. ROAN and Captain CYNTHIA BUXTON, *The American Military Justice System in the New Millennium*, *Air Force Law Review*, Wntr, 2002.

(13) Cfr. LINDSY NICOLE ALLEMAN, *Who is in charge, and who should be? The disciplinary role of The Commander in Military Justice Systems*, *Duke Journal Of Comparative & International Law* [Vol 16:169].

correttezza (la dottrina parla di *unlawful command influence*) (13), pertanto, per evitare che venga anche solo percepita la *unlawful command influence*, l'*Uniform Code Of Military Justice* ha previsto delle particolari guarentigie:

1. l'art. 37, che vieta alla *convening authority to censure, reprimand, or admonish the court or any member, military judge, or counsel thereof, with respect to the findings or sentence adjudged by the court, or with respect to any other exercises of its or his functions in the conduct of the proceedings;*

2. l'art. 98, che prevede la sanzione a chi ostacoli un procedimento di una corte marziale.

In astratto prevedere, in capo alla *convening authority*, il potere/dovere di valutazione dell'opportunità e della sostenibilità di un procedimento penale inerente una asserita violazione del diritto umanitario commessa durante un conflitto armato, appare, considerate le caratteristiche della minaccia asimmetrica, non palesemente inadeguato ed irragionevole. In una situazione di conflitto armato, o secondo l'opinione degli U.S.A. in una vera e propria guerra, non solo la punizione delle violazioni del diritto umanitario assume un carattere pubblico-militare, ma soprattutto l'esercizio incondizionato dell'azione penale potrebbe causare gravi ed irreparabili danni, senza alcuna garanzia di una reale giustizia.

Non può tacersi, peraltro, che anche la Consulta (14) ha ritenuto costituzionalmente legittimo l'art. 260 c.p.m.p. ove prevede, come condizione di procedibilità per l'azione penale per i reati militari di lieve entità, la richiesta di procedimento del Comandante del Corpo. La Corte Costituzionale ha affermato – con riferimento alle innumerevoli questioni di costituzionalità sollevate contro l'art. 260 c.p.m.p. – che *non si può non accreditarsi a chi esercita il comando con doti di imparzialità e distacco, perciò la richiesta di procedimento del Comandante si palesa come idonea ad adeguare al caso concreto la risposta dell'ordinamento militare, evitando che l'incondizionato esercizio dell'azione penale possa di fatto causare un pregiudizio proporzionalmente maggiore di quello prodotto dal reato* (15).

Sulla base di quanto esposto e considerato si deve – seppur con uno sforzo concettuale non nullo per chi è abituato al monopolio dell'azione penale in capo ai Pubblici Ministeri – riconsiderare il valore del lavoro svolto dalla commissione paritetica che ha investigato sulla vicenda. Il giudizio di tale commissione – pur con i distinguo tra i delegati italiani ed U.S.A. – non sembra fornire elementi sufficienti per elevare un'imputazione, per omicidio, a carico del Lozano, di conseguenza appare ragionevole il giudizio della *convening authority* di non dare corso ad alcun processo.

Per se esula dalla discussione della sentenza in rassegna, si rileva, comunque, che tale vicenda ha riproposto i contrasti, non sopiti, tra U.S.A. e

(14) Cfr. C. cost. sent. nn. 24 del 2002, 449 del 1991 e 42 del 1975.

(15) Cfr. C. cost. ordd. 410/2000, 415/2000, 588/2000, 562/2000, 563/2000, 186/2001, 396/1996 e 467/195. In dottrina, contra *vsds.* BRUNELLI-MAZZI, *Diritto penale militare*, III ed., pp. 476 ss., Giuffrè.

Europa in materia di azione penale che hanno portato gli U.S.A. a non ratificare lo Statuto *International Criminal Court* (16). La possibilità di devolvere le indagini su violazioni del diritto umanitario ad una commissione *ad hoc*, comunque, sembra uno strumento adeguato che trova un precedente nelle c.d. *commissioni internazionali per l'accertamento dei fatti*, di cui all'art. 90 del I Protocollo addizionale alla Convenzione di Ginevra (17) e che ultimamente è stato utilizzato, con successo, dalla Commissione per i Reclami Etiopia-Eritrea istituita con l'Accordo di Algeri il 12 dicembre 2000 (*December Agreement*) (18). *De iure condendo* potrebbe infatti risultare efficace attribuire ad una commissione *ad hoc* il potere di:

- (i) verificare l'esistenza di un illecito di diritto internazionale umanitario;
- (ii) determinare la riparazione che lo Stato offensore è tenuto a prestare, (consistente in linea di principio in un risarcimento pecuniario)
- (iii) valutare se deferire i responsabili ad un'autorità giudiziaria dei Paesi di origine.

Deve comunque considerarsi, con favore, che – diversamente da quanto avvenuto per le presunte violazioni del diritto umanitario commesse dalla N.A.T.O. in ex-Jugoslavia (e.g. Corte Europea dei diritti dell'uomo ricorso *Markovic e altri c. Italia*) – in questo caso si è avuto un *accertamento di merito* che, avendo valutato che non vi sono gli estremi per sostenere un giudizio a carico del militare inquisito, potrà nondimeno rilevare in sede di risarcimento dei danni.

Dott. Davide Giovannelli^(*)

Corte di Assise di Roma, sezione terza, sentenza 25 ottobre 2007-3 gennaio 2008 n. 21

– Pres. A. Gargani – P.M. Ionta, Saviotti, Amelio – *Imputato* M. L. Lozano (Avv. A. Biffani) – *Parti civili*: Vилlecco R. Calipari, in proprio e quale esercente la patria potestà sul figlio minore F. Calipari; S. Calipari (Avv. F. Coppi); G. Sgrena (Avv. A. Gamberini); P. L. Scolari (Avv. S. Sabattini); Presidenza del Consiglio dei Ministri (Avvocatura Generale dello Stato).

«(...) *Fatto e diritto*. Dai pochi atti che risultano depositati al fascicolo del dibattimento e soprattutto dal decreto che dispone il giudizio, è possibile e quindi doveroso ricostrui-

(16) Per un approfondimento sul tema si rimanda a: FABIO CAFFIO, *Il problema della posizione degli USA sull'esenzione dei propri militari dalla Giurisprudenza Internazionale*, *Rassegna dell'Arma*, Supplemento al n. 3/2004 disponibile all'indirizzo e-mail: http://www.carabinieri.it/Internet/Editoria/Rassegna+Arma/2004/Suppl_3/Appendice/Appndice_04.htm

(17) Cfr. NATALINO RONZITTI, *Diritto Internazionale dei conflitti armati*, III ed., pp. 220-1, Giappichelli.

(18) Cfr. TIZIANA CARMELITANO, *La giurisprudenza della Commissione per i Reclami Etiopia-Eritrea e il diritto internazionale umanitario*, In.Law | 1 (2006), disponibile all'indirizzo e-mail: http://www.morlacchilibri.com/inlaw/downloads/in.law_03.pdf

(*) Sottotenente di Vascello (CM).

re, sia pure succintamente, la vicenda che ha dato vita al presente processo.

La ricostruzione dei fatti, la loro collocazione territoriale e temporale, è indispensabile, anche per affrontare e risolvere l'assorbente questione preliminare, che attiene alla sussistenza o meno della giurisdizione italiana, su cui si è concentrata la decisione della Corte.

Il giorno 4 marzo 2005 N. Calipari e A. Carpani, entrambi funzionari del Sismi (Presidenza del Consiglio dei Ministri) e G. Sgrena, giornalista, viaggiavano a bordo dell'autovettura Toyota Corolla (alla guida il Carpani.) in territorio irakeno, su una strada in direzione aeroporto di Bagdad. Alle ore 20.45, la vettura, mentre si immetteva nella Route Irish, venne investita da un fascio di luci e subito dopo da colpi di arma da fuoco, provenienti da un lato della strada, che ferirono mortalmente il Calipari. Costui, seduto sul sedile posteriore accanto alla Sgrena, avendo ravvisato il pericolo, le si pose davanti facendole da scudo con il proprio corpo. Sia la Sgrena che il Calipari riportarono lesioni.

L'azione di fuoco fu sprigionata da militari USA che avevano organizzato, su disposizione del comando superiore, un posto di blocco, non programmato in via permanente, ma, istituito quella sera, allo scopo di garantire il passaggio del convoglio nel quale, si doveva trovare l'ambasciatore USA Negroponte.

Non si è mai contestato, in punta di fatto, che i colpi che attinsero le suddette vittime furono sparati dal soldato americano, l'odierno imputato Lozano M. L., appartenente alla *New York Armi National Guard*, contingente militare USA, che faceva parte della forza multinazionale, dislocato nel territorio irakeno.

Va ricordato infine che la presenza del Calipari e del Carpani in Iraq era collegata alla avvenuta esecuzione della liberazione della Sgrena, sequestrata il 4 febbraio 2005 e tenuta in ostaggio, fino a quel giorno, da un gruppo terrorista verosimilmente islamico.

Superfluo dire che l'episodio colpì e commosse il mondo intero e soprattutto il nostro paese che, con la scomparsa di N. Calipari, ha perso un alto servitore dello Stato.

La Procura della Repubblica presso il tribunale di Roma attivò immediatamente le indagini. Furono richieste le foto della vettura, effettuate dal personale militare italiano presente in loco, nonché l'acquisizione della stessa vettura, attivando il sottosegretario alla Presidenza del Consiglio, che, con lettera del 9 marzo 2005, indirizzò alla nostra ambasciata in Iraq una nota verbale, con la quale si chiedeva di poter disporre dell'autovettura e degli altri eventuali oggetti rinvenuti nella stessa.

I rilievi furono valutati da una commissione congiunta italo-statunitense, i cui lavori si conclusero con due documenti distinti: uno di parte USA e uno di parte italiana.

Contemporaneamente la stessa Procura della Repubblica, con nota del 6 marzo 2005, sollecitò il Ministro della Giustizia a formulare richiesta di procedimento *ex art. 10 c.p.*, avendo iscritto procedimento penale contro ignoti per i delitti di cui in rubrica. Nella nota si puntualizzava che le determinazioni del Ministro erano sollecitate ai sensi dell'art. 10 c.p. (delitto comune commesso da cittadino straniero in stato straniero ai danni di cittadini italiani).

Con nota in data 8 marzo 2005 il Ministro della Giustizia, fatto esplicito riferimento alla missiva testé richiamata, e, ribadendo l'esplicito riferimento all'applicazione dell'art. 10 c.p., formulò la specifica richiesta in tal senso.

Risulta poi che, a distanza di oltre un anno e precisamente in data 27 giugno 2006, il Direttore Generale della giustizia penale del Dipartimento degli Affari di Giustizia del Ministero inviò una nota al Procuratore della Repubblica, con la quale, premesso che si era appreso da notizie di stampa che l'Ufficio della Procura aveva attribuito natura politica ai fatti per cui è processo e, nel richiamare l'attenzione in ordine al fatto che il Ministro aveva avanzato richiesta di procedimento *ex art. 10*, si chiedeva di conoscere se «alla luce di eventuali nuovi elementi, rispetto a quelli già rappresentati a questo Dipartimento, codesto uffi-

cio intende avanzare diversa richiesta».

Il Procuratore della Repubblica con successiva nota del 3 luglio indirizzata, allo stesso direttore generale, trasmise copia della richiesta di rinvio a giudizio dell'odierno imputato, già formulata in data 19 giugno 2006, specificando che il suo ufficio aveva ritenuto comunque assolta la condizione di procedibilità, per effetto della richiesta di procedimento formulata dal Ministro della Giustizia *pro tempore* l'8 marzo 2005. Si aggiungeva però nella stessa nota che «ove diversamente codesto Ministero dovesse ritenere che la precisazione della contestazione e l'identificazione del responsabile fondino una nuova, originaria possibilità di delibazione, ai fini della procedibilità, anche in relazione ai termini di cui all'art. 128 c.p.p., vorranno comunicarsi le determinazioni assunte».

Non risulta ulteriore scambio di corrispondenza sul punto tra Procura della Repubblica e Ministero della Giustizia.

Tuttavia con decreto che dispone il giudizio, il GUP, in accoglimento delle condivisibili e concordi prospettazioni del Pm e delle parti civili, qualificava il reato, per cui si era proceduto, come delitto oggettivamente politico, ai sensi dell'art. 8 del c.p. e, come tale, punibile, attesa la richiesta del Ministro della Giustizia, sia pure formulata ai sensi dell'art. 10 c.p. e a prescindere dalla presenza del Lozano nel territorio nazionale.

Va segnalato infine che in data 22 dicembre 2005 il Dipartimento di Stato Americano precisò che il caso doveva ritenersi chiuso, essendo state rispettate tutte le regole di ingaggio e non sussistendo giurisdizione sull'episodio da parte delle autorità giurisdizionali italiane.

Nel corso del dibattimento, limitato alla trattazione delle questioni preliminari, è stato disposto il rinnovo della citazione del responsabile civile, individuato nel Dipartimento di Stato Usa, che, nella risposta, ha ribadito quanto già precedentemente affermato, precisando peraltro che la eventuale e contestata legittimazione a stare in giudizio spetta al governo degli Stati Uniti e non al Dipartimento. Per meglio puntualizzare tutta la vicenda non si può non far presente che l'operazione iniziale di occupazione del territorio irakeno, era stata posta in essere dalle forze armate degli Usa e del Regno Unito in regime di conflitto armato.

Gli altri Paesi, che aderirono successivamente alla Forza multinazionale, nel frattempo costituitasi, pur avendo assunto la veste di potenze occupanti, potevano operare sotto il comando unificato della Autorità della Coalizione (vedi risoluzione ONU 1511/03).

La partecipazione dell'Italia a questa operazione infatti era stata collocata nella nozione di non belligeranza dal Consiglio Supremo di Difesa nella riunione del 19 marzo 2003.

La successiva risoluzione 1546 del 2004, sanzionò la presenza in Iraq delle Forze della coalizione ONU, con il consenso del Capo del Governo provvisorio irakeno appena costituitosi, mutando le finalità proprie, che non erano più quelle di occupazione, ma quelle di contribuire alla ricostruzione dell'Iraq e fornire aiuti umanitari.

Questo è il contesto in cui si inseriscono i fatti per cui è processo; un contesto qualificabile come conflitto armato inteso in senso lato, di presenza di forze multinazionali sotto l'egida dell'ONU per missioni umanitarie in uno Stato sostanzialmente occupato; un contesto disciplinato, con riferimento alla sussistenza della giurisdizione, dalle varie fonti normative che si richiameranno e dalle risoluzioni ONU.

La dottrina è concorde nell'attribuire un significato ampio al concetto di conflitto armato, per la cui sussistenza è sufficiente la situazione di occupazione da parte di uno Stato del territorio di un altro Stato.

La Corte, attesa la estrema delicatezza e complessità di tutte le questioni preliminari, ne ha consentito la illustrazione contestuale, anche al fine di fornire un quadro, il più esauriente.

riente possibile, della situazione pre-processuale a tutti i suoi componenti.

Non superfluo appare puntualizzare che la assorbente pronuncia sul difetto della giurisdizione italiana, che può intervenire in ogni stato e grado del processo, comporta, come logicamente previsto dall'art. 20 c.p.p., la definizione del giudizio stesso e quindi la preclusione dell'esame di tutte le altre eccezioni.

Per altro verso il difetto di legittimazione dell'imputato a proporre la questione della giurisdizione, eccepito da una sola parte civile, appare superabile ove si consideri che lo stesso art. 20 prevede che detta declaratoria possa intervenire anche di ufficio.

La Corte invero, pur nel silenzio delle parti, avrebbe comunque esaminato detta questione che è assolutamente pregiudiziale e, posto che il nostro ordinamento non prevede un regolamento di giurisdizione demandabile alla Corte Suprema, se non nell'ipotesi di conflitto positivo o negativo tra due autorità giudiziarie che affermano o negano la propria giurisdizione, avrebbe comunque adottato la relativa decisione.

Resta pertanto fuori dal *thema decidendum* la questione relativa alla qualificazione giuridica del delitto contestato, che inciderebbe sulla sussistenza delle condizioni di procedibilità.

Prima di entrare nel vivo delle problematiche, la Corte intende affermare con forza che la pronuncia di difetto di giurisdizione non comporta alcuna abdicazione o rinuncia dello Stato italiano al proprio potere giurisdizionale, ma si inserisce, viceversa, nell'alveo del principio indefettibile di reciprocità e di rispetto della prassi internazionale, nonché dell'applicazione degli stessi principi, inseriti nei trattati internazionali cui l'Italia ha aderito nel contesto dell'art. 10 della Costituzione.

Detto articolo recita «l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute». Norma fondamentale questa che fa da guida anche nella decisione della presente questione, poiché coinvolge il problema dell'applicazione e del coordinamento delle norme internazionali a quelle interne.

Il costituente ha previsto un semplice rinvio alle norme internazionali e quindi anche consuetudinarie, che diventano così cogenti mediante un procedimento speciale (appunto di rinvio). Pertanto con detto procedimento di solito non vengono riformulate le norme di diritto internazionale, ma è l'ordine di esecuzione di un trattato, che di solito viene fatto con legge, che ratifica il trattato stesso non riformulando le norme ivi contenute.

Questo procedimento speciale di rinvio viene ritenuto, dalla prevalente dottrina, da preferire soprattutto per le norme internazionali *self-executing* direttamente applicabili come la consuetudine. Per le norme non *self-executing*, certamente meno frequenti, va seguito il procedimento ordinario che comporta un'attività integratrice da parte degli organi statuali.

Sulla diretta applicabilità delle norme consuetudinarie internazionali nel nostro ordinamento non sembrano sussistere dubbi, anche, secondo alcuni autori, nel caso in cui esse siano addirittura in contrasto con la Costituzione.

Non sarà inopportuno fare una breve premessa di carattere generale sui criteri astrattamente ipotizzabili, per determinare il campo di applicazione della legge penale nazionale nel contesto internazionale, per stabilire se l'adozione di uno, o più criteri enucleabili, sia compatibile con un sistema di prassi internazionale e se gli accordi possano discostarsi da detta prassi.

Essi sono fondamentalmente quattro.

Il primo può essere ancorato al principio della universalità o extraterritorialità assoluta, in base al quale la legge si applica dovunque, da chiunque e contro chiunque sia l'autore del fatto penalmente rilevante per lo Stato nazionale.

Il secondo è quello della territorialità, in forza del quale lo Stato, nel cui territorio è avvenuto il fatto delittuoso, ha il diritto di esercitare la propria giurisdizione.

Il terzo attribuisce la giurisdizione allo Stato cui appartiene l'autore del fatto (giurisdi-

zione attiva).

Il quarto infine attribuisce la stessa giurisdizione allo Stato cui appartiene la vittima (giurisdizione passiva).

Il nostro legislatore sembra essersi ispirato, in via prioritaria, al principio dell'universalità, con tutti i contemperamenti previsti dalle norme che vanno dall'art. 7 all'art. 10 del c.p.

Gli USA invece (il riferimento non può non essere fatto) sono rigorosamente agganciati al criterio della territorialità. La Costituzione americana infatti all'art. 3 prescrive che ogni autore sia processato nello Stato di commissione del fatto.

È difficile immaginare però che uno Stato possa concentrare la scelta dei quattro criteri in uno solo, abbandonando gli altri. D'altra parte la previsione e l'applicazione di uno dei criteri non possono prescindere dal rispetto delle regole di diritto internazionale, siano esse consuetudinarie o positive esistenti in materia.

Certamente tutti i criteri elencati sono riconosciuti e recepiti dal diritto internazionale.

In particolare quello dell'universalità sembra potersi applicare soltanto a fatti che offendono beni di valore umano ed universale. Sugli altri tre può dirsi che le norme internazionali non prevedono una applicazione prioritaria di uno rispetto agli altri, anche se quello della giurisdizione passiva, benché non vietato, è visto con un certo disfavore. Non potrebbe essere diversamente, atteso che, la previsione di perseguire stranieri operanti in territorio straniero, è stata sempre ritenuta fonte di possibili conflitti e turbativa dell'ordinamento internazionale.

Per non dilungarsi, si può concludere sul punto, affermando che, pur non essendo enucleabile alcuna gerarchia tra i suddetti criteri, quello della giurisdizione passiva certamente non è collocabile tra i primi.

È vero che negli ultimi tempi si è affacciata una tendenza, volta ad attribuire un più concreto riconoscimento a detto criterio, soprattutto, se non esclusivamente, con riferimento ai crimini di terrorismo o di grossa criminalità organizzata, che superi, nello specifico, quello della territorialità, che appare il più diretto ed immediato. È vero altresì, che si immagina «una dimensione assiologica degli interessi da proteggere» (espressione ripetuta nel corso del dibattito e attribuita alla più recente dottrina). Detta dimensione però viene invocata proprio perché, in assenza di un criterio prioritario generale, si auspica la creazione di un diritto penale uniforme, un diritto mondiale che disciplini e preveda una gerarchia di detti criteri, all'interno dei quali quello della passività assuma un ruolo più incisivo, abbia un più concreto riconoscimento.

L'elaborazione e l'evoluzione della dottrina internazionale è in sostanza ancorata a questa posizione che finora non sembra aver avuto sbocchi apprezzabili. In attesa che questo iter faccia il suo corso e, proprio perché emergono queste nuove esigenze, in cui ogni sovranità nazionale tenti di estendere la propria giurisdizione nei confronti di un altro Stato, è necessario sempre più far ricorso alla contrattazione, cosa che in effetti avviene, soprattutto nello speciale contesto in cui si collocano i fatti per cui è processo.

Il diritto internazionale, che è la base di legittimazione delle norme sulla giurisdizione, deve continuare a fondarsi sul rispetto di tutti i poteri statuali della Comunità internazionale. Il principio della territorialità quindi, che rappresenta l'essenza stessa del potere statale in rapporto a tutti gli altri, e, nel rispetto del principio della reciprocità, può essere sempre più condizionato dalle norme internazionali che autorizzino uno Stato ad esercitare la giurisdizione oltre i propri confini. È lecito quindi ipotizzare ed auspicare un maggior impulso alle Convenzioni e ai trattati.

Ma se, come si è detto, non esiste alcun rapporto gerarchico tra i criteri applicabili in

via generale, viceversa sul terreno, sul versante specifico che qui ci occupa, riconducibile innanzitutto all'intero contesto militare, cioè a quello dei conflitti armati e, soprattutto, a quello della presenza di forze multinazionali in territorio occupato, detto rapporto è esistito ed esiste, anzi la opzione di un criterio avviene in via esclusiva.

Vi è infatti una norma consuetudinaria di diritto internazionale, quindi applicabile anche se non prevista in nessun trattato o accordo, che si richiama al principio cosiddetto della bandiera. Trattasi di un principio giuridico incontestato, che può vantare un'applicazione secolare, principio secondo il quale i contingenti militari, che si trovano all'estero in regime di guerra o di pace, rispondono in via esclusiva alle proprie leggi ed allo Stato di appartenenza. In gergo militare viene definito anche come «la legge dello zaino», espressione che rende in maniera più plastica ed incisiva lo stesso concetto. Si fa invero riferimento alla documentazione che ciascun militare porta nel proprio zaino, attestante la sua nazionalità e che lo riconduce e lo sottopone alle leggi, soprattutto quella penale, dello stato a cui appartiene e che lo ha inviato nel territorio straniero quale facente parte di un contingente militare. È sempre stato riconosciuto, indipendentemente da ogni previsione di natura convenzionale, il diritto dello Stato di origine di esercitare la giurisdizione sulle proprie truppe dislocate su territorio estero. È un regime di sostanziale e completa immunità di giurisdizione di forze militari straniere, che rientra nell'ambito della dottrina dell' *occupatio belli*, soprattutto in relazione al fatto che l'organizzazione statale di un Paese occupato è, nella grande parte dei casi, priva di effettiva indipendenza.

Principio forte quindi che si giustifica per la sua specificità (contesto bellico o parabellico) e che contrasta, anzi supera, ed in parte annulla quello previsto in via generale della territorialità e di tutti gli altri, e che si rapporta anche a quello della reciprocità, poiché, in caso di più Stati partecipanti congiuntamente ad un'operazione bellica, ciascuno ha giurisdizione sul proprio contingente senza interferenza. L'orientamento giurisprudenziale sul punto è conforme nell'affermare la perdurante esistenza della cosiddetta legge di bandiera, come norma consuetudinaria di diritto internazionale.

Per altro verso la stragrande maggioranza della dottrina, nell'affrontare le problematiche in materia, parte sempre dal presupposto della legge di bandiera, come norma consuetudinariamente infettibile, da applicare negli eventi bellici e nelle occupazioni di forze multinazionali nel territorio di uno Stato.

Qual è il valore di una norma consuetudinaria di diritto internazionale? Il concetto di consuetudine non si discosta da quello che la teoria generale del diritto ha sempre elaborato. Trattasi di costante ed uniforme comportamento e, in quanto tale, ritenuto obbligatorio, adottato da vari Stati.

Al di là delle singole posizioni dottrinarie, non può contestarsi in dubbio che la consuetudine sia fonte primaria, spontanea di diritto internazionale, (il richiamo è all'art. 10 della Costituzione) mentre l'accordo, fonte secondaria, trae quasi sempre la sua forza proprio dalla consuetudine. Problema estremamente delicato potrebbe essere quello collegato all'efficacia dei trattati contrari alla consuetudine. Non è il nostro caso, perché, come si vedrà, gli accordi, segnatamente i SOFA che hanno disciplinato le situazioni venutesi a creare nei vari stati occupati, tra cui quello irakeno, sono in armonia con questa norma consuetudinaria, il che induce ad affermare subito che, anche nella ipotesi in cui non fosse intervenuto nessun accordo regolatore dello stato giuridico delle forze multinazionali, sarebbe stata comunque applicata la norma consuetudinaria.

Ma il contesto politico militare, in cui sono avvenuti i fatti, impone di fare un ulteriore passaggio per entrare nel tema specifico, che è rapportato alla disciplina dello stato giuridico del personale delle forze multinazionali o di organizzazioni internazionali (soprattut-

to ONU) che occupano, sia pure per missioni umanitarie, territori di altri Stati.

La prassi di questi ultimi anni attesta come dette missioni possono avvenire nel quadro di un'operazione, intrapresa sotto l'egida di un'organizzazione internazionale, oppure anche indipendentemente. Le questioni che vengono in considerazione sono tante, ma quello che qui interessa è l'esercizio della giurisdizione sui contingenti e la responsabilità tra contingenti.

È questo il caso dell'Iraq ove come si è detto, dopo l'occupazione militare, è subentrata, sotto l'egida dell'ONU, una forza multinazionale cui ha aderito anche l'Italia. È in questo contesto che va puntualizzato e inquadrato il problema. Qualsiasi aggancio a precedenti che si collocano in situazioni diverse diventa del tutto fuorviante; pertanto gli episodi richiamati da più parti (caso Achille Lauro, Cermis ecc.) non possono essere assolutamente presi come punto di riferimento, non tanto perché talvolta hanno dato luogo a discordanti decisioni, ma quanto perché non riconducibili ad azioni belliche o paraboliche e meno che mai alla gestione di forze multinazionali in territorio straniero. Per questi esempi valevano e valgono i criteri generali sopra succintamente descritti, criteri, che, non disciplinati gerarchicamente, in ragione della scelta prioritaria del singolo di volta in volta adottato, possono aver portato a decisioni non uniformi.

Come è stato già detto, gli accordi, che hanno disciplinato varie situazioni di presenza di forze multinazionali in un determinato territorio, sono i cosiddetti SOFA.

Prima di accedere però alla stipula di questi accordi o in caso di impossibilità a stipularli, la legge del diritto di bandiera, sia in via consuetudinaria che in esecuzione di risoluzioni ONU approvate dal Consiglio di Sicurezza senza il consenso degli stati occupati, è sempre stata ed è sempre applicata. È stata lenta la evoluzione che ha portato alla stipulazione degli accordi SOFA. Infatti gli Stati occupati hanno resistito, pure in stato di totale soggezione, ad accedere a queste stipule, proprio perché gli Stati occupanti pretendevano di riportarsi al principio del diritto di bandiera, che conseguentemente porta alla limitazione della sovranità dei primi.

L'Organizzazione delle Nazioni Unite aveva da tempo avvertito l'esigenza di disciplinare le missioni di *peace-keeping*. In assenza di un contingente militare, messo a disposizione del Consiglio di Sicurezza, da parte degli stati membri, fu predisposto un accordo modello, redatto poi dal segretario generale dell'Onu che risale agli anni 1990 e 1991.

Detto accordo ha rappresentato la guida, il punto di riferimento per tutte le operazioni, una sorta di norma quadro o cornice, che recepisce, ancora una volta, il criterio del diritto di bandiera. Esso si articola in cinque punti. Il quarto disciplina lo *status* del personale militare delle forze multinazionali che trovasi a svolgere in un paese funzioni umanitarie. L'art. 47 stabilisce: «*military members of the military component of the United Nations peace-keeping operation shall be subject to the exclusive jurisdiction of their respective participating States in respect of any criminal offences which may be committed by them in (host country/territory)*». Il che vuol dire che i militari facenti parte di un contingente delle Nazioni Unite in missione di *peace-keeping* saranno soggetti alla esclusiva giurisdizione dei loro rispettivi Stati di appartenenza.

È un modello che recepisce la norma consuetudinaria sotto il duplice profilo della esclusione della giurisdizione territoriale e della soggezione dei militari ai rispettivi stati di invio. Non è ancora un SOFA poiché non reca la firma di uno stato occupato.

Per quanto concerne la situazione in Iraq si è detto che le prime risoluzioni Onu e cioè la n. 1483 e la 1511 del 2003 non fanno alcun riferimento al problema della giurisdizione. La cosa non deve sorprendere. Nel 2003 era ancora in atto la occupazione militare dello stato irakeno e pertanto, non esistendo formali autorità statuali, non poteva essere stipulato nessun

accordo. Si applicava pertanto il richiamato modello generale di risoluzione del 1991.

Il primo SOFA che riguarda l'Iraq, è proprio la risoluzione n. 1546/2004, poiché di essa fanno parte integrante, sia la lettera del primo Ministro del Governo provvisorio irakeno Ayad Allawi, che prestò il consenso alla ulteriore permanenza delle forze Onu in Iraq, sia la lettera del segretario di Stato degli Usa Colin Powell, richiamata formalmente nel testo della risoluzione con la specificazione che di essa fa parte integrante. In questa lettera si ribadisce quanto evidenziato nel richiamato modello e cioè il contenuto, l'essenza stessa di un SOFA che deve disciplinare, tra l'altro, l'esercizio della giurisdizione penale nei confronti dei membri delle forze multinazionali. Si precisa nel testo che gli Stati partecipanti hanno la responsabilità dell'esercizio della giurisdizione sul proprio personale (...*responsability for exercising jurisdiction of their personnel*...).

L'espressione è chiara, non si presta ad interpretazioni anche perché in armonia con i precedenti richiamati. Vale quindi certamente l'antico brocardo: «*in claris non fit interpretatio*». Tuttavia l'espressione inglese *responsability*, che ha dato adito a discussioni, sembra poter richiamare un concetto forse alquanto estraneo al nostro sistema e che verosimilmente risente di una impostazione tutta americana. La espressione sta a significare, che sono gli Stati partecipanti, ad assumersi la responsabilità di procedere processualmente nei confronti degli autori del reato, autori che fanno parte dei rispettivi contingenti inviati dagli stessi Stati. Costoro si assumono la responsabilità, ma non l'obbligo, di procedere, come è appunto nei sistemi anglosassoni, in cui non è prevista l'obbligatorietà dell'azione penale.

Non a caso i SOFA pongono maggior risalto al problema della giurisdizione nei confronti dello Stato territoriale al quale viene sottratta; sottrazione che rappresenta una deroga delle norme del diritto internazionale, che, come si è detto, sono ancorate non in via secondaria al criterio della territorialità.

Il problema della giurisdizione, tra gli Stati costituenti le forze multinazionali, viene appena enunciato. Si afferma e si ribadisce la giurisdizione dello Stato di invio che non è altro che il diritto di bandiera. In sostanza tra il criterio dell'autorità passiva e quello della bandiera non vi è dubbio che il secondo, tenuto conto anche della situazione contingente provvisoria e limitata nel tempo, prevale assolutamente, non solo perché in armonia con la norma consuetudinaria, ma perché ubbidisce al principio della reciprocità, caposaldo del diritto internazionale. È intuitivo d'altra parte e confermato dalla prassi, che nessun paese consente volentieri a che i propri cittadini alle armi, inviati all'estero per ragioni umanitarie e quindi normalmente con finalità non aggressive, ma allo scopo di assicurare equilibri internazionali per contribuire al mantenimento della pace, siano assoggettati alla giurisdizione di un altro Stato soprattutto in rapporto a quelle condotte. È un criterio logico quindi, difficilmente contestabile e non riconducibile a forzature da parte di alcuni paesi che giocano un ruolo più importante nello scacchiere mondiale. Anzi è proprio il richiamo al regime di bandiera che pone gli Stati partecipanti alla missione, in una situazione paritaria. Ciascuno giudica i propri militari per i reati commessi ai danni di altro stato facente parte della stessa forza multinazionale.

Se si prova ad immaginare una situazione opposta e cioè l'ipotesi di un nostro militare che avesse posto in essere analoga azione delittuosa nelle medesime condizioni di tempo e di luogo ai danni di un cittadino statunitense, sarebbe stato più che legittimo da parte del nostro paese opporsi all'esercizio della giurisdizione degli Stati Uniti, che, tra l'altro, prevede, per questo tipo di reati, la pena di morte estranea al nostro ordinamento.

Si è posto il problema della diretta ed immediata efficacia della risoluzione 1546 nel nostro Stato. L'eccezione è stata sollevata soltanto da una parte civile.

L'art. 25 della carta dell'ONU stabilisce che gli Stati membri accettano di eseguire le

decisioni e le risoluzioni adottate dal Consiglio di Sicurezza, vincolanti per tutti gli stati membri delle Nazioni Unite. Inoltre la legge 17 agosto 1957 n. 848, in conformità alle disposizioni della stessa Carta, ha recepito ed autorizzato la ratifica dando esecuzione alla suddetta carta dell'ONU.

Giova richiamare quanto già affermato con riferimento all'art. 10 della Costituzione. La risoluzione n. 1546 rientra certamente tra le norme cosiddette *self-executing*, tenuto conto delle espressioni letterali usate e della prassi. Non è isolata e del tutto condivisibile la teoria in forza della quale «l'ordine di esecuzione di un trattato istitutivo di una determinata organizzazione, in quanto copre anche la parte del Trattato che prevede la competenza di quella organizzazione ad emanare decisioni vincolanti, già attribuisca a queste ultime piena forza giuridica interna». Anche in assenza di qualsiasi atto di esecuzione, questa risoluzione avrebbe avuto efficacia nel nostro ordinamento.

Tuttavia il d.l. 24 giugno 2004 convertito con legge 30 giugno 2004, quindi dopo la richiamata Risoluzione, (che – ripetesi – nulla innovava rispetto al problema della giurisdizione, ma si poneva nella scia di altri precedenti), pur senza espliciti riferimenti rendeva esecutiva la Risoluzione in quanto disciplina la organizzazione della missione, il regime degli interventi e il conferimento di risorse umane e strumentali al fine di realizzare la missione prevista dalla Risoluzione stessa. Detto decreto è stato poi confermato con quello del 28 giugno 2005 convertito in legge il 31 luglio 2005 ed infine con il d.l. 31 gennaio 2007 convertito in legge il 29 marzo 2007.

D'altra parte detti provvedimenti legislativi contengono anche norme ordinamentali, se è vero come è vero, che è prevista la punizione dello straniero per i reati commessi in territorio irakeno ai danni dei cittadini italiani partecipanti alla stessa missione su richiesta del Ministro della Giustizia e «per i reati commessi a danno di appartenenti alle forze armate sentito anche il Ministro della Difesa».

È appena il caso di sottolineare che non vi è traccia di nessun coinvolgimento del Ministro della Difesa nella vicenda, pur essendo il defunto Calipari e la parte lesa Carpani appartenenti entrambi alle forze militari italiane, in quanto funzionari del SISMI.

Ma non sono soltanto i SOFA con riguardo alla missione in Iraq che hanno questa impostazione. Vari altri precedenti collegati o meno ad operazioni con o senza SOFA, dimostrano che sempre sono stati adottati gli stessi criteri previsti nelle risoluzioni richiamate.

Vanno fatti alcuni esempi:

1) La Corte marziale olandese sottopose a processo in Libano alcuni membri olandesi del contingente Unifil; l'art. 11 del protocollo relativo alla MFO nel Sinai stabilisce che i suoi membri sono soggetti alla esclusiva giurisdizione dei loro rispettivi stati nazionali;

2) l'operazione senza SOFA Somalia fu introdotta con la risoluzione Onu n. 794/92 che autorizzò una operazione con caratteristiche di *peace-enforcing*. Fu creata la *Unitat* che diede avvio alla operazione Unosom. I contingenti facenti parte delle forze Onu applicarono, compresa l'Italia, il proprio diritto di bandiera;

3) SOFA Nato nei Balcani: accordo Dayton con la Repubblica Bosnia-Erzegovina e la Repubblica di Croazia. In detto accordo è previsto il riconoscimento della più completa immunità dalla giurisdizione dello stato territoriale. Si aggiunge in particolare che il personale militare sarà soggetto in ogni tempo all'esclusiva giurisdizione del proprio Stato di invio;

4) Risoluzione Onu: 1244/99 ha autorizzato le forze Nato a dislocarsi nel Kosovo. La Repubblica federale iugoslava accettò la presenza di dette forze, ma rifiutò di firmare l'accordo sullo stato delle stesse, riservandosi di stipulare un SOFA. Nel frattempo si dà valore a detto accordo di «*temporary Sofa*» e, pertanto il personale della *International security*

force in Kosovo gode di fatto di una totale immunità giurisdizionale;

5) la forza multinazionale di protezione in Albania, della quale faceva parte anche l'Italia, in forza del SOFA opportunamente stipulato godeva di una immunità dalla giurisdizione penale albanese e dagli altri Stati;

6) SOFA in Afghanistan: la natura militare delle operazioni, condotte in Afghanistan dalla coalizione guidata dagli Usa ed intraprese senza il consenso dello Stato del territorio, giustifica l'assenza di un SOFA e comporta l'applicazione del principio del diritto di bandiera.

Non si fa alcun riferimento alla Convenzione di Londra del 19 giugno 1951, stipulata tra Stati membri della Nato in posizione paritaria poiché inserita, nella sua specificità, in un contesto totalmente diverso da quello in esame e cioè da quello bellico o parabellico o di presenza di forze multinazionali svolgenti missioni umanitarie in territorio straniero. È un accordo duraturo che ha costruito un'organizzazione internazionale con scopi comuni di difesa e di contrapposizione ad altro blocco di Stati aderenti al patto di Varsavia.

Corollario della richiamata risoluzione 1546 del 2004 è l' *Order* 17 emanato in data 27 giugno 2004, unilateralmente, dall'Autorità della Coalizione provvisoria in Iraq e che disciplina lo *status* della stessa autorità provvisoria.

Da più parti è stata eccepita la validità di questo *Order*, che non può essere fonte primaria di diritto internazionale e pertanto carente di legittimazione a stabilire alcun criterio di giurisdizione. Sotto questo profilo formale l'eccezione può essere fondata.

Tuttavia l' *Order* in parola si inserisce nel contesto e nella scia segnata non solo dalla risoluzione 1546, ma anche dalle altre precedenti. In effetti esso non dispone nulla di nuovo rispetto a quanto previsto nella risoluzione medesima, ma si inserisce nel quadro politico diplomatico e normativo che questa aveva determinato.

Nell' *Order* si dice esplicitamente «in applicazione delle leggi e delle consuetudini di guerra ed in conformità delle rilevanti risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle nazioni Unite comprese le risoluzioni 1483/03 1511/03 e 1546/04... tutto il personale della forza multinazionale e della Autorità della Coalizione provvisoria... è sottoposto alla giurisdizione esclusiva del rispettivo stato di invio». Al paragrafo successivo si aggiunge «gli Stati di invio del personale della MNF hanno diritto di esercitare all'interno dell'Iraq la giurisdizione penale e disciplinare loro conferita dalla legge dello Stato d'invio».

Lo stesso richiamo alle risoluzioni che scaturiscono a loro volta dal modello del 1991 di cui già si è detto, fa ritenere che trattasi pertanto di un ordine esplicativo ed esecutivo, che rispetta il quadro delle norme di riferimento e quindi, pur non essendo fonte, ha la sua validità nei limiti designati.

Va sottolineato infine che il successivo *Order* 100 emesso il 28 giugno 2004, nel prevedere lo scioglimento dell'Autorità della Coalizione provvisoria per il 30 giugno 2004, precisa «che il presente ordine non si applica al n. 17».

Come si è visto la ipotesi della giurisdizione concorrente, in caso di presenza di forze multinazionali in territorio straniero, non si profila né con riferimento alla giurisdizione territoriale, cioè dello Stato in cui è avvenuto o ai cui danni si è verificato il fatto, né con riferimento ad interventi di altre giurisdizioni. Tutti i SOFA prevedono che i membri delle Forze siano da una parte sottratti alla giurisdizione dello Stato occupato e dall'altra sottoposti a quella dello Stato di origine, che sarà responsabile degli individui appartenenti alla propria forza.

Conseguenza di questa premessa è che il mancato esercizio della giurisdizione esclusiva da parte dello Stato di invio non comporta la possibilità che subentri una giurisdizione concorrente.

Il Pubblico Ministero, partendo dal presupposto che si versi nell'ipotesi di giurisdizione concorrente in capo agli Stati Uniti e all'Italia, ha affermato che, non essendo stata esercita-

ta legittimamente in via primaria quella americana, deve subentrare la giurisdizione italiana.

Per quanto finora esaminato, la affermazione non meriterebbe alcuna attenzione. La giurisdizione esclusiva è e rimane tale, anche se non processualmente esercitata.

Tuttavia la Corte ritiene opportuno eliminare qualsiasi dubbio che lasci spazio ad ipotizzare una soluzione diversa da quella adottata. Anche se si immaginasse, come caso scottistico, una giurisdizione concorrente il risultato sarebbe lo stesso.

Invero secondo quell'ordinamento giuridico la primaria giurisdizione degli Stati Uniti è stata in qualche modo esercitata.

Come è noto subito dopo i fatti fu costituita una commissione di inchiesta paritetica che concluse i suoi lavori con due documenti distinti uno di parte italiana e uno di parte Usa.

Il Dipartimento di Stato, cioè l'organo legittimo del governo degli Stati Uniti, in data 22 dicembre 2005, decise e comunicò che «l'affare è chiuso e che eventuali azioni legali sono di competenza del Dipartimento della Difesa».

Questa risposta creò un momento di grossa tensione e turbativa nei rapporti diplomatici tra l'Italia e gli Usa. Sotto questo profilo la Corte ovviamente non esprime alcuna valutazione, né giudizi in ordine alle reciproche contestazioni che furono formulate.

Sicuramente secondo il nostro sistema processuale quel provvedimento non ha carattere giurisdizionale e verosimilmente non lo ha neanche nell'ordinamento processuale statunitense. È necessario però che in questa sede si faccia uno sforzo, si ragioni in termini non rigidi né passionali, recependo la necessità di discostarsi dalla nostra cultura giuridica continentale e soprattutto da quella prettamente italiana che, nel diritto penale, ha come cardine fondamentale la obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale.

Nei paesi della *common law* detto principio non esiste e tutto il sistema penale si fonda su un ampio potere discrezionale che incide in maniera determinante sull'esercizio dell'azione penale.

Ci si deve quindi chiedere se effettivamente la giurisdizione americana abbia del tutto respinto qualsiasi iniziativa procedimentale sulla vicenda.

Secondo la *Restatement of the Law*, tra le tre forme di giurisdizione, intese in senso ampio come poteri dello Stato, che non ripetono la nostra tripartizione di montesquiana memoria, individuabili negli Stati Uniti, quella del *to prescribe* si realizza nel potere dello Stato di applicare il proprio diritto a persone o attività indifferentemente, mediante un atto legislativo od esecutivo o un comando giudiziale.

È proprio questo tipo di giurisdizione, che interviene, nel caso in cui, sul piano internazionale, debba applicarsi quella extraterritoriale. Ebbene, riconosciuto come legittimo il criterio di giurisdizione extraterritoriale, secondo le norme di diritto internazionale, ad una valutazione di ragionevolezza in ordine all'esercizio di questa giurisdizione, si aggiunge quella relativa alla opportunità di esercitare la giurisdizione interna; apprezzamento che in quello stato è il presupposto per ogni iniziativa processualmente rilevante.

Ribaltando il discorso, il non obbligo dell'esercizio dell'azione penale nell'ambito territoriale, che comporta valutazioni di carattere extraprocessuale, viene ulteriormente condizionato dalla valutazione di ragionevolezza, nel caso in cui si tratti di perseguire un reato commesso fuori dal territorio.

Insomma alla discrezionalità della *prosecution* si aggiunge, anche in maniera più incisiva, quella che comporta la decisione di perseguire fatti commessi all'estero.

Il Dipartimento degli Stati Uniti, pertanto, in quanto titolare della giurisdizione *to prescribe*, poteva legittimamente adottare la decisione sopra richiamata. Detta decisione non può indurre a ritenere che, secondo quell'ordinamento, non sia stata esercitata alcuna giuri-

sdizione; essa scaturisce da una valutazione, della quale il Governo degli Stati Uniti si è assunto la responsabilità, quella cioè di non procedere processualmente nei termini che la nostra procedura intende.

Le norme consuetudinarie e le risoluzioni Onu esaminate, pur demandando la giurisdizione allo Stato di invio, non obbligano e non possono obbligare lo Stato stesso a svolgere un formale processo, ma soltanto ad adottare una decisione conforme al proprio ordinamento interno.

P.Q.M. Visto l'art. 20 c.p.p. dichiara non doversi procedere nei confronti di Lozano M. L. in ordine al delitto ascrittogli per carenza di giurisdizione».

Clausola compromissoria nulla per contrasto con norme imperative ed inserzione automatica di clausole

(Arbitro Unico – Lodo reso in Napoli 24-26 novembre 2007)

Il lodo che si annota ha affrontato due questioni giuridiche, che non trovano precedenti in giurisprudenza: la prima, se possa essere valida la clausola compromissoria, inserita in un contratto di appalto di opere pubbliche, che devolve la risoluzione delle controversie ad un arbitro unico; la seconda, fatta discendere dalla soluzione negativa data al quesito, se possa sostituirsi “di diritto” la clausola dell’arbitro unico, dichiarata nulla, ai sensi dell’art. 1418 c.c., con quella di arbitrato collegiale, ai sensi degli artt. 1419, 2° co. e 1339 c.c.

In ordine alla soluzione negativa data alla prima problematica, in accoglimento della tesi sostenuta dall’Avvocatura di Stato, non sembra possano sussistere fondati elementi di dubbio, dal momento che la normativa di settore da quasi un secolo ha sempre previsto, in forma esplicita od implicita, l’arbitro in composizione collegiale (cfr. l’abrogato art. 45 del d.P.R. n. 1063/1962; art. 32 della legge n. 109/1994, nelle sue varie, successive formulazioni: leggi n. 415/1998; n. 80/2005; art. 241 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163).

La contraria tesi, sostenuta dalla ricorrente società, si basava sulla piena applicabilità delle norme del codice di procedura civile in materia di arbitrato, che lasciano all’apprezzamento delle parti, in sede di stipulazione della clausola, la determinazione del numero degli arbitri (art. 809 c.p.c.): in particolare, veniva invocata la norma transitoria, di cui all’art. 253, co. 34, lettera *b*), del d.lgs. n. 163/2006, che ha fatto salve le procedure arbitrali definite o anche solo introdotte alla data di entrata in vigore della legge 14 maggio 2005, n. 80, di conversione del decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, purché risultino rispettate le disposizioni relative all’arbitrato contenute nel codice di procedura civile (ovvero nell’art. 32 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, come modificato dal comma 16 *sexies* del citato decreto legge n. 35 del 2005).

Si è affermata da parte della società la piena conformità della clausola compromissoria alle norme del codice di rito civile

Al riguardo, pur essendo stata dichiarata inapplicabile al caso di specie dall’Arbitro Unico la predetta norma transitoria *ratione temporis* (la domanda di arbitrato era stata introdotta dopo l’entrata in vigore della norma transitoria del codice degli appalti), in ogni caso va osservato che il richiamo era infondato, avendo la citata norma una valenza meramente processuale e non sostanziale, non potendo incidere sulle pattuizioni inerenti alla clausola compromissoria, trovando applicazione le speciali norme relative all’appalto di opere pubbliche.

Di maggiore interesse si presenta l’inserimento, effettuato di diritto dal lodo, della clausola di arbitrato collegiale, in sostituzione di quella dell’arbitro unico, per effetto del dichiarato contrasto con norme imperative della clausola in questione, richiamando il principio di conservazione del negozio, non-

ché il rispetto della volontà delle parti: in sintesi, se la clausola contrasta con norme di legge inderogabili, ed è quindi nulla ai sensi dell'art.1418 c.c., queste devono trovare applicazione, ai sensi degli artt. 1419, 2° co. e 1339 c.c.

Il ragionamento, ad avviso di chi scrive, resiste assai poco bene ad un esame più approfondito delle norme richiamate.

Infatti, la prima norma (nullità parziale) presuppone l'esistenza di clausole nulle, senza le quali le parti non avrebbero concluso il contratto e quindi essenziali (1° comma dell'art. 1419 c.c.), la cui nullità, tuttavia, non si estende all'intero negozio perché sostituite di diritto da norme imperative (2° comma art. *cit.*). Orbene, il 1419, 2° co. non appare correttamente richiamato, in quanto il Giudice Unico avrebbe dovuto, in primo luogo, verificare il carattere essenziale della clausola arbitrale in parola, il che in linea di principio è da escludere, atteso il principio della facoltatività dell'arbitrato più volte richiamato dalla Corte Costituzionale; inoltre, il lodo ha considerato le norme sull'arbitrato per le opere pubbliche come aventi natura imperativa, mentre su tale qualificazione è lecito nutrire più di un dubbio, trattandosi, piuttosto, di norme inderogabili dalle parti, e non già cogenti, non consentendo il carattere facoltativo dell'istituto.

La giurisprudenza ha avuto modo di chiarire, già in tempi lontani, che l'inserzione automatica delle norme imperative, in luogo delle clausole contrattuali affette da nullità, può verificarsi, ai sensi dell'art. 1419, 2° co., c.c., solo quando la sostituzione debba avvenire "di diritto", in forza di un'espressa disposizione di legge, la quale imponga la sostituzione di determinate norme alle clausole contrattuali da esse difformi (cfr. Corte di Cassazione, sentenze 12 luglio 1965, n. 1464; 5 ottobre 1953, n. 3179).

Per lo stesso motivo, vale a dire per avere assimilato la norma imperativa alla norma cogente, non appare corretta l'applicazione fatta al caso di specie dell'art.1339 c.c., (inserzione automatica di clausole), che, in ogni caso, non costituisce applicazione del principio dell'autonomia privata, così come si legge, invece, nel lodo, prescindendo la norma in parola da questa, anzi contrastandola (così, FRANCESCO SANTORO PASSATELLI, *Dottrine Generali del Diritto Civile*, IX edizione, p. 253).

In conclusione, dalla dichiarata nullità della clausola compromissoria dell'Arbitro Unico non può discendere alcuna sostituzione o modifica di diritto della stessa, che non era stata richiesta da alcuna delle due parti.

Avv. Giuseppe Arpaia^(*)

Arbitro Unico (Avv. G.M. Cantore) lodo reso in Napoli, 24 – 26 novembre 2007 –
Società P. S.p.A. (Avv. N. Salvi) c/ Ministero per i Beni e le Attività Culturali –
Soprintendenza per i Beni Architettonici ed il Paesaggio e per il Patrimonio Storico
Artistico ed Etnoantropologico di Napoli e Provincia (Avv. dello Stato G. Arpaia).

^(*) Avvocato dello Stato presso l'Avvocatura distrettuale di Napoli.

È nulla per contrasto con norme imperative, ai sensi dell'art. 1418 c.c., la clausola compromissoria, che devolve alla cognizione di un arbitro unico la risoluzione delle controversie derivanti dalla esecuzione di un contratto di appalto di lavori di opere pubbliche.

La natura inderogabile delle disposizioni di legge che prevedono la collegialità dell'organo giudicante consente di ritenere inserita di diritto nella clausola compromissoria la parola "arbitrato" in luogo di "arbitro unico", ai sensi degli artt. 1419, 2° co., e 1339, c.c., in ottemperanza al principio di conservazione del negozio giuridico e nel rispetto delle volontà delle parti.

«(Omissis) *Motivi della decisione* - Rileva preliminarmente l'Arbitro che l'eccezione con la quale la difesa dell'Amministrazione convenuta ha dedotto, nell'atto di declinatoria notificato all'attrice in data 22 settembre 2006 e nella memoria di costituzione del 2 maggio 2007, la irritualità della notifica dell'atto introduttivo del presente giudizio perché eseguita direttamente presso il Ministero dei Beni e le attività Culturali – Soprintendenza per i Beni Ambientali Architettonici di Napoli e Provincia, deve ritenersi superata dall'avvenuta rituale costituzione in giudizio della Amministrazione medesima, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli che, peraltro, non ha più insistito su detta eccezione nei successivi scritti difensivi.

Al riguardo è opportuno ricordare che, ai sensi di quanto originariamente previsto dall'art. 11 del R.D. 1611/1933 *"Tutte le citazioni, i ricorsi e qualsiasi altro atto di opposizione giudiziale, nonché le opposizioni ad ingiunzione e gli atti istitutivi di giudizi che si svolgono innanzi alle giurisdizioni amministrative o speciali, od innanzi agli arbitri, devono essere notificati alle Amministrazioni dello Stato presso l'ufficio dell'Avvocatura dello Stato nel cui distretto ha sede l'Autorità giudiziaria innanzi alla quale è portata la causa, nella persona del Ministro competente (comma I). Ogni altro atto giudiziale e le sentenze devono essere notificati presso l'ufficio dell'Avvocatura dello Stato nel cui distretto ha sede l'Autorità giudiziaria presso cui pende la causa o che ha pronunciato la sentenza (comma II). Le notificazioni di cui ai comma precedenti devono essere fatte presso la competente Avvocatura dello Stato a pena di nullità da pronunciarsi anche d'ufficio (comma III)"*.

Al riguardo, la giurisprudenza (Cass. Civ., 19 aprile 1966 n. 983), nel sancire che tale nullità era da ritenersi assoluta, rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo e mai sanabile, neppure nell'ipotesi di costituzione in giudizio da parte dell'Amministrazione, aveva affermato che la norma speciale richiamata dall'art. 144, comma I, c.p.c. (di statuizione della obbligatorietà della notifica presso l'Avvocatura competente) doveva considerarsi prevalente sul principio generale di sanatoria degli atti, di cui all'art. 156, comma III, c.p.c.

La Corte Costituzionale è però intervenuta con sentenza n. 97 del 26 giugno 1967 ed ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art.11, comma III, R.D. 1611/1933, proprio nella parte in cui (nei termini evocati dalla ricordata giurisprudenza) detta disposizione escludeva ogni possibilità di sanatoria della nullità della notificazione.

Il Giudice delle Leggi ha, infatti, ritenuto irragionevole non consentire la sanatoria della nullità neanche nel caso in cui il vizio dell'atto rimanga concretamente senza conseguenze per fatti concludenti sopravvenuti, come si verifica appunto quando la P.A. interessata, nonostante il vizio, si sia comunque costituita in giudizio.

A seguito di detta pronuncia, come è noto, la Suprema Corte ha ormai ribadito con indirizzo costante che la nullità della notifica è sanata con effetto *ex tunc* dalla costituzione in giudizio del destinatario (Cass. Civ., SS.UU., 21 luglio 2001, n. 9969; 24 marzo 2000, n. 3540; 3 ottobre 1997, n. 9654), come nella fattispecie è appunto avvenuto.

L'Amministrazione convenuta ha, inoltre, eccepito preliminarmente la inammissibilità e improcedibilità del presente giudizio arbitrale in conseguenza della ricordata sua dichiarazione di declinatoria notificata all'attrice, ed al riguardo ha dedotto che dalla clausola compromissoria di cui all'art. 24 del contratto di cottimo fiduciario, dovrebbe desumersi la mera facoltatività della devoluzione delle controversie a giudizio arbitrale nel caso di controversie nascenti da iscrizione di riserve comportanti variazioni economiche in misura non inferiore al 10% dell'importo contrattuale, non seguite da composizione stragiudiziale in sede di accordo bonario.

Facoltà che dovrebbe ritenersi esclusa nell'ipotesi in cui una delle parti "*intende affidarsi al giudice ordinario, così come avvenuto nella presente fattispecie*".

Al riguardo, la stessa difesa ha altresì dedotto che la normativa vigente al tempo della stipula del contratto (art. 32 legge 109/94 come novellata dalla legge 415/98) avrebbe previsto, da un lato, la mera facoltatività del ricorso all'arbitrato, e, dall'altro, la cessazione dell'efficacia delle disposizioni del Capitolato Generale d'Appalto di cui al d.P.R. 1063/1962 (da considerarsi a quel tempo vincolanti ed inderogabili), solo a partire dalla data di entrata in vigore (28 giugno 2000) del Regolamento d'attuazione della Legge Merloni (d.P.R. 554/99), circostanza dalla quale la giurisprudenza avrebbe desunto la prevalenza di dette disposizioni rispetto a quelle inserite pattiziamente dalle parti e limitative della facoltà di declinatoria;

L'eccezione è infondata e non può trovare accoglimento.

La clausola compromissoria, infatti, compendia in termini chiari, circostanziati ed inequivocabili sul piano negoziale la volontà di entrambe le parti di devolvere a giudizio arbitrale le controversie eventualmente scaturenti dall'inutile esperimento della procedura di bonario componimento, relativamente alle riserve iscritte in contabilità comportanti variazioni non inferiori al 10% dell'importo economico contrattuale.

In esito al mancato perfezionamento dell'accordo bonario e subordinatamente alla conferma delle riserve suddette da parte dell'affidatario, la clausola medesima prevede infatti espressamente l'attribuzione della definizione delle controversie "*ad un arbitro ai sensi delle norme del titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile*".

Sul piano che investe la formazione delle volontà e la loro corretta interpretazione, non vi è quindi alcun dubbio che una volta espresso liberamente l'*in idem placidum consensus*, con la sottoscrizione della clausola compromissoria *de qua*, le parti abbiano al riguardo stipulato una chiara ed inequivocabile pattuizione contrattuale rispetto alla quale deve ritenersi preclusa la facoltà dell'Amministrazione (come dell'altra parte contrattuale) di declinare l'arbitrato.

Ed è dirimente al riguardo evidenziare che entrambe le parti si sono mostrate, *per facta concludentia*, anche in sede di esecuzione del contratto, perfettamente consapevoli del contenuto e della portata di detta clausola, dando ad essa puntuale esecuzione con l'espletamento della relativa procedura attivata mediante esplicita e condivisa menzione di procedere secondo le modalità convenute con la clausola medesima, come risulta altresì espressamente riconosciuto anche nei rispettivi scritti difensivi, nei quali risulta confermato e mai contestato che la procedura di cui all'art. 24 del contratto si concluse con l'offerta da parte dell'Amministrazione del riconoscimento all'impresa a titolo di ristoro della somma complessiva di Euro 280.000,00 per tutti i titoli e le causali fatte valere con le riserve iscritte in contabilità; offerta non accettata dalla impresa appaltatrice perché non ritenuta congrua rispetto al maggior importo complessivo dei danni lamentati.

Né risultano conferenti al riguardo i risalenti precedenti giurisprudenziali evocati dall'Amministrazione convenuta che si riferiscono alle ben diverse e progressive fattispecie

nelle quali, in relazione al previgente quadro normativo, era stato configurato il c.d. arbitrato obbligatorio del quale è stata pronunciata l'incostituzionalità (C. Cost., 4 luglio 1977, n. 127).

Successivamente, come è noto, anche a seguito della pronuncia della Corte Costituzionale n. 221 dell'8 giugno 2005, l'attuale quadro normativo configura e prevede, in materia di cognizione giudiziaria delle controversie derivanti dalla esecuzione di appalti di opere pubbliche, la competenza del G.O. e la concorrente facoltà alternativa delle parti di devolvere ad arbitri il relativo giudizio, previa stipula della relativa pattuizione compromissoria.

È stato autorevolmente evidenziato al riguardo che si tratta del c.d. arbitrato facoltativo da legge (cfr. art. 10, legge 18 novembre 1998 n. 415 che ha modificato l'art. 32 legge 109/94), con il quale il legislatore, pur lasciando alle parti contrattuali la possibilità di scegliere tra arbitrato e giudizio dinanzi al Giudice statale, impone ad esse, qualora si orientino nella prima direzione, un particolare tipo di arbitrato, connotato dalla sua necessaria ritualità e dalle prescrizioni che disciplinano la composizione e formazione dell'organo arbitrale giudicante.

In sostanza, nel quadro normativo vigente, la Pubblica Amministrazione committente e l'appaltatore sono assolutamente liberi di prevedere e regolare convenzionalmente la eventuale devoluzione delle controversie alla cognizione di arbitri.

Ma non vi è dubbio alcuno che quando tale facoltà sia stata esercitata con la sottoscrizione della relativa pattuizione, e cioè con la stipula della c.d. clausola compromissoria, resta preclusa a ciascuna di esse la possibilità di unilaterali atti potestativi volti a caducare gli effetti di detta pattuizione, restando quindi preclusa la c.d. declinatoria (*electa una via non datum recursus ad alteram*).

Ciò in applicazione del principio per il quale il contratto ha effetto di legge tra le parti.

D'altra parte, in relazione specifica alla fattispecie in esame, non è inutile ricordare che la clausola compromissoria è stata sottoscritta nel vigore della disposizione di cui all'art. 32 legge 109/1994, come modificato dalla legge 415/1998, che espressamente prevede la facoltà delle parti, non già l'obbligo delle medesime, di demandare a giudizio arbitrale la risoluzione delle controversie disponendo che *“tutte le controversie derivanti dall'esecuzione del contratto, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario previsto dal comma 1 dell'art. 31 bis possono essere deferite ad arbitri”*.

È quindi evidente che all'epoca della stipula del contratto entrambe le parti erano assolutamente libere di prevedere negozialmente, mediante sottoscrizione di apposita pattuizione – come di fatto è avvenuto – il deferimento della risoluzione delle eventuali controversie derivanti dalla esecuzione del contratto a giudizio arbitrale.

L'Amministrazione convenuta ha anche eccepito la invalidità e la nullità della clausola contrattuale che attribuisce ad un arbitro unico la definizione delle controversie derivanti dalla esecuzione del contratto d'appalto *de quo* ed ha dedotto a sostegno che la normativa specifica in materia di controversie riguardanti i lavori ed opere pubbliche prevede espressamente l'arbitrato in composizione collegiale.

Osserva in proposito l'Arbitro che effettivamente tutto il sistema normativo di settore - previgente ed attuale - risulta inequivocabilmente e costantemente incentrato sulla composizione collegiale dell'organo arbitrale.

Sono al riguardo inequivocabili le disposizioni di cui ai commi 2, 2 *bis* e 2 *ter* dell'art. 32 della legge 109/1994 (come modificato dalla legge 80/2005), che ripetutamente ed espressamente, nel prevedere la facoltà di deferimento della risoluzione delle controversie ad arbitri, menzionano espressamente il *“collegio di arbitri”* e disciplinano la procedura e le modalità di nomina del terzo arbitro.

D'altra parte, ancor prima delle ricordate modifiche introdotte dalla legge 80/2005, l'art. 32 legge 109/94, come sostituito dalla legge 415/1998, inequivocabilmente faceva esclusivo riferimento a "*collegi arbitrali nella materia*".

Il quadro normativo non è mutato con il D.Lgs. 163/2006 (codice degli appalti) che specificamente prevede all'art. 241, comma III, la composizione del collegio arbitrale "*composto da tre membri*".

Ed è ulteriormente significativo al riguardo ricordare che anche gli artt. 3, 6, 7, 8, 9, 10 e 11 del D.M. 398/2000 ("*Regolamento recante le norme di procedura del giudizio arbitrale, ai sensi dell'articolo 32, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni*") fanno espresso riferimento alla "*costituzione del collegio arbitrale*" (rubrica dell'art. 3), alla "*nomina degli arbitri*" (art. 3), ai "*provvedimenti del collegio*" (art. 6), ai poteri istruttori del "*collegio*" (artt. 7 e 8), al deposito del lodo presso la Camera arbitrale entro dieci giorni dalla data dell'ultima sottoscrizione a cura del "*segretario del collegio*" (art. 9), alle spese del procedimento (art. 10), alle comunicazioni ed ai depositi di atti e produzioni di parte fatti "*presso la sede del collegio a mani del segretario*", che ne rilascia apposita attestazione (art. 11).

Né in senso contrario appare conferente quanto dedotto dall'attrice che ha invocato le ipotesi derogatorie di cui all'art. 253, comma 34, del D.Lgs. 163/2006 che fa salve le procedure arbitrali definite o introdotte alla data di entrata in vigore della legge 14 maggio 2005 n.80 purché risultino rispettate le disposizioni relative all'arbitrato contenute nel codice di procedura civile ovvero nell'art. 32 della legge 109/94, come modificata dal comma 16 *sexies* del citato D.L. n. 35 del 2005.

Osserva al riguardo l'Arbitro che la portata derogatoria di detta disposizione non può essere invocata.

La domanda di arbitrato è stata infatti notificata in data 19 giugno 2006 e quindi in epoca ad un tempo *successiva* alla data di entrata in vigore della legge 80/2005 e *antecedente* alla entrata in vigore del codice degli appalti.

In assenza di una sicura ed esplicita disposizione derogatoria non vi è quindi dubbio che costituiscono norme imperative inderogabili dell'ordinamento, quelle che costantemente hanno previsto la necessaria collegialità dell'organo arbitrale in materia di controversie derivanti dall'esecuzione di contratti di appalto di opere pubbliche e che conseguentemente la inosservanza di dette norme implichi la nullità delle contrarie pattuizioni ai sensi dell'art. 1418 cod. civ. come, peraltro, era stato ribadito dalla Suprema Corte, sia pure in relazione a norme di rango inferiore (quelle del Capitolato Generale di cui al d.P.R. 1062/63) che disciplinavano il numero dei componenti dell'organo collegiale arbitrale (Cass. Civ., SS.UU., 12 dicembre 1994 n.10596).

È però da rilevare che proprio dalla inderogabilità delle disposizioni di legge che – in materia di opere pubbliche - facultando le parti a devolvere la risoluzione delle controversie ad un arbitrato impongono comunque la collegialità dell'organo giudicante, deriva ai sensi degli artt. 1419, secondo comma, e 1339 cod. civ. la necessaria inserzione automatica nel contratto *de quo* della corretta formulazione della clausola compromissoria in modo che essa, con i necessari caratteri di specificazione e concretezza, risulti conforme al modulo normativo (cfr. C.d.S., Sez. V, 16 giugno 2003, n. 3373).

In ottemperanza ai principi della conservazione del negozio e nel rispetto delle volontà validamente espresse dalle parti, la clausola compromissoria di cui all'art. 24 del contratto di cottimo fiduciario deve, infatti, ritenersi parzialmente nulla limitatamente alla sola parola "*arbitro*", dovendosi in luogo di essa, ai sensi degli artt. 1419, secondo comma e 1339 cod. civ., ritenersi automaticamente inserita *ope legis* la parola "*arbitrato*".

Arbitrato che, per quanto sopra si è evidenziato circa la imperatività, molteplicità, univocità e concordanza delle ricordate norme speciali che disciplinano la materia, non può che essere affidato ad un organo arbitrale collegiale composto da tre membri.

Ciò in coerenza e nel rispetto della identica formulazione usata dal legislatore che, con la più volte ricordata disposizione di cui all'art. 32 della legge 109/1994, come successivamente modificata, ha espressamente previsto che le parti hanno la facoltà di devolvere la cognizione di eventuali controversie “*derivanti dall'esecuzione del contratto, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario previsto dal comma 1 dell'articolo 31 bis ad arbitri. Ai giudizi arbitrali si applicano le disposizioni del codice di procedura civile...*”.

La natura imperativa della ricordata disciplina speciale che prevede la composizione collegiale dell'organo arbitrale nelle controversie riguardanti gli appalti di lavori pubblici, si impone infatti nella pattuizione di cui all'art. 24 del contratto *de quo*, rettificando *secundum ius* la parte della pattuizione medesima che risulta formulata in contrasto con essa.

Come è stato ribadito anche dal Consiglio di Stato (sia pure con riferimento ad altra fattispecie) la rilevata nullità parziale, in applicazione del principio *utile per inutile non vitiatur* di cui all'art. 1419 c.c., non investe affatto la clausola compromissoria nella sua interezza, ma solo la parte di essa contrastante con le norme più volte ricordate, parte che, nella specie, si identifica in una sola parola (C.d.S., Sez. V, 3370/03, 16 giugno 2003).

Si è già evidenziato, infatti, che l'art. 32 legge 109/94 (come modificato) e tutto il sistema normativo di settore, nel prevedere la configurazione sempre collegiale dell'organo arbitrale giudicante, dettano i criteri ed il procedimento in base al quale pervenire alla formazione del Collegio arbitrale, sicché la clausola compromissoria di cui all'art. 24 del contratto, mediante la dovuta automatica inserzione in essa della parola “arbitrato”, in luogo di “arbitro” (che è *contra legem*), mantiene e preserva il proprio contenuto determinato e *ope legis* determinabile in base a precetti normativi, sì da non richiedere una ulteriore manifestazione di volontà delle parti e di incontro dei consensi.

Limitatamente a tali profili, che non implicano alcuna delibazione delle riserve che, per le ragioni esposte, sono devolute dalla legge e dalla volontà delle parti alla cognizione di un Collegio arbitrale, sussiste la giurisdizione e competenza del sottoscritto Arbitro, nell'esercizio di quanto ad esso devoluto ai sensi e per gli effetti delle disposizioni di cui agli artt. 806 e ss. c.p.c., a seguito del Decreto di nomina da parte del Presidente del Tribunale.

P.Q.M. L'Arbitro, pronunciando sulle domande come in narrativa proposte dalla Società P. S.p.A. nei confronti del Ministero per i Beni e le Attività Culturali – Soprintendenza per i Beni Architettonici ed il Paesaggio e per il Patrimonio Storico Artistico e Etnoantropologico di Napoli con atto notificato il 19 giugno 2006, come precisate nel corso del giudizio, e sulle domande, eccezioni e deduzioni formulate dall'Amministrazione convenuta, nonché sulle ulteriori deduzioni e conclusioni rispettivamente articolate dalle parti, disattesa ogni contraria istanza ed eccezione anche istruttoria, così provvede:

- a) rigetta l'eccezione di irrivalenza della notifica dell'atto introduttivo del presente giudizio;
- b) rigetta la domanda con la quale l'Amministrazione convenuta ha chiesto che fosse dichiarata la validità ed efficacia dell'atto di declinatoria arbitrale notificato al Ministero il 22 settembre 2006, con conseguente dichiarazione di competenza del Giudice Ordinario a conoscere la presente controversia, e, per l'effetto, rigetta la correlata eccezione di inammissibilità e improcedibilità del presente giudizio;
- c) accoglie, per quanto di ragione, l'eccezione di nullità della clausola compromissoria, dedotta dall'Amministrazione convenuta, per l'effetto, dichiara la nullità parziale della

clausola medesima limitatamente alla parola “*arbitro*” contenuta nell’art. 24 del contratto di cottimo fiduciario rep. n. 2645 stipulato in data 21 giugno 1999;

d) dichiara conseguentemente, in luogo ed in sostituzione di detta parola, l’inserzione automatica *ope legis* nella medesima clausola, ai sensi degli artt. 1419 secondo comma e 1339 cod. civ., della parola “*arbitrato*”;

e) dichiara integralmente compensate tra le parti le spese di costituzione e rappresentanza in giudizio;

f) liquida nella complessiva somma di Euro 8.000,00 (ottomila) oltre IVA e contributi previdenziali, le spese e gli onorari dovuti al sottoscritto Arbitro, che pone a carico di entrambe le parti ciascuna per la metà, con vincolo di solidarietà per l’intero.

Gli adempimenti di cui all’art. 32, legge 109/1994, comma 2 e comma 2 *bis*, competono agli Arbitri componenti il Collegio arbitrale cui è devoluta, per le ragioni che precedono, dalla legge e dalla volontà delle parti, la cognizione nel merito delle controversie riguardanti l’esecuzione del contratto di cottimo fiduciario Rep. n. 2645 stipulato tra le parti in data 21 giugno 1999, afferenti le riserve di valore non inferiore al 10% dell’importo contrattuale, per le quali non si sia proceduto “*all’accordo bonario e l’affidatario abbia confermato le riserve*”».

Annotazione dei dati nel casellario imprese: disapplicazione della delibera di esclusione dalla gara di appalto

(Consiglio di Stato, sezione sesta, decisione 27 giugno 2007 n. 3704)

Si può ancora affermare che il giudice amministrativo, nell'ambito di un giudizio di legittimità, non può disapplicare *incidenter tantum* un atto amministrativo a contenuto non generale che possa essere autonomamente impugnato o sia ormai inoppugnabile? La pronuncia qui indicata pare contraddire a tale principio.

In occasione di una gara d'appalto indetta dal Consorzio (...), la stazione appaltante escludeva una fra le società partecipanti per non aver presentato, al momento della verifica dei requisiti previsti dalla legge 109/94, i documenti previsti. Seguiva all'esclusione la segnalazione dei fatti all'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici e la relativa annotazione nel casellario imprese.

Ora mentre in primo grado il T.A.R. aveva ravvisato che dal consolidamento processuale del provvedimento di esclusione discendesse il difetto di interesse ad agire del ricorrente per l'annullamento delle determinazioni inerenti la cauzione e la segnalazione all'Autorità in quanto strettamente consequenziali, il Consiglio di Stato, superando l'orientamento precedentemente espresso dal T.A.R., riconosceva la possibile separata impugnazione dinanzi al giudice amministrativo dei due provvedimenti, ammettendo che l'interesse ad agire può sussistere nei confronti delle sanzioni ulteriori ma non anche nei confronti del provvedimento di esclusione dalla gara.

È ormai costante la giurisprudenza amministrativa nel precisare che l'attività di inserimento dati nel casellario informatico (1), risulta essere puramente esecutiva rispetto alle indicazioni provenienti dalle diverse stazioni appaltanti (2).

È evidente (3), allora, che l'annotazione potrà essere impugnata *ex se* solo nelle ipotesi dell'inserimento del nominativo oltre i limiti legali previ-

(1) Con d.P.R. del 25 gennaio 2000 (art. 27) si precisa che "i dati del casellario di cui al comma 2 sono resi pubblici a cura dell'Osservatorio e sono a disposizione di tutte le stazioni appaltanti per l'individuazione delle imprese nei cui confronti sussistono cause di esclusione dalle procedure di affidamento di lavori pubblici", ponendosi la norma, quindi, in corrispondenza con l'art. 75 del d.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554, rubricato "cause di esclusione dalle gare".

(2) Infatti da ultimo T.A.R. Puglia sentenza del 27 settembre 2007 n. 2410 "...l'attività posta in essere in sede di inserimento dei dati nel casellario informatico è meramente esecutiva...".

(3) Proprio al fine di agevolare le amministrazioni appaltanti nell'azione di segnalazione, è stato necessario, da parte dell'Autorità, predisporre, con determinazione del 6 maggio 2003, un modello di comunicazione dei dati da inserire nel casellario informatico. Precisamente, con tale determinazione si sono indicati "i criteri oggettivi cui le stazioni appaltanti possono attersi per l'invio di segnalazioni all'Autorità rilevanti ai fini dell'inserimento nel casellario".

sti dall'art. 27 del d.P.R. 25 gennaio 2000 n. 34 e per la manifesta insussistenza del fatto dichiarato (4).

Diversamente, qualora l'annotazione non presenti anomalie proprie ma il vizio derivi dalla delibera di esclusione dalla gara, si presentano le seguenti soluzioni: o si recepisce l'indicazione proveniente dal T.A.R. 949/05, che avalla un indirizzo costante nella giurisprudenza amministrativa (5), e si afferma che l'annotazione, in quanto atto consequenziale alla delibera di esclusione non lede un autonomo interesse ad agire o comunque che in ogni caso sia necessaria la c.d. doppia impugnazione, oppure, riprendendo la sentenza del Consiglio di Stato n. 3704/07, si ammette che si può vantare un interesse ad agire per l'atto consequenziale ma non per il solo atto presupposto, e che questo può essere disapplicato se illegittimo.

La pronuncia del Consiglio di Stato in commento si pone apparentemente in disarmonia con l'interpretazione tradizionale dell'istituto della disapplicazione del processo amministrativo. In base all'art. 5 della legge 2248 del 1865 all. E il giudice ordinario e il giudice amministrativo che conoscano di diritti soggettivi sono chiamati a disapplicare *incidenter tantum* quei provvedimenti illegittimi destinati ad incidere sul rapporto controverso. Per il giudizio di annullamento, invece, si è storicamente ritenuto che fosse escluso un accertamento *incidenter tantum* di un provvedimento illegittimo che potesse essere autonomamente impugnato (6).

Successivamente (7) il Consiglio di Stato, ammettendo che nel caso di conflitto tra norme di rango diverso prevale quella legislativa su quella regolamentare, ha ammesso la possibile sindacabilità anche in via incidentale dell'atto presupposto, sia pure limitatamente ai soli conflitti tra atti amministrativi normativi.

(4) “per cui, in tale contesto, rimane preclusa alla stessa qualsiasi valutazione diretta a sindacare le ragioni in base alle quali la stazione appaltante ha ritenuto che un determinato fatto, non contestato nella sua esistenza, possa concretizzare una di quelle ipotesi delineate dal menzionato art. 27” (T.A.R. Lazio, sezione III n. 12768 del 10 dicembre 2007).

(5) A partire dalla nota sentenza del Consiglio di Stato n. 154 del 1992 per cui la disapplicazione del Giudice Amministrativo è ammessa per gli atti a carattere normativo ma non per gli atti particolari autonomamente impugnabili (v. *infra*), Cons. Stato 29 febbraio 1996 n. 222, 12 aprile 2000, n. 2183, 30 ottobre 2002 n. 5972, 5 dicembre 2002, n. 665 e 2750 del 20 maggio 2003 e recentemente T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 18 febbraio 2008 n. 1403 che riassume i termini del problema.

(6) Per un lungo periodo, a partire dai primi anni del secondo dopo guerra e fino al mutamento di indirizzo, inaugurato dalla sentenza della Sezione V 26 febbraio 1992 n. 154, la giurisprudenza del Consiglio di Stato era fermamente contraria alla disapplicazione dei regolamenti illegittimi, rilevanti per la definizione del giudizio ma non formanti oggetto di impugnazione. Anteriormente a Consiglio di Stato n. 154 del 1992 si ammetteva infatti che fosse assoluto il divieto di disapplicazione da parte del giudice amministrativo (v. *infra*).

(7) Con sentenza del Consiglio di Stato n. 154 del 1992 e poi sull'indirizzo giurisprudenziale favorevole alla disapplicazione del giudice amministrativo di atti normativi: Cons. Stato 29 febbraio 1996 n. 222, 12 aprile 2000, n. 2183, 30 ottobre 2002 n. 5972, 5 dicembre 2002, n. 665 e 2750 del 20 maggio 2003 e recentemente T.A.R. Lazio Roma sez. III, 18 febbraio 2008 n. 1403.

Il Consiglio di Stato, invece, nella sentenza *de qua*, pur non riferendosi mai esplicitamente all'istituto della disapplicazione, pare orientato ad ammettere la possibile dichiarazione *incidenter tantum* di illegittimità della delibera di esclusione (che atto normativo non è) qualora illegittima e tale da rendere illegittimo, in via derivata, il conseguente inserimento dei dati nel Casellario informatico. Appare superata, allora, l'indicazione tradizionalmente accolta che esclude la disapplicazione incidentale dell'atto amministrativo presupposto e a contenuto particolare.

In conclusione la decisione in esame del Consiglio di Stato, pare non allinearsi con l'orientamento consolidatosi in materia di disapplicazione di atti amministrativi e di doppia impugnativa nell'ambito del giudizio amministrativo (8).

Secondo la sentenza ora commentata, quando l'annotazione non presenti anomalie proprie ma le desuma dalla delibera di esclusione, il soggetto leso potrà scegliere o di impugnare l'uno e l'altro provvedimento, o di agire contro la delibera di esclusione in quanto immediatamente lesiva e disinteressarsi del provvedimento di annotazione che segue il primo, oppure, infine, impugnare la sola annotazione, chiedendo la disapplicazione del provvedimento di esclusione presupposto.

Dott. Roberto Collacchi^()*

Consiglio di Stato, sezione sesta, decisione 27 giugno 2007 n. 3704 – Pres. G. Ruoppolo – Cons. Est. F. Bellomo – G. s.r.l. (Avv. G. F. Ferrari) c/ Consorzio (...) (ora: Società I.A.N. s.p.a.) (Avv.ti M. Locati e A. Giglio); Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici (n.c.); nei confronti di M. s.p.a., Z.I.I. s.p.a., Z.C.A. s.a. (n.c.).

«(...) *Fatto*

1. Con ricorso proposto dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia – Milano, G. s.r.l. domandava l'annullamento:

a) della deliberazione del Consiglio di amministrazione del Consorzio (...) n. 121 del 6 giugno 2000, recante approvazione dei verbali della gara indetta per l'affidamento delle opere di completamento della prima linea – Sezione di disinfezione opere civili impianto depurazione P., con cui è stata disposta l'esclusione dell'impresa ricorrente dalla gara *de qua*;

b) dei verbali di gara del 12 aprile 2000, 15 maggio 2000 e 16 maggio 2000, approvati con la predetta deliberazione;

c) della segnalazione n. 2565/2P NL/pc del 2 agosto 2000 del Consorzio all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici ai sensi dell'art. 10, comma 1 *quater*, legge n. 109/94;

(8) Con riferimento alle annotazioni nel casellario, diverse sono le possibilità che ha a disposizione il soggetto leso da un provvedimento di annotazione nel casellario informatico: oltre a percorrere la via giurisdizionale si può promuovere un'istanza alla stessa Autorità per ottenere un'integrazione dei dati inseriti nel casellario o la stessa cancellazione del nominativo. V. determinazione del 6 maggio 2003 dell'Autorità per i contratti pubblici.

^(*) Dottore in Giurisprudenza, ammesso alla pratica forense presso l'Avvocatura dello Stato.

d) delle misure sanzionatorie e dei provvedimenti eventualmente emessi e comunque emittenti da parte dell’Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici ai sensi dell’art. 10, comma 1 *quater*, legge n. 109/94;

e) delle note prot. n. 2566/2P NL del 2 agosto 2000 e prot. n. 3191/2P NL del 6 ottobre 2000, recanti richiesta di escussione della cauzione provvisoria prestata dall’impresa ricorrente per la partecipazione alla gara;

f) di ogni altro atto e comportamento preordinato, consequenziale e connesso e, in particolare, occorrendo, dell’atto di regolazione dell’Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici n. 15/2000 del 30 marzo 2000 in *parte qua*;

nonché, occorrendo, quali atti presupposti e connessi:

g) del bando di gara, nella parte in cui rinvia alla disposizione dell’art. 10, comma 1 *quater*, legge n. 109/94;

h) delle note prot. n. 1256/2P NL/pc del 13 aprile 2000, prot. n. 1512/2P NL/pc dell’8 maggio 2000, prot. n. 1983/2P NL/pc del 15 giugno 2000, prot. n. 2564/2P NL/pc del 2 agosto 2000, prot. n. 2615/2P NL/pc del 4 agosto 2000 del Consorzio (...).

Domandava, altresì, la declaratoria che l’impresa deve essere riammessa alla gara *de qua*, che nessuna misura sanzionatoria e nessun provvedimento ai sensi degli artt. 10, comma 1 *quater*, 4 comma 7, 8 comma 7 legge n. 109/94 possono essere adottati dall’Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici e che la cauzione provvisoria prestata dall’impresa ricorrente per la partecipazione alla gara non può essere escussa.

Il tutto previa disapplicazione dell’art. 10, comma 1 *quater*, legge n. 109/94 per contrarietà con il diritto comunitario, ovvero previa rimessione alla Corte di Giustizia della relativa questione, ovvero previa rimessione alla Corte Costituzionale della questione di legittimità costituzionale dell’art. 10, comma 1 *quater*, legge n. 109/94 e s.m., per contrasto con gli artt. 3, 41 e 97 Costituzione.

Domandava, infine, la condanna delle amministrazioni al risarcimento del danno ingiusto derivante dall’eventuale esecuzione del provvedimento impugnato.

Si costituivano in giudizio per resistere al ricorso il Consorzio (...), l’Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici, la controinteressata M. s.p.a.

Con sentenza n. 1325 del 7 giugno 2006 il T.A.R. dichiarava il ricorso irricevibile nelle parti dirette avverso il provvedimento di esclusione e inammissibile, per carenza di interesse, nel resto.

2. La sentenza è stata appellata da G. s.r.l., che – con i primi tre motivi di gravame – contrasta le argomentazioni del T.A.R. e – con il quarto – ripropone le censure formulate nel ricorso primo grado.

Si è costituita per resistere all’appello il Consorzio (...), oggi Società I.A.N.

La causa è passata in decisione alla pubblica udienza del 17 aprile 2007.

Diritto

1. L’appello è infondato.

2. La società appellante ha partecipato all’asta pubblica indetta dal Consorzio (...) per l’aggiudicazione dell’appalto delle opere di completamento della prima linea – Sezione di disinfezione – opere civili impianto di P. dell’importo complessivo a base d’asta di €. 1.414.000.000.

Nel corso della procedura, la stazione appaltante ha eseguito il sorteggio pubblico, di cui all’art. 10 comma 1 *quater* legge n. 109/94, per la verifica dei requisiti dichiarati dai partecipanti; tra le ditte sorteggiate, è risultata compresa anche la G. s.r.l., cui l’amministrazione

ne, con nota del 13 aprile 2000, ha richiesto la presentazione, entro il termine del 28 aprile 2000, dei documenti idonei a comprovare il possesso dei dichiarati requisiti di capacità economico – finanziaria e tecnico – organizzativa. La medesima ha provveduto al deposito della documentazione richiesta, omettendo tuttavia di presentare i certificati di esecuzione di lavori nella categoria OG1, di valore pari almeno al 40% dell'importo dell'appalto.

A seguito della nota 8 maggio 2000, con cui il Consorzio comunicava all'impresa che non risultavano prodotti i suindicati certificati, l'interessata provvedeva a trasmettere (in data 10 maggio 2000) la documentazione idonea a comprovare il possesso del requisito richiesto per la partecipazione alla gara.

Con verbale in data 15 maggio 2000, la commissione di gara disponeva l'esclusione della società dal prosieguo della procedura, sul presupposto che la stessa non avesse prodotto la documentazione richiesta nel termine perentorio originariamente assegnato, non potendosi considerare validi i certificati fatti pervenire oltre la scadenza di detto termine.

Con delibera n. 121 del 6 giugno 2000 il C.d.A. approvava i verbali di gara e aggiudicava l'appalto all'impresa M. s.p.a.

Con nota 15 giugno 2000, ricevuta dalla società in data 19 giugno 2000, il Consorzio comunicava la disposta esclusione dalla gara "per mancata comprova, nel termine assegnato, del requisito di capacità, con le ulteriori conseguenze previste dalla disposizione citata".

Successivamente, con note in data 2 agosto 2000, la stazione appaltante provvedeva alla segnalazione dei fatti all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici e all'escussione della cauzione provvisoria prestata dalla G., mediante richiesta indirizzata alla Z.I.I. s.p.a. che aveva rilasciato la garanzia fideiussoria.

3. Il T.A.R. ha innanzitutto dichiarato irricevibile il ricorso presentato dalla G. avverso il provvedimento di esclusione (notificato in data 8 novembre 2000), ritenendo che il termine per l'impugnazione decorresse dal 19 giugno 2000 (giorno in cui la società aveva ricevuto la comunicazione della disposta esclusione dalla gara).

Con il primo motivo di gravame l'appellante censura tale capo di decisione, sostenendo che il *dies a quo* per l'impugnazione fosse il 4 agosto 2000, giorno in cui il Consorzio ha trasmesso la delibera del C.d.A. di approvazione dei verbali di gara in cui era comminata l'esclusione e approvata la graduatoria.

La doglianza è infondata.

Con la nota 19 giugno 2000 la stazione appaltante, oltre a comunicare la disposta esclusione, espressamente indicava le ragioni della misura adottata e rendeva noto l'esito della procedura di gara.

Con tale comunicazione la società veniva anche informata che il C.d.A. del Consorzio, con delibera n. 121 del 6 giugno 2000, aveva approvato i verbali e le operazioni di gara, confermando in via definitiva l'aggiudicazione dell'appalto in favore della M. s.p.a. .

Alla luce di tali elementi risulta senz'altro condivisibile il giudizio del T.A.R., avendo l'appellante acquisito già il 19 giugno 2000 la piena conoscenza delle misure adottate dalla stazione appaltante nei suoi confronti, dei motivi posti a fondamento delle stesse e della loro portata lesiva, nonché degli estremi e del contenuto essenziale dell'atto che ha definito il procedimento concorsuale.

Tale conclusione, peraltro, è conforme al consolidato orientamento giurisprudenziale che ritiene sufficiente, ai fini della decorrenza del termine di impugnazione, la conoscenza del nucleo essenziale del provvedimento, salva la possibilità di proporre motivi aggiunti in relazione ad aspetti della motivazione emersi successivamente.

Il motivo n. 1 di appello è dunque respinto.

4. Il T.A.R. ha dichiarato inammissibile la restante parte del ricorso, ravvisando che dal consolidamento processuale del provvedimento di esclusione discendesse il difetto di interesse ad agire del ricorrente per l'annullamento delle determinazioni inerenti la cauzione e la segnalazione all'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici, in quanto atti ad esso meramente consequenziali.

Tale decisione viene gravata con i motivi n. 2 e 3 di appello.

Il motivo n. 2, essendo proposto per l'ipotesi di accoglimento del motivo n. 1 (e, dunque, per l'ipotesi che il ricorso avverso l'atto di esclusione fosse ricevibile), va respinto *de plano*.

Con il motivo n. 3 l'appellante sostiene che esclusione dalla gara, incameramento della cauzione provvisoria e segnalazione all'Autorità sono sanzioni autonome, suscettibili di separata impugnazione dinanzi al giudice amministrativo. Nessuna preclusione, dunque, potrebbe discendere dal consolidamento dell'atto di esclusione.

La tesi merita accoglimento, pur non mancando aspetti di criticità nella questione, non a caso oggetto di contrasti in giurisprudenza, ragione per cui la stessa va approfondita.

Giova riportare il testo dell'art. 10, comma 1-*quater*.

I soggetti di cui all'articolo 2, comma 2, prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, richiedono ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate, arrotondato all'unità superiore, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare, entro 10 giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito. Quando tale prova non sia fornita, ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, i soggetti aggiudicatori procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, alla escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità per i provvedimenti di cui all'articolo 4, comma 7, nonché per l'applicazione delle misure sanzionatorie di cui all'articolo 8, comma 7. La suddetta richiesta è, altresì, inoltrata, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria, qualora gli stessi non siano compresi fra i concorrenti sorteggiati, e nel caso in cui essi non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni si applicano le suddette sanzioni e si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta ed alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione.

La norma è costantemente interpretata nel senso che esclusione dalla gara, escussione della cauzione e segnalazione all'Autorità sono conseguenze automatiche del verificarsi dei presupposti in essa previsti (la mancata documentazione nel termine di 10 giorni dalla richiesta del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa).

Da ciò, peraltro, non possono trarsi argomenti decisivi – in un senso o nell'altro – in ordine all'autonomia dei singoli effetti.

Infatti, ascrivere le sanzioni al comando della norma piuttosto che al provvedimento di esclusione non implica perciò solo che la definitività di questo non comporti la inoppugnabilità di quelle.

È nota la decisione n. 949/05 della quinta Sezione, secondo cui: "Così consolidatasi l'estromissione dalla gara, nessun interesse ulteriore può riconoscersi alla ricorrente in ordine alla legittimità delle successive vicende dell'appalto e delle stesse determinazioni d'incamerare la cauzione e di segnalare alle competenti autorità il suo comportamento, attesa la loro doverosità e stretta consequenzialità rispetto all'atto di esclusione, divenuto ormai definitivo".

Il Collegio ritiene, tuttavia, di seguire un'altra strada, più confacente al tema processuale.

La giurisprudenza, tra cui quella segnalata dall'appellante, pare orientata a riconoscere autonoma lesività ai provvedimenti di escussione della cauzione e segnalazione all'Autorità allorché è stata chiamata a pronunciarsi su di essi indipendentemente dall'impugnazione del provvedimento di esclusione dalla gara.

È indiscutibile che l'interesse ad agire possa sussistere nei confronti delle sanzioni ulteriori ma non avverso il provvedimento di esclusione.

Se fosse adottata la tesi patrocinata dal giudice di primo grado (e dalla decisione n. 949/05 del Consiglio) si perverrebbe al paradosso che, in ipotesi siffatte, l'impresa sarebbe costretta ad impugnare il provvedimento di esclusione dalla gara – verso cui non ha alcun interesse – per radicare l'ammissibilità del ricorso avverso i provvedimenti di escussione della cauzione e segnalazione all'Autorità. Diversamente, infatti, la mancata impugnazione del provvedimento di esclusione dalla gara – comportandone un consolidamento non dissimile da quello prodottosi per tardività del ricorso – implicherebbe l'insindacabilità delle ulteriori sanzioni comminate, siccome strettamente consequenziali.

Va, invece, affermato che – pur a fronte di un identico potere *ex art. 10, comma 1 quater* – la fattispecie che ne legittima l'esercizio (la mancata documentazione nel termine di 10 giorni dalla richiesta del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa) è suscettibile di sindacato autonomo in relazione ai diversi effetti che esso produce, e che creano altrettanti rapporti giuridici sostanziali tra amministrazione e cittadino, suscettibili di convertirsi in rapporti processuali indipendenti.

Il motivo di appello n. 3 è accolto.

Da ciò discende la necessità di esaminare le censure ai provvedimenti di escussione della cauzione e segnalazione all'Autorità riproposte con il quarto motivo di appello.

5. Sotto un primo profilo l'appellante lamenta la violazione dell'art. 10, comma 1 *quater* legge 109/94, essendo il termine ivi previsto di natura ordinatoria ed avendo essa prodotto, sia pure oltre detto termine, la documentazione richiesta.

Il motivo è privo di pregio.

La giurisprudenza del Consiglio è consolidata nel senso della natura perentoria del termine fissato per il controllo a campione (Sez. IV n. 1189/03; Sez. V nn. 2207/02, 6528/03, 2721/04; Sez. VI nn. 278/01 e 17294/04; C.G.A.R.S. n. 44/02), essendosi manifestato qualche dissenso solo con riferimento alla diversa ipotesi dell'aggiudicatario provvisorio.

Gli argomenti richiamati a sostegno dell'anzidetta posizione sono di ordine sia sistematico che letterale, ed il Collegio non ha motivo per ripudiarli.

6. In via subordinata – per l'ipotesi che a detto termine sia riconosciuta natura perentoria – l'appellante solleva il contrasto dell'art. 10, comma 1 *quater* legge 109/94 con il Trattato Ce (artt. 49-55; 81-86; 157), con la Costituzione (artt. 3, 41, 97), con il principio di proporzionalità.

Le questioni di violazione comunitaria o costituzionale, che possono essere congiuntamente esaminate attesa la loro connessione, sono infondate.

La norma censurata esiste nell'ordinamento da numerosi anni ed è stata confermata – come lo stesso appellante ricorda – nel Codice dei contratti pubblici.

Il suo contenuto non contraddice i principi di imparzialità e buon andamento che presidiano il delicato settore delle gare per l'aggiudicazione di appalti pubblici, che anzi ne costituiscono la *ratio* superiore.

Il meccanismo sanzionatorio in essa previsto non sconta, *prima facie*, alcun profilo di collisione con le libertà comunitarie e costituzionali e la tutela della concorrenza. In particolare la circostanza che le sanzioni siano irrogate per il mero inadempimento formale (dun-

que, anche ove l'impresa dimostri – sia pur tardivamente – il possesso dei requisiti) non costituisce un limite alle prestazioni di servizi o allo stabilimento nel territorio nazionale protette dal diritto comunitario né al diritto di iniziativa economica sancito dall'art. 41 Cost., trattandosi di condizioni intrinseche all'organizzazione di impresa, di cui ciascun concorrente è chiamato a tener conto nella preparazione della propria attività. Diversamente opinando ogni regolamentazione di una competizione, sol perché rigorosa, costituirebbe un ostacolo all'esercizio della libertà economica, in spregio al principio che vuole l'interesse egoistico inserito nel quadro dei valori dell'ordinamento giuridico, ai fini dell'identificazione interna dell'area di rilevanza e meritevolezza.

Con ciò, dunque, lasciandosi in disparte ogni questione attinente all'esistenza di motivi di interesse generale che giustificchino – in chiave estrinseca – l'ipotizzato limite.

Quanto, invece, alla dedotta violazione del principio di proporzionalità non si ravvisa l'anzidetta violazione.

Il principio di proporzionalità si articola in tre distinti profili:

a) idoneità-rapporto tra il mezzo adoperato e l'obiettivo perseguito. In virtù di tale parametro l'esercizio del potere è legittimo solo se la soluzione adottata consenta di raggiungere l'obiettivo;

b) necessità-assenza di qualsiasi altro mezzo idoneo ma tale da incidere in misura minore sulla sfera del singolo. In virtù di tale parametro la scelta tra tutti i mezzi astrattamente idonei deve cadere su quella che comporti il minor sacrificio;

c) adeguatezza-tollerabilità della restrizione che comporta per il privato. In virtù di tale parametro l'esercizio del potere, pur idoneo e necessario, è legittimo solo se rispecchia una ponderazione armonizzata e bilanciata degli interessi, in caso contrario la scelta va rimessa in discussione.

L'appellante, lungi dall'evidenziare quale sia il profilo coinvolto nella specie, si limita genericamente a denunciare che l'esercizio del potere sanzionatorio (esclusione + incameramento cauzione + segnalazione all'Autorità) sarebbe sproporzionato allorché l'impresa dimostri – sia pure tardivamente – il possesso dei requisiti.

Senonché tale potere è riconosciuto dal legislatore ed è, come in precedenza evidenziato, vincolato ai presupposti.

Per inficiare la ragionevolezza della norma occorre indicare quali parametri logici o di sistema specifici la scelta di ascrivere siffatto carico sanzionatorio all'inadempimento formale (che inadempimento resta ed esige una sanzione significativa per realizzare l'effetto virtuoso che la norma si propone) mette in crisi.

Al riguardo l'appellante ipotizza una disparità di trattamento tra chi sia privo dei requisiti e chi li dimostri tardivamente (tutti, però, assoggettati alla medesima sanzione), dimentico del fatto che la disparità di trattamento può configurarsi – nelle ipotesi di stessa disciplina per situazioni diverse – solo ove l'elemento di differenza sia significativo rispetto alla fattispecie, sicché l'identica soluzione di casi diversi risulti inadeguata o priva di ragion d'essere.

Senonché, nella specie, l'istituto in esame ha caratteristiche e finalità rispetto alle quali il possesso o meno dei requisiti – comunque non tempestivamente documentati – resta irrilevante, mentre ben potrà rilevare ad altri effetti.

7. Con l'ultima censura l'appellante invoca la violazione di principi e disposizioni di rango ordinario.

La censura è inammissibile.

Ricostruito in senso sfavorevole all'appellante il significato della norma e rigettate le questioni di illegittimità della medesima l'esito è segnato, atteso che l'eventuale contrasto

con principi o disposizioni *aliunde* applicabili è inidoneo – trattandosi di fonti equiordinate – ad impedire l'applicazione al caso della norma che lo regola.

8. In conclusione, in parziale riforma della sentenza appellata, il ricorso di primo grado va rigettato nel merito quanto alla domanda di annullamento dei provvedimenti di incameramento della cauzione provvisoria e di segnalazione all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici. L'esito negativo della fase rescissoria conduce, comunque, a una pronuncia di rigetto dell'appello.

La criticità delle questioni trattate giustifica la compensazione delle spese.

P.Q.M. Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, rigetta l'appello. Spese compensate. Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, palazzo Spada, sede del Consiglio di Stato, nella camera di consiglio del 17 aprile 2007 (...).

La centralità del rischio nella concessione di servizio pubblico

(Consiglio di Stato, sezione quinta, decisione 15 gennaio 2008 n. 36)

Rileva il Consiglio di Stato che l'attrazione del servizio di gestione, manutenzione e sorveglianza del patrimonio stradale comunale nell'ambito della procedura di affidamento della concessione di un servizio pubblico, presenta il duplice vantaggio di assicurare la promozione dello sviluppo economico e civile della comunità locale, nonché di responsabilizzare, direttamente e totalmente, l'operatore privato "terzo" chiamato a rendere, nei confronti dell'utenza, i servizi afferenti il bene "strada".

Avallando un orientamento ormai consolidato in giurisprudenza, anche presso la Corte di Giustizia delle Comunità Europee, il Consiglio di Stato ha ribadito che l'elemento distintivo della concessione è l'assunzione del rischio di gestione, indipendentemente dal fatto che il costo del servizio non sia fatto gravare sugli utenti, in quanto questo elemento assume rilievo soltanto quando il servizio pubblico, per le sue caratteristiche oggettive è divisibile fra quanti, in concreto, ne beneficiano direttamente (Cons. Stato, Sez. V, 30 aprile 2002 n. 2294, citata nella Relazione del Comune alla Commissione europea).

Riconducendo le attività inerenti all'amministrazione e gestione di pubbliche strade (comprendenti manutenzione ordinaria e straordinaria delle stesse) nell'ambito dei servizi pubblici locali ai sensi dell'art. 112 e ss. del Testo Unico degli Enti Locali (Decreto legislativo 8 agosto 2000, n. 267), la strumentalità del bene strada, rispetto all'interesse che il Comune intende realizzare mediante il servizio pubblico di amministrazione e gestione del patrimonio viario, ed il suo affidamento in concessione, risulta evidente dalla complessità ed organicità degli interventi in materia di amministrazione e gestione, rispetto ai quali è cedevole l'aspetto statico della "strada" inteso come bene già esistente e fruibile dalla collettività.

Pertanto è escluso che possa applicarsi la disciplina degli appalti di lavori pubblici proprio perché i lavori finiscono per assumere un carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale dedotto in contratto (art. 2, comma 1, terzo periodo della legge n. 109 del 1994 modificato dall'art. 24, comma 2, della legge 18 aprile 2005 n. 62 – legge comunitaria del 2004).

Dr.ssa Cinzia F. Coduti ^(*)

^(*) Dottore in Giurisprudenza, ammessa alla pratica forense presso l'Avvocatura dello Stato.

L'argomento risulta più ampiamente trattato in CINZIA F. CODUTI, "Appalto pubblico o concessione di servizi? La Corte enfatizza il criterio del rischio" (Corte di giustizia delle Comunità europee, sezione seconda, sentenza 18 luglio 2007, nella causa C-382/05), in *questa Rassegna*, 2007, n.2, p. 64.

Consiglio di Stato, sezione quinta, decisione 15 gennaio 2008 n. 36 – Pres. E. Frascione – Est. C. Millemaggi Cogliani – R.G. s.p.a., con Cons. S.S. e V.L. s.p.a. (Avv.ti R. Ferola, R. Barberis e S. Vinti); Comune di Roma, in persona del Sindaco in carica (Avv.ti A. Graziosi ed E. Lorusso – Avvocatura comunale) c/ M. s.c.p.a. (già M. s.c.r.l.) ed altri (Avv.ti G. e G. Pellegrino); e nei confronti di M.F.M. s.p.a. ed altri (Avv.ti F. Mastragostino e P. Piselli), nei confronti del Comune di Roma e di R. G. s.p.a.; con l'intervento *ad opponendum* del Conscoop (Avv.ti F. Satta, B.G. Carbone, R. Docimo e F. Lattanzi); e con l'intervento *ad opponendum* di V.L. s.p.a. (Avv. M. Sanino).

«(...) *Fatto*

1.1.- Con bando pubblicato all'Albo pretorio dal 31 dicembre 2005 al 12 aprile 2006, il Comune di Roma ha indetto un pubblico incanto per l'affidamento in concessione del pubblico servizio di gestione, manutenzione e sorveglianza del patrimonio stradale comunale (Grande viabilità), da aggiudicarsi con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per un importo a base d'asta per tutto il periodo della concessione (2006/ 2014) pari a € 576.666.672,00, più IVA.

Hanno partecipato alla gara, tra l'altro, le imprese M. s.c.p.a., M.F.M. s.p.a. e R.G. s.p.a., tutte e tre in proprio e nella qualità di mandatarie, capogruppo delle ATI costituite o da costituire (...).

Conclusa la fase di valutazione delle offerte, il 19 ottobre 2006 il seggio di gara ha formato la graduatoria provvisoria, nel cui ambito si sono collocate, al primo ed al secondo posto, rispettivamente, la ATI di cui è capogruppo mandataria la R.G. s.p.a. (punti 95,738) e la ATI di cui è capogruppo la M. s.p.a. (punti 81,472), mentre al terzo posto si è collocata la ATI M. (punti 75,79507).

Nella stessa data, il seggio di gara ha inviato le offerte delle ATI graduate ai primi due posti, per la valutazione dell'eventuale anomalia, all'apposita commissione, la quale ha esaminato solo quella dell'ATI R.G. s.p.a., giudicandola congrua.

Con determinazione dirigenziale n. 2394 del 30 novembre 2006, il Comune di Roma ha, infine, aggiudicato alla ATI R.G. s.p.a. la concessione del pubblico servizio *de quo*.

La terza graduata – che si è, in un primo tempo rivolta all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici la quale, con determinazione n. 24 del 6 febbraio 2007, ha espresso parere non vincolante negativo sull'aggiudicazione a favore dell'ATI R.G. s.p.a., ritenendone illegittima l'ammissione a gara, per violazione dell'art. 17, comma 9, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 (mentre è stata invece archiviata analoga questione sollevata davanti alla Commissione europea) – ha proposto impugnazione davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, per l'annullamento:

a) della determinazione dirigenziale n. 2394 del 30 novembre 2006, con cui il Comune di Roma ha aggiudicato alla controinteressata ATI R.G. s.p.a. la concessione del pubblico servizio in questione;

b) di tutti gli atti presupposti e, in particolare, l'ammissione a detta gara delle due prime classificate, la valutazione delle loro offerte e la graduatoria provvisoria, di cui al verbale del seggio di gara in data 19 ottobre 2006, nella parte in cui colloca l'ATI R.G. s.p.a. al primo posto e l'ATI M. al secondo;

c) – nonché di ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale e, in particolare, degli eventuali provvedimenti d'affidamento dell'appalto e della stipulazione del relativo contratto.

La ATI M., nel ricorso introduttivo, e, successivamente, con motivi aggiunti (a seguito di ulteriore accesso agli atti di gara), deduceva un articolato gruppo di censure avverso l'am-

missione alla procedura di ciascuna delle due ATI collocatesi rispettivamente ai primi due posti, fra l'altro lamentando vizi ed omissioni nella valutazione dell'anomalia.

Il Comune di Roma e le controinteressate si sono costituite in giudizio, resistendo all'impugnazione, quanto alle parti private proponendo anche ricorso incidentale avverso l'ammissione alla gara della ricorrente principale e mettendo, dunque, in discussione, l'interesse della medesima all'impugnazione.

1.2. Con sentenza n. 4315/2007 dell'11 maggio 2007 (la cui pubblicazione è stata preceduta dal dispositivo n. 135/2007 del 23 aprile 2007) la Sezione II del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio ha accolto il ricorso principale ed ha, conseguentemente, annullato gli atti impugnati, con salvezza degli ulteriori atti dell'Amministrazione, compensando fra le parti costituite le spese del giudizio.

Il giudice di primo grado, muovendo da una minuziosa ricostruzione del percorso attraverso cui il Comune di Roma è pervenuto alla indizione della gara, è giunto a conclusioni che possono essere sinteticamente riassunte come segue:

1°- malgrado la qualificazione data all'oggetto della gara dalla stazione appaltante (concessione di pubblico servizio *ex art.* 113 del D.lg. 267/2000), si verte in un ambito in cui, per la prevalenza dei lavori, troverebbero applicazione le norme sulle procedure di appalto di lavori pubblici;

2°- non sarebbe fondata alcuna delle censure dedotte – con ricorsi incidentali – dalla aggiudicataria e dalla seconda classificata avverso l'ammissione alla gara della ricorrente principale;

3°- sarebbero al contrario fondate la gran parte delle censure volte a contestare l'ammissione alla gara delle due concorrenti collocatesi ai primi due posti in graduatoria.

2. Avverso l'anzidetta sentenza (con immediata impugnazione del dispositivo e successivamente alla pubblicazione della sentenza, con rituale proposizione di motivi aggiunti) hanno proposto appelli principali (separatamente rubricati) il Comune di Roma e la R.G., in proprio e nella qualità; ha proposto appello incidentale autonomo (inserito nel fascicolo relativo al ricorso n. 3948/2007) la M. s.p.a.

Sono intervenuti (con atti depositati sul ricorso in appello n. 3946/2007):

a) *ad adiuvandum*, la V.L. s.p.a., mandante della ATI costituita con la R. G.;

b) *ad opponendum*, il Conscoop, a sua volta mandante del raggruppamento L.

Si è costituita, resistendo agli appelli (principali ed incidentale) la M., in proprio e nella qualità, unitamente alle mandanti.

3. La Sezione, con ordinanza 3215/07 del 26 giugno 2007, ha accolto le istanze cautelari proposte dagli appellanti.

Successivamente, le parti hanno depositato ulteriori scritti difensivi con cui hanno ribadito le rispettive posizioni, in particolare, la M. con il richiedere che la sentenza appellata sia confermata nella parte in cui annulla l'ammissione alla gara della ATI aggiudicataria e l'aggiudicazione alla stessa della concessione.

Gli appelli sono stati, infine, chiamati alla pubblica udienza del 20 novembre 2007 e trattenuti in decisione.

Diritto

1. Gli appelli devono essere riuniti, per essere decisi contestualmente, riguardando la medesima sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio.

Possono essere ammessi i contrapposti interventi (*ad adiuvandum* ed *ad opponendum*), in quanto proposti da soggetti destinati, nelle rispettive posizioni, a risentire degli effetti della decisione.

2.1. La questione all'esame della Sezione investe la procedura aperta per l'affidamento della concessione del pubblico servizio di gestione, manutenzione e sorveglianza del patrimonio stradale del Comune di Roma, relativo alla c.d. Grande Viabilità.

Trattasi di procedura indetta dal Comune di Roma, a norma dell'art. 113, comma 5, del vigente testo unico degli enti locali, in attuazione del disegno politico – da molti anni allo studio – di dare corso ad una serie di interventi concernenti circolazione e traffico nelle strade di grande viabilità della rete viaria del Comune di Roma (estesa per circa 5.500 Km, di cui 800 circa di G.V.), non soltanto di carattere manutentivo, ma, coordinati ed organizzati, comprendenti l'attività di gestione complessiva del patrimonio stradale e innovativi, negli strumenti e nelle finalità, anche mediante trasferimento di potestà pubbliche.

Superate l'ipotesi dell'appalto attraverso cui si è provveduto tradizionalmente alle problematiche meramente lavoristiche relative al patrimonio stradale e quella del *global service* (di più recente utilizzazione e comprendente una pluralità di attività qualificabili come servizio e lavori) in quanto ritenute inidonee a garantire il soddisfacimento, in modo continuativo, delle esigenze della collettività locale, con particolare riferimento ai servizi di sorveglianza e pronto intervento sulle strade, il Comune ha ritenuto che – al fine di assicurare la promozione dello sviluppo economico e civile della comunità locale, con specifico riferimento alle esigenze relative alla grande viabilità, ed al relativo traffico sulla corrispondente rete stradale – lo strumento maggiormente idoneo fosse rappresentato dalla diretta e totale responsabilizzazione dell'operatore privato "terzo" chiamato a rendere, nei confronti dell'utenza, i servizi afferenti il bene "strada" conseguibile mediante la concessione del pubblico servizio locale.

Si è quindi proceduto alla qualificazione, come pubblico servizio locale, del complesso delle attività che soddisfano le esigenze di circolazione nel territorio, al fine di garantire l'assolvimento in maniera coordinata e continuativa (deliberazione della Giunta n. 1022/2004; deliberazione consiliare n. 187/2005; deliberazione di Giunta n. 683/2005), e, infine, alla approvazione del disciplinare e del bando, con la successiva indizione della gara.

2.2. La controversia pone in discussione, in questo grado del giudizio, con l'ammissione alla gara di tutte e tre i raggruppamenti contendenti, quello della riconducibilità (o meno) della fattispecie alla figura della concessione di pubblico servizio (come testualmente definita dalla stazione appaltante), per avere, il giudice di primo grado ascritto l'oggetto al novero dei contratti disciplinati dalla legge n. 109/1994 (avendo ritenuto di riconoscere le connotazioni di un appalto-concessione misto, con prevalenza dei lavori, contestata dagli appellanti principali).

Su tale aspetto si incentra il primo motivo dell'appello del raggruppamento aggiudicatario, che denuncia, con l'errore della qualificazione, anche il vizio di ultrapetizione.

Il Comune di Roma affronta anch'esso il problema, nell'ambito del primo dei motivi aggiunti, volto a censurare la sentenza impugnata soprattutto nella parte in cui afferma l'incompatibilità della prima classificata, desunta, dalla ritenuta violazione dell'art. 17 comma 9, della legge n. 109 del 1994 che il giudice di primo grado ha ritenuto applicabile al caso, *ratione materiae*).

L'appellante incidentale, difesa la propria posizione, condivide, al contrario, per tale parte, la sentenza di primo grado e ne chiede la conferma.

3.1. La Sezione – pur non disconoscendo l'esigenza della individuazione del quadro normativo di riferimento, cui appare preordinata, nella sentenza impugnata, la qualificazione dell'oggetto dell'affidamento – ritiene di non potersi sottrarre alle regole che, nel processo amministrativo, prefigurano un ordine di priorità, volto, innanzitutto ad accertare se sus-

sista o meno l'interesse del concorrente pretermesso ad impugnare gli atti relativi ad una pubblica gara dalla quale doveva essere escluso.

In argomento, vengono in primo piano due ragioni di esclusione della ATI che ha proposto il ricorso principale in primo grado, che sono state sollevate da entrambe le parti private in quel grado del giudizio, e che vengono riproposte in questa sede dalla aggiudicataria, con appello principale e dalla seconda classificata, con appello incidentale autonomo.

Si tratta della mancata allegazione, alla domanda di partecipazione alla gara della terza classificata, delle dichiarazioni relative alla inesistenza di procedimenti penali in corso e sentenze di condanna – richieste a pena di esclusione dal paragrafo III. 2.1.1), n. 3, lett. b) del bando e dal paragrafo 3, lett. b) del disciplinare di gara – per il Vice Presidente del Consorzio M. (mandante) e per l'institore della C.B. s.r.l. (aderente al suddetto Consorzio).

3.2. La sentenza impugnata ha respinto le censure, aderendo alla tesi difensiva secondo cui, ancorché munito di ampi poteri rappresentativi in base allo statuto consortile, la funzione meramente vicaria spettante al Vice Presidente (ovvero, la possibilità di agire soltanto in caso di assenza o di impedimento del Presidente), rendendo meramente ipotetici e non attuali i poteri di rappresentanza, esonererebbe dall'obbligo di rendere la dichiarazione; analogamente nessuna dichiarazione andrebbe resa dall'institore che è mero procuratore della società.

3.3. La tesi non può essere condivisa.

Deve darsi atto che né il bando né il disciplinare di gara contengono una enumerazione di soggetti obbligati a rendere la dichiarazione: l'uno e l'altro la esigono genericamente da parte di chi è titolare della rappresentanza legale; l'obbligo è imposto a pena di decadenza.

La fonte statale di riferimento – allo stato, l'art. 38 comma 1, lett. b) del decreto legislativo n. 163 del 2006 che sostituisce, in tema di requisiti di ordine generale, l'art. 75 del d.P.R. n. 554 del 1999 e l'art. 17 del d.P.R. n. 34 del 2000, conglobando, nella disciplina unitaria, le cause di esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi – testualmente adopera anch'essa una formula di amplissima portata.

La Sezione ritiene che le due formule, piuttosto che limitare l'ambito di applicazione delle relative norme, intendano assumere come destinatari tutti i soggetti-persone fisiche che, essendo titolari del potere di rappresentanza della persona giuridica, sono comunque in grado di trasmettere, con il proprio comportamento, la riprovazione dell'ordinamento nei riguardi della loro personale condotta, al soggetto rappresentato (salvo che quest'ultimo non abbia a sua volta manifestato una decisiva e chiara dissociazione dal comportamento del proprio rappresentante).

3.4. Deve ritenersi, quindi, che il primo criterio da seguire per l'individuazione dei soggetti obbligati, con riferimento alle persone giuridiche (e dunque alle società di capitale ed ai consorzi dotati di personalità), è costituito dalla riconoscibilità ed ufficialità del potere della persona fisica di trasferire direttamente, al soggetto rappresentato, gli effetti del proprio operare.

La Sezione, pronunciandosi su differente fattispecie, ha espresso l'orientamento (per tutte, Cons. Stato, Sez. V, 20 settembre 2005 n. 4856), secondo cui il criterio interpretativo da seguire (al fine di individuare la persona fisica, rispetto alla quale, nell'ambito del rapporto societario, assume rilievo la causa di esclusione, e, dunque, il soggetto tenuto alla dichiarazione sostitutiva, richiesta, a pena di decadenza, dal bando di gara) consiste nel ricercare, nello statuto della persona giuridica, quali siano i soggetti dotati di poteri di rappresentanza.

Secondo tale orientamento, da cui non vi è ragione di discostarsi, non assume, invece, rilievo che i poteri di rappresentanza possano essere esercitati soltanto in funzione vicaria;

conta, infatti, in concreto, la titolarità del potere e non anche il suo esercizio, per di più nel caso in cui, come nella specie, lo stesso statuto abiliti il soggetto a sostituire in qualsiasi momento e per qualsiasi atto, il titolare principale della rappresentanza, senza intermediazione di autorizzazione o di investitura ulteriore, e, sostanzialmente senza controllo sulla effettività dell'impedimento e della assenza.

Ciò è quanto previsto nello statuto del Consorzio M., che, non soltanto stabilisce che, in caso di assenza o impedimento del Presidente, le sue funzioni sono esercitate dal Vice Presidente, ma attribuisce a quest'ultimo amplissimi poteri sostitutivi, disponendo che la firma del Vice Presidente “*fa fede nei confronti di chiunque dell'assenza o dell'impedimento del Presidente*”.

Non può dubitarsi che, nel caso in esame, è assai labile il confine fra titolarità ed esercizio effettivo del potere di rappresentanza.

Cosicché non si può sfuggire all'obbligo imposto dalla norma di rendere, con riguardo al Vice Presidente, la dichiarazione, in forza della vicarietà della funzione, in quanto ciò implicherebbe il superamento della volontà normativa (della fonte statale) e negoziale (della legge speciale che regola la procedura), espresse nella formula letterale che punta alla titolarità e non anche al suo esercizio.

L'esattezza dell'interpretazione trova conferma nella riflessione che, stante l'immediatezza della titolarità del potere conferito al Vice Presidente con la funzione, il suo esercizio (condizionato alla mera assenza o impedimento) può aversi in qualsiasi momento della vita sociale, solo che si verifichi il presupposto, di cui, peraltro, fa fede piena “nei confronti di chiunque” la firma del Vice Presidente e può esservi stato, pertanto, in momenti che l'ordinamento considera particolarmente significativi (il triennio anteriore alla pubblicazione del bando) ai fini del possesso dei requisiti generali di partecipazione della rappresentata.

Cosicché è contrario ad una corretta e ragionevole esegesi il ritenere che la dichiarazione non dovesse essere resa per il soggetto in questione.

3.5. Nello stesso senso sono le conclusioni riguardanti l'institore.

Si tratta di una figura la cui definizione si rinviene immediatamente nel codice civile, sistematicamente inserita nella sezione dedicata alle disposizioni particolari per le imprese commerciali (Libro quinto – capo III – Sez. III), nel primo articolo del paragrafo 1 (art. 2203) dedicato appunto alla “rappresentanza”; per indicazione normativa, institore è “*colui che è preposto dal titolare all'esercizio di un'impresa commerciale*”, in posizione differente dal mero procuratore (art. 2209) cui l'imprenditore conferisce il potere di compiere, per lui, gli atti inerenti all'esercizio di un'impresa pur non essendo preposta ad esso.

La preposizione institoria, peraltro, è, in ogni caso caratterizzata dalla ampiezza dei poteri rappresentativi e di gestione, che fanno dell'institore un *alter ego* dell'imprenditore con analoghi poteri, sia pure limitatamente al ramo di attività o alla sede cui il soggetto è preposto (Cass. Civ., Sez. II. n. 2020 del 1993).

L'ampiezza è tale che “*la rappresentanza si reputa generale*”, allorché particolari limitazioni non siano rese pubbliche nelle forme di legge.

La figura professionale compare nelle certificazioni della camera di commercio relative all'impresa: nel caso in esame, la conoscenza della preposizione institoria si ha appunto tramite il certificato che l'amministratore unico e legale rappresentante della C.B. ha allegato alla sua dichiarazione.

Ritiene la Sezione, sulla base dei rilievi che precedono, che l'institore è titolare di una posizione corrispondente a quella di un vero e proprio amministratore, munito di poteri di rappresentanza, cosicché deve anche essere annoverato fra i soggetti tenuti alla dichiarazione.

3.6. Ne consegue, in definitiva, che la costituenda ATI, capeggiata da M., nel non depositare le dichiarazioni relative ai soggetti di cui si è trattato, è incorsa in una omissione, la cui sanzione è l'esclusione dalla gara.

A ciò non è dato sopperire sulla base dell'art. 16 del D.Lgs. n. 157 del 1995.

Non si verte, infatti, in ipotesi di contravvenzione ad una clausola ambigua e di dubbio significato; al contrario, la regola concorsuale, che non enumera i soggetti tenuti a rendere la dichiarazione, ma li individua sulla base della titolarità del potere di rappresentanza (senza alcuna limitazione ed eccezione) mette in giuoco la conoscenza delle definizioni giuridiche, fissate con carattere generale dallo stesso legislatore, che non ammette ignoranza.

Ciò rende evidente che non può farsi applicazione di una disposizione che, per pacifico e condiviso orientamento giurisprudenziale non è utilizzabile per supplire alla omessa produzione del documento richiesto a pena di esclusione dalla gara, se non in violazione della *par condicio* fra i concorrenti (per tutte, Cons. Stato, Sez. V, n. 2191 del 22 aprile 2002 e n. 1068 del 6 marzo 2006).

3.4. In conclusione i ricorsi incidentali dovevano essere accolti, per i profili fin qui esaminati, con consequenziale declaratoria di inammissibilità della impugnazione proposta dalla concorrente collocatasi al terzo posto, per mancanza di interesse all'impugnazione.

In questo senso deve essere riformata la sentenza appellata, in accoglimento degli appelli, i cui restanti motivi (concernenti lo specifico problema della ammissione alla gara della terza classificata) devono essere assorbiti, per economia processuale.

4.1. La posizione assunta dalla seconda classificata nel presente grado del giudizio (con la richiesta di conferma della sentenza nella parte in cui annulla aggiudicazione ed ammissione alla gara della aggiudicataria) non consente invece di ritenere esaurito l'interesse alla decisione degli appelli principali, in capo ai rispettivi proponenti.

4.2. In primo piano è il problema della qualificazione dell'oggetto di gara.

4.3. Di percezione immediata è il vizio di ultrapetizione nel quale è incorso il giudice di primo grado, con il procedere alla revisione della definizione dell'oggetto della procedura posta in essere dal Comune di Roma.

Sotto l'apparente ricerca del quadro normativo applicabile alla procedura, il giudice di primo grado ha esercitato un penetrante sindacato sulle scelte dell'amministrazione comunale, che investe, prima ancora che la qualificazione *ex se*, il modello gestionale prescelto, e l'obiettivo perseguito, senza che le decisioni presupposte ed i provvedimenti attuativi fossero stati fatti oggetto di impugnazione.

L'accenno fatto in sentenza al procedimento avviato, su denuncia, dalla Commissione EU, senza alcun approfondimento della relazione a firma del Sindaco, che ne ha determinato l'archiviazione, evidenzia la totale disattenzione al contenuto vincolante degli atti che, attraverso articolati passaggi, hanno segnato il processo formativo della decisione di qualificare il servizio pubblico locale di cui si tratta, con la decisione di affidarne la concessione al terzo mediante pubblica gara.

Invero, tutta la parte della sentenza che rinviene nella disciplina statale degli appalti di lavori pubblici il modello regolamentare della procedura, è viziata – all'origine – dall'errore nel quale è incorso il giudice di primo grado nel ritenere di poter prescindere dalle deliberazioni con le quali il Comune ha provveduto alla qualificazione del servizio, a norma dell'art. 112 del testo unico n. 267 del 2000 ed ha deciso di conferirlo mediante gara a norma dell'art. 113, comma 5 del suddetto testo unico, optando per il modello gestionale della concessione.

Ritiene, al contrario, la Sezione, che la natura e la qualificazione dell'oggetto dell'affidamento e la disciplina della procedura, in assenza di impugnazione dei suddetti atti, non

potessero che essere desunte direttamente dal bando e dal disciplinare, costituenti la legge speciale, anch'essa non impugnata e vincolante.

In tale contesto assumono rilievo (come sottolineato dalla difesa del Comune appellante):

1°) la descrizione/oggetto della concessione, testualmente (punto II.1.6), nel senso che *“la concessione ha per oggetto la gestione del servizio pubblico relativo al patrimonio stradale rientrante nella cosiddetta Grande Viabilità”* ovvero, *“segnatamente”*, le attività concernenti:

a) *Centrale di Governo, comprensiva dell'attività di gestione dei dati del censimento, monitoraggio e controllo di tutti i settori;*

b) *pronto intervento, sorveglianza stradale e manutenzione ordinaria;*

c) *recupero e valorizzazione del patrimonio stradale oggetto di gara, manutenzione straordinaria;*

2°) l'indicazione dei codici di nomenclatura (C.P.V. 70330000 e CPC 82201-82202 (punti II.1.8.1 e II 1.8.2) relativi ai *“servizi di amministrazione e gestione per conto terzi”*

3°) la clausola di cui al punto III.1.3., che, in caso di raggruppamento, richiede che il ruolo di capogruppo mandataria sia ricoperto *“dal soggetto che svolgerà l'attività di cui al punto II.1.6, lettera a) ovvero centrale di governo comprensiva delle attività di gestione dei dati del censimento, monitoraggio e controllo di tutti i dati”*, alla quale si correla (quanto alla capacità tecnica richiesta) la clausola di cui al punto III.2.1.3, che richiede al concorrente singolo o alla mandataria (nel caso di associazione temporanea) il possesso del fatturato specifico – nel triennio 2002-2003-2004 – *“per i servizi di gestione integrata di patrimoni immobiliari per conto terzi non inferiore ad EURO 30.000.000,00 (Euro trentamiloni/00) con l'elenco dei servizi, degli importi e dei committenti”*;

3°) il rinvio espresso al D.Lgs. 157/1995, per ciò che concerne i criteri di aggiudicazione.

È in tale contesto che deve essere accertato se vi sia spazio per l'applicazione di disposizioni direttamente rinvenute nella disciplina statale degli appalti di lavori pubblici.

4.4. Orbene, è indubitabile che nell'ambito dell'affidamento siano comprese prestazioni riconducibili alla categoria dei lavori: vi rientra certamente la manutenzione straordinaria ed è discutibile se vi rientri o meno quella ordinaria.

Tuttavia, il criterio quantitativo, cui si rifà la sentenza impugnata – sulla base dell'art. 2, comma 1, secondo periodo, della legge n. 109 del 1994 – è erroneamente assunto senza tenere conto del terzo periodo dello stesso comma (modificato dall'art. 24, comma 2, della legge 18 aprile 2005 n. 62 – legge comunitaria del 2004) in forza del quale, il precetto di cui al secondo periodo *“non si applica ove i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale dedotto in contratto”*.

La norma indica dunque quale debba essere il percorso interpretativo e lo individua nella volontà negoziale dell'Amministrazione, quale enunciata negli appositi atti.

Sono gli strumenti di gara e gli atti presupposti la sede nella quale ricercare l'«oggetto principale», al fine di stabilire se sussista o meno una relazione di accessorietà dei lavori rispetto ai servizi, nelle procedure miste in cui l'affidamento comprenda gli uni e gli altri.

4.5. Nel caso in esame l'accessorietà dei lavori rispetto al servizio pubblico è reso evidente, nel bando come nel disciplinare, nella clausola che richiede al concorrente singolo ed alla impresa mandataria (in caso di raggruppamento) il requisito prioritario del fatturato specifico – nel triennio 2002-2003-2004 – *“per i servizi di gestione integrata di patrimoni immobiliari per conto terzi non inferiore ad EURO 30.000.000,00 (Euro trentamiloni/00) con l'elenco dei servizi, degli importi e dei committenti”* e nell'altra che esige, in caso di raggruppamento, che il ruolo di capogruppo mandataria sia ricoperto *“dal soggetto che svolge-*

rà l'attività di cui al punto II.1..6, lettera a) ovvero centrale di governo comprensiva delle attività di gestione dei dati del censimento, monitoraggio e controllo di tutti i dati".

La coerenza di tali indicazioni con gli obiettivi fissati negli atti presupposti non possono ingenerare alcun dubbio sulla prevalenza annessa ai servizi e sul carattere di accessibilità della manutenzione (ordinaria e straordinaria) rispetto ad essi.

4.5. A parte ciò, non sfuggono gli errori in cui incorre la sentenza impugnata nel ritenere la non riconducibilità di attività inerenti all'amministrazione e gestione di pubbliche strade (comprendenti manutenzione ordinaria e straordinaria delle stesse) nell'ambito dei servizi pubblici locali (in argomento, la Sezione si è già espressa in termini favorevoli con la decisione n. 7369 del 13 dicembre 2006).

Invero la finalità della realizzazione dei "*fini sociali*" e della promozione dello "*sviluppo economico e civili delle comunità locali*" cui si ispira la facoltà conferita all'Ente locale dall'art. 112 del testo unico di cui al decreto legislativo n. 267 del 2000, non incontra limiti nella preesistenza della "rete", strumentale alla prestazione del servizio.

L'art. 112 del testo unico coglie, infatti, l'essenza stessa dell'autonomia organizzativa, amministrativa e finanziaria dell'ente locale ed in particolare del Comune, che – come la stessa sentenza impugnata riconosce – è Ente a fini generali, cui spetta di determinare da sé i propri scopi ed in particolare di decidere su quali beni della vita della collettività debba convergere la scelta politico-amministrativa di soddisfarne gli interessi in modo continuativo e coordinato.

La strumentalità del bene strada, rispetto all'interesse che il Comune intende realizzare mediante il servizio pubblico di amministrazione e gestione del patrimonio viario, ed il suo affidamento in concessione, è resa evidente dalla complessità ed organicità degli interventi la cui consistenza maggiore è appunto rappresentata dalle attività e dalle prestazioni strettamente riconducibili alla amministrazione e gestione, rispetto alle quali è cedevole l'aspetto statico della "strada" inteso come bene già esistente e fruibile dalla collettività.

Quanto, poi, al modello gestionale prescelto, la Sezione non può che condividere gli argomenti che il Comune, nella sua relazione, ha contrapposto alla Commissione europea, che, ponendo a base delle sue obiezioni la sentenza della Corte di Giustizia 7 dicembre 2000 nella causa C-324/98, aveva osservato come le attività oggetto di affidamento fossero remunerate esclusivamente mediante il pagamento di un prezzo, non essendo prevista alcuna forma di remunerazione legata alla gestione del servizio.

La giurisprudenza formatasi sulla materia ha già avuto modo di chiarire che non incide sulla qualifica di servizio pubblico locale il fatto che il servizio sia, o meno, subordinato al pagamento di un corrispettivo (Cons. Stato, Sez. V, 16 dicembre 2004 n. 8090).

Nel citato precedente si è anche avuto modo di precisare che il fatto che il Titolo V del testo unico n. 267 del 2000 disciplini anche i criteri per la determinazione e la riscossione delle tariffe non esclude dall'ambito dei servizi pubblici locali quelli erogati senza un corrispettivo, allorché le prestazioni siano strumentali all'assolvimento delle finalità sociali dell'Ente; mentre, sotto differente profilo, è stato anche precisato che l'elemento distintivo della concessione (ovvero l'assunzione del rischio di gestione) non resta escluso dalla circostanza che il costo del servizio non sia fatto gravare sugli utenti, in quanto questo elemento assume rilievo soltanto quando il servizio pubblico, per le sue caratteristiche oggettive è divisibile fra quanti, in concreto ne beneficiano direttamente (Cons. Stato, Sez. V, 30 aprile 2002 n. 2294, citata nella Relazione del Comune alla Commissione europea).

4.5. Con ciò deve ritenersi risolto ogni dubbio interpretativo, anche in ordine alla non immediata applicabilità della disposizione contenuta nell'art. 17, comma 9 della legge n. 109 del 1994 alla pretesa situazione di incompatibilità che si sarebbe venuta a creare nei

riguardi della impresa aggiudicataria per il fatto che il dott. B., amministratore unico della S. s.p.a. (a sua volta consorziata del mandante Consorzio S.S.), è stato, per un certo periodo, anteriore alla formazione degli atti di gara, Presidente del Consorzio e, contemporaneamente, componente del consiglio di amministrazione della Società Risorse per Roma (società partecipata dal Comune per il 75% ed affidataria di attività di supporto/consulenza per l'elaborazione degli atti di gara e, fra l'altro, chiamata, poi, a coadiuvare il Comune nella valutazione delle offerte, compresa, ai fini della anomalia, quella della prima classificata).

La sentenza di primo grado sembra anettere significato pregnante al parere non vincolante espresso dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture con delibera n. 24 del 6 febbraio 2007, in ordine alla non conformità all'art. 17, comma 9, della legge n. 109/1994 "dell'aggiudicazione dell'appalto in questione" alla A.T.I. R.G. s.p.a./ P.L. s.p.a./ Consorzio S.S.

Di tale parere occorre mettere subito in chiaro le inesattezze che l'hanno condizionato: a parte, infatti, l'immotivata qualificazione del modello di affidamento ("appalto", in luogo di "concessione" in contrasto con le stesse premesse descrittive contenute nel "considerato in fatto"), è erronea l'affermazione, in diritto, che il bando di gara conterrebbe un espresso rinvio alle norme sugli appalti di lavori pubblici di carattere generale, tale da potervi agganciare, per volontà della stessa amministrazione, l'applicazione analogica, al caso in esame, dell'art. 17, comma 9 della legge n. 109/1994.

Invero, il rinvio alla legge in questione, eccezionalmente richiamata con riferimento alla facoltà di cui all'art. 10 comma 1 *ter* (introdotto dalla legge 14 maggio 2005 n. 80) è del tutto eccezionale e, come si evince, sia dal contenuto della norma, sia sistematicamente, dal suo inserimento al punto II.2.2) del bando, con esclusivo riguardo alla opzione ivi contemplata senza assurgere affatto a regola generale del procedimento di scelta del contraente.

Chiarito tale aspetto, la Sezione, sulla base dei convincimenti in precedenza espressi, deve innanzitutto negare che il caso ricada nell'ambito di diretta applicabilità della norma di cui è denunciata la violazione, e, d'altra parte, rilevare che non è neppure aderente alla fattispecie astrattamente considerata, come del resto riconosciuto nella stessa sentenza impugnata.

Ne deriva una pluralità di conseguenze ostative alla utilizzazione della presunzione assoluta di incompatibilità, cui, al contrario, ha fatto ricorso il giudice di primo grado.

Come è stato correttamente ricordato dalla difesa della R. G. si verte in un ambito nel quale la Corte di giustizia delle Comunità europee ha espresso un deciso monito, nel senso della illegittimità di una legge nazionale che precluda la partecipazione a una gara di imprese in qualunque modo riconducibili ad un soggetto che abbia svolto prestazioni di progettazione relativamente alle specifiche opere, attività, forniture e servizi oggetto di gara "senza prima concedere la possibilità di dimostrare che tale circostanza non falsi la concorrenza" (in questo senso, la sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee 3 marzo 2005 nelle cause riunite C-21/03 e C34/03).

L'indicazione vincolante che ne deriva, impone anche un rigoroso criterio applicativo del principio generale desumibile dalla disposizione contenuta nell'art. 17, comma 9, più volte citato, nel senso che non può ritenersi sussistente alcuna incompatibilità allorché manchino indizi seri, precisi e concordanti che il partecipante alla gara, o il soggetto a questo collegato abbia rivestito tanta parte nell'indirizzo della scelte dell'amministrazione o ne abbia ricevuto un tale flusso di informazioni riservate da falsare la concorrenza.

Nel caso in esame, elementi tutti convergenti devono indurre a negare la sussistenza di siffatti elementi, seri, precisi e concordanti.

In primo luogo deve convenirsi che non è rinvenibile un'attività analogicamente assimilabile alla progettazione in senso tecnico, nella consulenza resa dalla Società R. R. in

favore del Comune, attraverso i propri uffici ed i professionisti che hanno sottoscritto i pareri, le relazioni di ricerca e quant'altro il Comune ha poi utilizzato come base istruttoria per la redazione del bando e degli ulteriori documenti di gara.

Non costituisce, infatti, progettazione in senso tecnico, l'individuazione del quadro dei fabbisogni, nel cui ambito è stata svolta la consulenza della società R. R.

Peraltro il Dr. B., in qualità di mero componente del Consiglio di amministrazione della società anzidetta (designato dalla Provincia) è stato titolare di una posizione che non attribuiva competenze di sorta in ordine all'attività di consulenza degli uffici, di cui i singoli professionisti hanno assunto paternità e responsabilità. L'accesso, in concreto, ad informazioni riservate e non pubblicizzate dal Comune o la possibilità di indirizzarne le scelte (in modo da favorire la società cui poi è stato conferito il mandato della costituenda ATI) non è stato in alcun modo provato ed è anzi smentito dagli atti, per avere il Comune variamente pubblicizzato, in varie fasi, il proprio disegno operativo e per non avere avuto, il Dr. B., nella società di consulenza, in ragione della carica, una posizione che gli desse voce in capitolo sulla attività degli uffici e dei professionisti facenti capo alla R. R.

Di contro, la cessazione da ogni incarico nel Consorzio S. S. nel luglio del 2005 (e cioè ben prima che la società R. R. mettesse a punto l'attività di consulenza e che il Comune di Roma assumesse poi le proprie decisioni) e la partecipazione per una quota minima al Consorzio medesimo (inferiore al 7% del capitale sociale) sono fattori che escludono in radice una posizione dominante e di controllo.

Analogamente non è ipotizzabile, sulla base di mera presunzione, l'interferenza della formulazione dell'offerta da parte della mandataria, ad essa sola riservata, per espressa volontà delle mandanti.

Nel citato contesto, dunque, e in assenza di prove offerte, anche in questo grado del giudizio, in ordine alla asserita incompatibilità, le censure contenute al riguardo nel ricorso di primo grado devo essere ritenute infondate.

6. In conclusione, sulla base del complesso degli elementi che precedono, gli appelli principali devono essere accolti per quanto di ragione, deve essere accolto in parte l'appello incidentale della seconda classificata, e, conseguentemente, in riforma della sentenza appellata, devono essere accolti, per quanto di ragione, il ricorso incidentale proposto in primo grado da R.G. S.p.a., in proprio e nella qualità, ed, in parte quello della II classificata e respinto in parte ed in parte dichiarato inammissibile il ricorso principale di M. s.c.p.a. in proprio e nella qualità.

La formula del dispositivo pubblicato deve essere corretta, nel senso del depennamento delle parole "respinge gli altri appelli incidentali", trattandosi di mero errore redazionale.

Considerata la complessità della questione devono essere compensate interamente le spese del giudizio.

P.Q.M. Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) riunisce gli appelli; ammette gli spiegati interventi; accoglie per quanto di ragione, gli appelli principali e in parte quello incidentale autonomo della ATI capeggiata da M.F.M. S.p.a.; per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie, per quanto di ragione il ricorso incidentale proposto in primo grado da R.G. S.p.a., in proprio e nella qualità, ed, in parte quello della II classificata, e respinge in parte ed in parte dichiara inammissibile il ricorso principale di M. s.c.p.a. in proprio e nella qualità.

Compensa interamente fra le parti costituite le spese di entrambi i gradi di giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, addì 20 novembre 2007 (...).

I PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO

A.G.S. – Parere del 5 novembre 2005 n. 146882.

Soggetti passivi dei tributi speciali catastali – Natura del termine per l'azione di accertamento in tema di tributi speciali catastali e tasse ipotecarie (consultivo 50705/04, avvocato G. Albenzio).

«Codesta Amministrazione [Agenzia del Territorio] chiede chiarimenti in ordine alle seguenti questioni:

1.- se i professionisti incaricati di presentare al competente Ufficio del Territorio gli atti di aggiornamento geometrico misto (tipi mappali, tipi frazionamento e particellari) riguardanti beni immobili siano o meno responsabili quanto al pagamento dei tributi speciali catastali *“erroneamente non percepiti dall’Ufficio in sede di presentazione dell’atto di aggiornamento”*;

2.- applicabilità o meno alla riscossione dei tributi speciali catastali del termine triennale di cui all’art. 76 d.P.R. 131/86 per le imposte di registro;

3.- quale sia il termine di decadenza dell’azione di recupero delle *tasse* ipotecarie.

1.- Per quanto attiene alla prima questione, premesso che la riforma introdotta con l’art. 1, commi dal 367 al 373, Legge 30 dicembre 2004 n. 311 – che ha profondamente innovato la materia rispetto alla disciplina previgente – non appare essere influente sulla soluzione da dare al quesito, si rileva preliminarmente che ai tributi catastali deve riconoscersi natura sostanziale di *“tassa”* e che l’art. 57 d.P.R. 131/86 (richiamato da codesta Agenzia) non giova comunque alla soluzione del problema posto, atteso che la responsabilità ivi prevista per i soggetti diversi da coloro nel cui interesse fu richiesta la registrazione non si estende al pagamento delle imposte *“complementari e suppletive”* (e, cioè, delle imposte riscosse successivamente all’espletamento della formalità richiesta).

Nell’ipotesi sottoposta all’esame di questa Avvocatura, fermo rimanendo che il pagamento degli speciali diritti catastali debba essere materialmente preteso nei confronti di chi presenti all’Ufficio gli atti di aggiornamento richiedendo l’esecuzione della conseguente operazione catastale (salvo provvista o rimborso nei rapporti interni, di subordinazione o di mandato professionale, tra soggetto che tratta con l’Ufficio e soggetto interessato all’opera-

zione catastale), sembra da ritenere che, in difetto di norme specifiche, la responsabilità per il corretto pagamento di quanto erroneamente non liquidato a titolo di tributo catastale speciale al momento della presentazione dell'atto di aggiornamento debba far carico al soggetto titolare di diritti reali sui beni interessati dalla variazione, tenuto comunque a sottoscrivere lo stesso atto di aggiornamento ai sensi dell'art. 1, comma 8, del D.M. n. 701 del 1994.

2.- Per ciò che riguarda il secondo quesito e cioè i termini (di *decadenza ovvero di prescrizione*) per il recupero dei tributi speciali catastali non esattamente liquidati al momento della presentazione dell'atto di aggiornamento, premesso che il quadro normativo in materia risulta piuttosto disarticolato e lascia spazio ad un ampio margine di incertezza, sembra comunque possibile (salvo successivi ripensamenti conseguenti a pronunzie giurisdizionali o modifiche normative), sulla base del rinvio *ex art. 13 D.Lgs. 347/90*, riferirsi alle disposizioni relative all'imposta di registro. Ciò sul presupposto che la norma di rinvio parli in senso atecnico di "*imposte*" ipotecarie e catastali, intendendo riferirsi anche alle tasse ipotecarie ed alle tasse (tributi speciali) catastali, cioè a tutti i tributi che assumono a loro presupposto un'attività o servizio degli Uffici ipotecari e catastali. Non è privo di rilievo osservare, al riguardo, che il D.Lgs. 347/90 ancorché intitolato alle "*imposte*" ipotecarie e catastali si interessa anche, all'art. 19 e richiamata tabella, delle "*tasse*" ipotecarie, senza dettare per esse, per gli aspetti che qui interessano, una disciplina differente da quella già dettata (all'art. 13, comma 2, ed all'art. 17, comma 2) per le "*imposte*" (*recte* tributi) riscosse dagli uffici dei registri immobiliari.

Dunque, stante l'operatività del rinvio alle norme sull'imposta di registro, per ciò che riguarda le modalità della riscossione dei tributi speciali catastali, non resta che riferirsi all'art. 76, comma 2°, d.P.R. 131/86, il quale statuisce che "[...] l'imposta deve essere richiesta, a pena di decadenza, entro il termine di tre anni" (si noti che il medesimo comma, nel prosieguo, prevede *diversi casi* di inizio della decorrenza del periodo da computarsi ai fini della decadenza).

Alla stessa conclusione si perverrebbe qualora si ritenesse applicabile anche ai tributi speciali catastali la disciplina prevista dal D.Lgs. 347/90, atteso che il combinato disposto degli art. 13 e 17 porterebbe all'operatività di un termine triennale di decadenza.

Nulla, invece, è detto dal D.Lgs. 347/90 in tema di *prescrizione*. In proposito, si osserva che le fasi dell'*accertamento*, della *liquidazione* e della *riscossione* costituiscono *momenti distinti*: in tal senso, il citato art. 76 d.P.R. 131/86 implica la necessità che, nel termine di tre anni, l'imposta dovuta sia "richiesta" al soggetto obbligato e, dunque, che avvenga l'accertamento del credito e la notifica dell'avviso di liquidazione nei confronti del contribuente; dal momento in cui il credito dell'Amministrazione è *definitivamente accertato* (ma solo da quel momento!), la sua riscossione potrà avvenire nel termine di prescrizione di dieci anni, secondo quanto disposto dall'art. 78 d.P.R. 131/86.

3.- Infine, circa i termini cui è sottoposta l'azione della Finanza in materia di tasse ipotecarie, analogamente a quanto sopra considerato si ritiene che

correttamente Codesta Agenzia ritenga applicabile il termine decadenziale di tre anni previsto dall'art. 17, comma II, D.Lgs. 347/90. Del resto, una volta ammesso che l'espressione "*imposte da corrispondere agli uffici dei registri immobiliari*" ricomprenda l'insieme dei tributi da corrispondere a tali uffici in sede di esecuzione delle formalità ipotecarie, secondo un criterio di collegamento del regime del tributo all'organizzazione dell'Ufficio competente alla sua riscossione, appare da condividere l'argomentazione secondo cui non includere "*nell'ambito di operatività dell'art. 17 D.Lgs. 347/90 – ai fini della disciplina della decadenza – anche le tasse ipotecarie previste per le altre operazioni diverse dalla esecuzione di formalità (ad esempio le tasse per le ispezioni ipotecarie o per il rilascio di certificazioni...)* [...] significherebbe ammettere con riferimento alle tasse ipotecarie di cui all'art. 19 del D.Lgs. 347/90, la coesistenza di due diversi regimi in tema di decadenza", il che, nel silenzio della legge, sembrerebbe del tutto irragionevole, trattandosi di crediti riconducibili ad un medesimo titolo e non ostando all'applicazione del regime di cui all'art. 17 alcun'altra disposizione dello stesso testo normativo (...).

A.G.S. – Parere del 21 gennaio 2008 n. 8612.

Utilizzo improprio di gasolio agricolo ad uso agevolato. Provvedimento di confisca degli autoveicoli (consultivo 28129/07, avvocato G. Albenzio).

«In riferimento al quesito di cui all'oggetto, relativo alla corretta applicazione dell'istituto della confisca previsto dall'art. 44 del D.L.vo 504/1995 (T.U.A.) con particolare riguardo a quelle fattispecie ove si realizzi la violazione di cui al sesto comma dell'art. 40 della medesima fonte normativa (ovvero, la destinazione di prodotto energetico - in quantità inferiore a 100 chilogrammi - esente o ammesso ad aliquote agevolate ad usi soggetti ad imposta o a maggiore imposta), questa Avvocatura Generale rileva quanto segue.

1.- Sul piano strettamente interpretativo occorre innanzitutto, attraverso l'analisi delle due disposizioni appena richiamate, individuare e circoscrivere l'esatto regime sanzionatorio applicabile, tenendo conto che la difficoltà interpretativa deriva dall'apparente contraddizione tra la locuzione "*esclusivamente*" che il Legislatore ha riferito, nel sesto comma dell'art. 40, all'applicazione della sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro dal doppio al decuplo dell'imposta evasa ed il disposto del successivo art. 44 dove, invece, si legge che "*i prodotti, le materie prime ed i mezzi comunque utilizzati per commettere le violazioni di cui agli art. 40, 41 e 43 sono soggetti a confisca secondo le disposizioni legislative vigenti in materia doganale*".

Dunque, nei casi concreti e come dimostrato anche dalle discordanti pronunce rese dalla Commissione Tributaria Provinciale di Brescia, due differenti letture possono prospettarsi per il termine "*esclusivamente*" di cui all'art. 40.

Esso, infatti, potrebbe essere interpretato nel senso di doversi considerare, la sanzione del pagamento della somma di danaro, l'unica applicabile nei

casi di distrazione della destinazione di esigue quantità di gasolio agricolo ad uso agevolato ed allora l'avverbio sarebbe necessariamente da leggersi in rapporto a qualunque altra misura sanzionatoria e, perciò, anche alla confisca prevista nel successivo art. 44. In tali casi i provvedimenti di confisca dei mezzi utilizzati per commettere la violazione ed adottati dagli Uffici territoriali di codesta Agenzia sarebbero da ritenersi illegittimi.

Al contrario, conformemente al ragionamento effettuato dalla Commissione Tributaria provinciale di Brescia nella sentenza n. 134 del 17 ottobre 2006, lo stesso termine può essere inteso come contrapposto solo alla sanzione della reclusione stabilita al punto uno dello stesso art. 40 e, aderendo a questa seconda lettura, l' "esclusione" lascerebbe intatta l'applicazione dell'istituto della confisca di cui all'art. 44 anche nelle ipotesi nelle quali risultasse essere minima la quantità di prodotto energetico utilizzato.

A parere di questa Avvocatura Generale, un'interpretazione corretta e puntuale del dettato normativo in esame, secondo i criteri generali (cfr. art. 12 Disp. prel. Codice civile), conduce ad un necessario coordinamento tra le due disposizioni. Infatti, pur rimandando il termine "esclusivamente" dell'art. 40, se letto a sé stante, ad un regime sanzionatorio che sembrerebbe limitarsi e concludersi nell'unica misura punitiva prevista da quell'articolo, è altrettanto vero che non può ignorarsi l'esistenza del dettato del successivo art. 44 e, soprattutto, la chiarezza della sua formulazione.

Ragionando *a contrario*, peraltro, nelle ipotesi di violazione per le quali si discute, se il Legislatore avesse inteso limitare alla sola sanzione amministrativa del pagamento della somma di danaro le misure punitive adottabili, "escludendo" dalla propria previsione il provvedimento della confisca, è logico pensare che il dettato normativo di cui all'art. 44 avrebbe dovuto contenere una eccezione esplicitamente riferita alle violazioni descritte e sanzionate nel sesto comma dell'art. 40. Invece, nulla di ciò è dato rinvenire nel testo dell'art. 44 ove, al contrario, il provvedimento della confisca è previsto senza riserva alcuna per tutte le violazioni di cui agli articoli 40, 41 e 43 del D.Lgs.

Pertanto, da una tale interpretazione sistematica delle due norme, si deve evidentemente dedurre l'applicabilità dell'istituto della confisca anche nelle fattispecie specificamente previste nel sesto comma dell'art. 40.

2.- L'ulteriore problema portato all'attenzione di questa Avvocatura Generale attiene alla valutazione che debba essere fatta in ordine agli automezzi alimentati con il gasolio irregolare, ovvero se questi possano essere considerati "mezzi per commettere la violazione", ai sensi dell'art. 44 D.Lgs.1995.

Al riguardo, codesta Agenzia delle Dogane ha fatto riferimento, in tema di reato di destinazione di prodotti petroliferi agevolati ad uso diverso da quello consentito, a quella giurisprudenza della Corte di Cassazione che si è espressa nel senso di individuare le circostanze che perfezionano la condotta di tale reato. In proposito, è utile precisare che l'istituto della confisca che si sta esaminando trova la propria fonte normativa nell'art. 301 d.P.R. 23 gennaio 1973 n. 43 (T.U. delle disposizioni legislative in materia doganale), come peraltro da esplicito rimando dello stesso art. 44 D.L.vo 504/1995,

piuttosto che nell'art. 240 C.p., anche se la disposizione legislativa in materia doganale è nel contenuto sostanzialmente assimilabile a quella penale in tema di misure di sicurezza patrimoniali (cfr. Cass., sez. III penale, 17 gennaio 2001, Ced. Cass. Rv. 218750; Cass., sez. III penale, 30 gennaio 1995, *Mass. Cass. Pen.* 1995, fasc. 8, 79).

Ciò premesso, si osserva che dalle sentenze della Corte di Cassazione, Sezione III penale, n. 3725/1998 e n. 37991/2004 riportate nella emarginata nota di codesta Agenzia delle Dogane, nonché dalla coordinata lettura dell'art. 44 D.Lgs. 504/95 e dell'art. 331 TULD, si evince che la violazione si perfeziona con la semplice, abusiva destinazione ad uso diverso da quello consentito del prodotto petrolifero a tassazione agevolata, senza che a tal fine venga in considerazione il successivo concreto impiego del prodotto.

Pertanto, dovendosi ritenere l'impiego del prodotto petrolifero estraneo alla violazione, perché cadente in un momento successivo al perfezionamento della stessa, l'individuazione dei "mezzi comunque utilizzati per commettere le violazioni" – ai fini della confisca ex art. 44 – deve essere effettuata con riferimento al momento in cui si perfeziona la violazione, come chiaramente spiegato dall'art. 331, commi 1 e 2, con la conseguenza che i veicoli da confiscare sono solo i "mezzi di trasporto" (che costituiscono strumento per compiere la violazione) e non i veicoli che si limitano ad utilizzare quel gasolio illecitamente destinato ad uso diverso da quello agevolato (...).

A.G.S. – Parere del 21 gennaio 2008 n. 8694.

Causa soc. (...) contro Ministero dell'Economia e delle Finanze e Ministero delle Comunicazioni. Decisione Consiglio di Stato del 16 ottobre 2007, n. 5413/07 (contenzioso 21860/00, avvocato A. De Stefano).

«(...) codesta Amministrazione chiede a questa Avvocatura di esprimere il proprio parere sulla fondatezza della diffida avanzata dalla soc. (...) con atto notificato in data 16 novembre 2007, per il pagamento degli interessi maturati sui contributi indebitamente corrisposti ai sensi dell'art. 20, comma 2, della legge 23 dicembre 1998, n. 448. Rappresenta che intende corrispondere gli interessi nella misura legale dal giorno della domanda (identificato con quello della proposizione del giudizio per l'ottemperanza della decisione del TAR Lazio n. 45/05), ai sensi dell'art. 2033 c.c., in conformità con i principi di diritto desumibili dalla precedente nota di questa Avvocatura del 1° febbraio 2007, prot. 14228.

Preliminarmente si prende atto della circostanza che la diffida ad adempiere avanzata dalla controparte è limitata al pagamento degli interessi e non comprende più la richiesta della rivalutazione monetaria, formulata con precedenti diffide notificate il 17 maggio 2005 ed il 26 luglio 2006. Sembrano dunque recepite, sul punto, le osservazioni svolte da questo Ufficio con la citata nota n. 14228 del 2007.

Si precisa inoltre che con tale nota questa Avvocatura aveva espresso parere negativo al pagamento degli interessi nel presupposto che, nell'ambi-

to di un rituale giudizio di merito, si potesse utilmente sostenere la totale infondatezza della pretesa restitutoria avanzata dai gestori dei servizi di telefonia, per effetto della traslazione dei contributi da essi indebitamente versati sugli utenti finali. In conformità con questa strenua linea difensiva ed in mancanza di qualsiasi pronuncia giurisdizionale che facesse espresso riferimento al pagamento degli interessi, si era suggerito di interpretare in termini restrittivi (e perciò limitatamente all'obbligo di restituzione della sorte capitale) la decisione del TAR Lazio n. 4891/06 (la cui esecutività era stata confermata dal Consiglio di Stato con ordinanza del 7 novembre 2006, n. 5874/06), che aveva ordinato di dare ottemperanza alla precedente decisione n. 45/05, recante l'annullamento del d.m. con cui erano state determinate le modalità di versamento dei contributi in questione.

Con la citata nota questa Avvocatura aveva altresì rappresentato che, secondo i principi di diritto applicabili alla fattispecie, gli interessi – se dovuti – dovrebbero decorrere solo dal momento della domanda giudiziale, riferendosi a somme indebitamente percepite in buona fede.

La situazione attuale appare variata non solo per effetto della decisione del Consiglio di Stato n. 5413/07 (che – come è già noto a codesta Amministrazione – ha rigettato l'appello proposto avverso la sentenza del 4891/06, omettendo anch'essa di pronunciarsi sulla questione di merito prospettata), ma anche e soprattutto per effetto della sopravvenuta norma contenuta nell'art. 21 della legge 6 febbraio 2007, n. 13, che, modificando l'art. 29, secondo comma, legge 29 dicembre 1990, n. 428, non consente più di provare per mezzo di presunzioni l'avvenuta traslazione dei contributi di cui trattasi.

Come già rappresentato in occasione di un precedente colloquio telefonico e come evidenziato con le precedenti note del 27 novembre 2007, prot. 126946 e prot. 126948, relative a controversie di analogo oggetto, tale norma sopravvenuta riduce ulteriormente la possibilità di contestare il fondamento delle pretese restitutorie della soc. (...), perché gli elementi di difesa relativi al merito, forniti nel corso del giudizio di appello dall'Autorità per le Garanzie per le Comunicazioni, hanno carattere sostanzialmente presuntivo. Ne consegue che, allo stato, appare ancora più esigua la possibilità di disconoscere la spettanza del rimborso richiesto dalla predetta società (rimborso che risulta peraltro già eseguito, sulla base degli stanziamenti disposti dal Governo nell'ambito del provvedimento di assestamento del bilancio dello Stato per l'anno finanziario 2006, approvato in via definitiva dal Senato il 24 ottobre 2006).

Per queste ragioni, il precedente parere del 1° febbraio 2007, prot. 14228, deve intendersi superato, nella parte in cui si consigliava di non procedere al pagamento degli interessi per ragioni di opportunità. In mancanza di qualsivoglia elemento contrario, esso può essere invece confermato nella parte in cui si è sostenuto, in via di diritto, che gli interessi devono essere liquidati ai sensi dell'art. 2033 c.c., a decorrere dalla proposizione della domanda giudiziale.

Quest'ultima considerazione non implica però necessariamente che gli interessi debbano decorrere dal momento della proposizione del ricorso per

l'ottemperanza, come ritenuto da codesta Amministrazione con la nota che si riscontra. Con riguardo al problema della decorrenza degli interessi, occorre infatti considerare:

a) per un verso che la domanda giudiziale di rimborso è stata formulata per la prima volta dalla soc. (...) con il ricorso introduttivo notificato il 17 giugno 2000, e non con il ricorso per l'ottemperanza notificato il 27 settembre 2005;

b) per un altro verso, che (secondo una pregiudiziale tesi sostenuta da questa Avvocatura e non esaminata dal Consiglio di Stato nella citata decisione n. 5413/07) la domanda di ripetizione avrebbe dovuto essere formulata dinanzi al giudice ordinario, e non dinanzi a quello amministrativo; in guisa che (come si fa riserva di meglio rappresentare con separata nota, a seguito di un più compiuto esame della predetta decisione) si configurano margini per proporre ricorso dinanzi alle Sezioni Unite per motivi attinenti alla giurisdizione.

In base alla prima considerazione, si potrebbe ritenere che gli interessi debbano essere conteggiati dalla data della originaria domanda contenuta nel ricorso introduttivo. In base alla seconda considerazione, invece, si potrebbe sostenere che nessuna delle due domande possa ritenersi utile ai fini della decorrenza degli interessi, in quanto proposte entrambe dinanzi a giudice privo di giurisdizione.

Con riferimento a tali questioni, si rappresenta che con recente sentenza del 5-12 marzo 2007, n. 77, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 30 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, nella parte in cui non prevede che gli effetti, sostanziali e processuali, prodotti dalla domanda proposta a giudice privo di giurisdizione si conservino, a seguito di declinatoria di giurisdizione, nel processo proseguito davanti al giudice munito di giurisdizione. Ne consegue che – ove pure si riuscisse ad ottenere l'annullamento della decisione del Consiglio di Stato per l'ipotizzata carenza di giurisdizione sulla domanda di ripetizione dell'indebito pagamento eseguito – occorrerebbe comunque riconoscere che rimarrebbero salvi gli effetti delle domande di ripetizione rivolte al giudice amministrativo ai fini della decorrenza degli interessi sulle somme percepite in base alla norma dichiarata illegittima.

Si ritiene invece che si possa legittimamente sostenere l'irrilevanza della prima domanda avanzata nel giudizio di merito con il ricorso introduttivo, per il fatto che essa non ha trovato accoglimento da parte del TAR adito con la decisione n. 45/2005 che ha definito quel giudizio. Ad avviso di questa Avvocatura, questo rilievo non è superabile per il fatto che – secondo il giudizio espresso dal TAR con la decisione n. 4891/05, confermata dal Consiglio di Stato con la decisione n. 5873/06 – la stessa domanda potesse essere riproposta nel successivo giudizio per l'ottemperanza. Infatti:

a) le decisioni rese nel giudizio per l'ottemperanza non disconoscono che – come sostenuto da questa Avvocatura – la pronuncia di merito non conteneva nessuna statuizione, né esplicita né implicita, sui pretesi obblighi restitutori, ma si fondano sul presupposto che nel giudizio di ottemperanza si possano proporre domande nuove e diverse da quelle proposte nel giudi-

zio di merito (con conseguente possibilità di riproporre anche le domande non accolte in quella sede);

b) in base all'art. 161, primo comma, c.p.c., applicabile anche al giudizio amministrativo, il vizio di omessa pronuncia contenuto nella precedente decisione n. 45/05 poteva essere fatto valere soltanto nei limiti e secondo le regole proprie dell'appello. In mancanza di rituale impugnazione di quella pronuncia, deve ritenersi inibita alla parte la possibilità di sostenere la rilevanza della domanda di ripetizione avanzata in quella sede.

Sulla base di queste considerazioni, si può condividere la determinazione di codesta Amministrazione di procedere al pagamento degli interessi dalla data di proposizione del ricorso per l'ottemperanza fino a quella del pagamento della sorte capitale. Si avverte tuttavia che la questione presenta margini di opinabilità e di incertezza alla stregua del diritto interno, e che non si può del tutto escludere la possibilità che il mancato adempimento alla diffida della controparte possa essere interpretata come una forma di violazione del diritto comunitario, per il fatto che i pagamenti eseguiti sono stati dichiarati indebiti sulla base di una pronuncia della Corte di Giustizia C.E.

Si fa riserva di ulteriori comunicazioni con riguardo alle determinazioni da assumere in merito alla decisione del Consiglio di Stato (...).

A.G.S. – Parere del 28 gennaio 2008 n. 11867.

D.Lgs. 18 settembre 2006, n. 267: “Norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione Sardegna concernente modifiche al decreto del Presidente della Repubblica 19 maggio 1949, n. 250 in materia di demanio e patrimonio” - Trasferimento all'Ente Parco Nazionale dell'Arcipelago di La Maddalena di beni immobili dismessi dallo Stato (consultivo 25855/06, avvocato M. Fiorilli).

«1.- (...) codesta Avvocatura [distrettuale dello Stato di Cagliari] sottopone un quesito interpretativo del decreto legislativo 18 settembre 2006 n. 267, con particolare riferimento alla destinazione dei beni pubblici statali presenti nei confini dell'Ente Parco Nazionale dell'Arcipelago di La Maddalena, istituito con legge 4 gennaio 1994, n. 10.

2.- È necessaria premessa il rilievo che la norma statutaria (art. 14) e le relative disposizioni di attuazione (d.P.R. n. 250 del 1949 e D.Lgs. n. 267 del 2006) costituiscono un “*unicum*”, che è parametro di legittimità di ogni atto amministrativo relativo ai beni statali (beni patrimoniali in senso stretto (artt. 828, comma 1, e 827 c. civ.), beni patrimoniali indisponibili (art. 826 c. civ.), beni demaniali (art. 822 c. civ.) siti entro i confini geografico-politici della Regione Sardegna (ai fini di un eventuale conflitto di attribuzioni o del sindacato di legittimità) e degli atti normativi statali e regionali (ai fini dello scrutinio di legittimità costituzionale).

In particolare, il regolamento di attuazione dello Statuto adottato con la procedura dell'art. 56 (proposta della Commissione paritetica *ad hoc*, parere del Consiglio Regionale e adozione con decreto legislativo) concretizza atto

di intesa Stato-Regione, che formalizza l'interpretazione comune dello Statuto da parte dei due Enti a competenza costituzionale garantita.

3.- Sino alla entrata in vigore del D.Lgs. n. 267 del 2006, il parametro costituzionale di riferimento per lo scrutinio di legittimità costituzionale e di legittimità degli atti amministrativi e degli atti normativi relativi al patrimonio statale e regionale nel territorio della Regione Sardegna era costituito dal concorso del disposto dell'art. 14 dello Statuto e dell'art. 39 del d.P.R. n. 250 del 1949.

L'Avvocatura Generale dello Stato con parere n. 22701 del 1966 ha esaminato la portata normativa della disposizione statutaria (art. 14, comma 2 "I beni e diritti connessi a servizi di competenza statale ed ai monopoli fiscali restano allo Stato, finché duri tale destinazione") argomentando nei seguenti termini: *"La "ratio" dell'art. 14, 2° comma, sembra consistere nell'attribuire alla Regione soltanto i beni che per lo Stato non presentano più altra utilità che quella rappresentata dal loro reddito o dal valore di scambio. La "connessione" dei beni o servizi di competenza statale, che ne impedisce il passaggio alla Regione, non deve essere intesa, perciò, in senso restrittivo; nel senso, cioè, che soltanto il perdurare di quella specifica destinazione che esisteva al momento dell'entrata in vigore dello Statuto escluda il trasferimento e che non sia consentita allo Stato l'applicazione dei beni a servizi diversi, pur rientrando nelle sue competenze. Ove il bene perda la propria destinazione originaria, ma si presenti idoneo al raggiungimento di altri fini statali, sarebbe contrario allo spirito dell'art. 14 ritenere che lo Stato non possa più disporre e che il bene debba passare alla Regione. Non è, infatti, la specifica destinazione del bene ad un determinato servizio statale che assume rilevanza ai fini dell'art. 14, bensì la sua qualificazione pubblicistica (demaniale o patrimoniale indisponibile), che, ovviamente, resta ferma anche se alla destinazione originaria venga a sostituirsi (senza soluzione di continuità) un'altra, rispetto ad un diverso servizio statale..."*

In ogni caso di dismissione di un bene pubblico dall'uso in atto al momento dell'entrata in vigore dello Statuto che per categoria avrebbe dovuto essere trasferito alla Regione è, dunque, necessaria la preventiva e contestuale verifica se il bene medesimo non possa essere destinato ad altro specifico uso statale.

In base al combinato disposto dell'art. 14 Statuto e dell'art. 39 del d.P.R. n. 250 del 1949 la successione, nell'ambito del suo territorio, della Regione Sardegna nei beni e diritti di natura immobiliare facenti capo allo Stato concerne pertanto i seguenti beni:

a) gli immobili già appartenenti al patrimonio disponibile dello Stato (ivi compresi quelli che non sono di proprietà di alcuno) e per ciò non connessi a servizi di competenza statale;

b) gli immobili demaniali statali, ivi compresi quelli del demanio marittimo, a seguito di loro classificazione, in quanto non destinati allo Stato, una volta classificati, ad (altri) servizi di competenza statale;

c) gli immobili, già appartenenti al patrimonio indisponibile dello Stato risultanti dalla successiva definitiva dismissione a servizi di competenza statale con la necessaria puntualizzazione che

- con esclusione degli immobili di cui *sub a)*, per quelli di cui alle lett. *b)* e *c)* che precedono la successione è differita ed è destinata ad operare solo al momento in cui si verifichi la definitiva loro sottrazione alla destinazione a “servizi di competenza statale”;

- giusta l’u.c. del cit. art. 39 del d.P.R. 250/1949, sono restati allo Stato (e quindi esclusi dalla successione in capo alla Regione Sardegna) tutti i beni immobili e, quale che sia la loro natura giuridica (patrimoniale o demaniale) comunque pervenuti allo Stato successivamente all’entrata in vigore dello Statuto.

Sono stati, peraltro, esclusi dalla successione (u.c. art. 39 d.P.R. *cit.*) tutti i beni comunque pervenuti successivamente all’entrata in vigore dello Statuto.

4. Dopo la emanazione del D.Lgs. n. 267 del 2006, il parametro di riferimento della legittimità costituzionale e della legittimità rispettivamente degli atti amministrativi e delle leggi relativi a beni immobili statali situati nella Regione Sardegna è costituito dall’art. 14 dello Statuto e dagli articoli 1 del D.Lgs. n. 267 del 2006 e 39 del d.P.R. n. 250 del 1949 (salvo l’u.c. dello stesso, espressamente abrogato, con la eliminazione del “limite temporale” in data di entrata in vigore dello Statuto — originariamente previsto).

È utile richiamare al proposito la relazione del Governo al decreto legislativo n. 267 del 2006 per apprezzare appieno quello che è stato il risultato della intesa Stato – Regione Sardegna nel procedere alla modifica – integrazione del decreto di attuazione dello Statuto della Sardegna n. 250/1949 in ordine ai beni pubblici statali ancora rimasti in proprietà dello Stato nel territorio della medesima. La Relazione recita: *“La norma di attuazione in esame ha lo scopo di dare piena attuazione all’art. 14 dello Statuto di autonomia, nonché alle disposizioni contenute nella legge-collegato alla finanziaria 1997 in ordine al trasferimento alla Regione dei beni immobili dello Stato non più utilizzati per i fini istituzionali (comma 114 dell’art. 3 della legge 23 dicembre 1996, n. 662, come modificato dall’art. 6. DL 30 dicembre 1996, n. 669, convertito con modificazioni dalla legge 28 febbraio 1997 n. 30). Come è noto, l’art. 14 dello Statuto, nel disporre la successione della Sardegna nei beni e nei diritti di natura immobiliare dello Stato, non pone un limite temporale al passaggio dei beni stessi, risultando tale limite solo dall’art. 39 (ultimo comma) del d.P.R. 19 maggio 1949, n. 250, che esclude dal trasferimento alla Regione i beni e i diritti di natura immobiliare pervenuti allo Stato successivamente alla data di entrata in vigore dello Statuto speciale. La norma si propone di rimuovere tale limite temporale, quindi, di estendere il trasferimento alla Regione di tutti i beni immobili dello Stato siti nella Regione stessa e non più utilizzati per servizi di carattere nazionale (comma 1). Il provvedimento in esame, inoltre, anche in adesione alle espresse richieste di alcune Amministrazioni dello Stato, indica le modalità con le quali identificare i beni da trasferire (comma 2) e precisa che una Commissione paritetica formata dai rappresentanti statali e regionali individuerà i beni immobili di interesse storico, artistico ed archeologico da trasferire alla Regione (comma 3). E’ specificata, infine, la esigenza che i beni facenti parte del patrimonio indisponibile dello Stato siano trasferiti solo al venire meno della loro destinazione (comma 4)”*.

Il decreto legislativo non è stato oggetto di scrutinio di costituzionalità da parte della Corte Costituzionale.

Per effetto della intervenuta abrogazione dell'u.c. dell'art. 39 del d.P.R. n. 250 del 1949, fermo che la successione della Regione si può verificare – per i beni di cui alle lett. *b*) e *c*) di pag. 3 – solo al momento della definitiva loro sottrazione alla destinazione a servizi di competenza statale, ha perso rilievo ostativo alla successione stessa la circostanza della loro avvenuta acquisizione, da parte dello Stato, in epoca successiva alla entrata in vigore dello Statuto; sicché anche quelli pervenuti allo Stato successivamente a tale data rientrano nel previsto trasferimento (immediato o condizionato alla definitiva dismissione dagli usi statali, come precisato nel c. 4 dello stesso art. 1, sia pur testualmente riferito ai soli beni del patrimonio indisponibile dello Stato). Per tali beni, la loro identificazione, ai fini della consegna alla Regione, deve avvenire con lo stesso procedimento (redazione elenchi) già delineato (per i beni acquisiti dallo Stato prima dello Statuto) dall'art. 39 del d.P.R. n. 250/1949, richiamato dall'art. 1 co. 2 del D.Lgs. n. 267/2006 (salvo che per i beni immobili di interesse storico artistico ecc., e per le cose di interesse storico artistico da chiunque ritrovati, per i quali il co. 3 del cit. art. 1 rimette la loro previa valutazione ad una apposita commissione tecnica paritetica).

5.- La legge che dispone la istituzione del Parco nazionale dell'arcipelago della Maddalena (di intesa con la Regione Sardegna) è stata emanata nel gennaio 1994 (n. 10/1994) e prevede all'art. 2 che i “fabbricati, le attrezzature e gli impianti di proprietà dello Stato non direttamente utilizzati dal comune o da altre amministrazioni pubbliche, ivi compresi quelli dimessi dal Ministero della difesa che si trovano nel territorio del Parco” sono ceduti all'ente Parco: quest'ultima espressione sembra ragionevolmente da intendere, in coerenza con la inequivoca dizione letterale della norma, nel senso che trattasi di vero e proprio trasferimento al predetto Ente degli immobili ivi indicati, a titolo di proprietà (e non in mero uso), nell'ottica della costituzione della dotazione patrimoniale dell'istituto ente Parco, strumentale all'esercizio delle funzioni pubbliche di tutela ambientale al medesimo assegnate.

Siffatta disposizione - che fa esplicito riferimento ai fabbricati, attrezzature e impianti “di proprietà dello Stato” non utilizzati direttamente da amministrazioni pubbliche, presupponendo la persistenza in capo allo Stato di un diritto di proprietà su (alcuni) immobili, pur non destinati ad usi pubblici statali, in particolare dimessi dalla amministrazione militare - va calata nell'“assetto costituzionale” vigente alla data della sua emanazione il quale, come rammentato alla pag. 3 che precede, da un lato configura la successione (immediata o differita alla cessazione della loro destinazione ad usi pubblici statali) della Regione negli immobili di proprietà dello Stato (art. 14 Statuto), e d'altro lato, disponeva (art. 39 u.c.) la esclusione dalla successione dei beni immobili comunque pervenuti allo Stato successivamente alla data di entrata in vigore dello Statuto.

In una consentita - e pertanto da prescegliere - interpretazione della stessa disposizione in coerenza con la sopraordinata norma di cui alla legge costituzionale di approvazione dello Statuto (art. 14), l'art. 2 della cit. legge

n. 10/1994 pare pertanto dover essere intesa nel senso che essa si riferisca agli immobili dalla stessa considerati che erano “restati” allo Stato in forza dell’art. 39 u.c. del d.P.R. n. 2501 del 1949 contenente le norme di attuazione dello Statuto e per i quali era da quest’ultima norma (sino alla data di sua abrogazione con il D.Lgs. n. 267/2006), comunque escluso il fenomeno successorio (immediato o differito) in favore della Regione, in quanto pervenuti allo Stato successivamente alla data di entrata in vigore dello Statuto.

Una volta intervenuta la abrogazione, con il menzionato D.Lgs. n. 267/06, dell’u.c. dell’art. 39 cit. con la correlativa previsione del trasferimento alla Regione - in attuazione dell’art. 14 Statuto - anche degli immobili statali pervenuti successivamente all’entrata in vigore dello Statuto (peraltro, per quelli destinati a servizi di competenza statale, solo quando cessi tale destinazione) - mentre va escluso che la successione a favore della Regione investa anche i beni siti nel comprensorio del Parco che dovevano come sopra essere ceduti, in forza del predetto art. 2 della legge n. 10/1994 all’ente Parco per le finalità correlate all’esercizio delle funzioni al medesimo assegnate - va conclusivamente ritenuto che per tutti gli altri immobili, pur ricompresi nell’area del Parco, diversi da quelli che, secondo quanto suindicato, devono ritenersi oggetto dello stesso art. 2 della legge n. 10/1994, la prevista successione debba verificarsi in favore della Regione Sardegna — si intende, una volta che ne sia cessata la loro destinazione a servizi di competenza statale — con l’osservanza delle disposizioni di cui ai tuttora vigenti co. da 1 a 3 dell’art. 39 del d.P.R. n. 250/1949 (richiamato dall’art. 1, co. 2, del D.Lgs. n. 267/06), salva la particolare disciplina per gli immobili e le cose di interesse storico, artistico ecc. di cui al co. 3 dell’art. 1 del medesimo D.Lgs. (...)».

A.G.S. – Parere del 5 febbraio 2008 n. 16175.

Applicazione interessi sui debiti delle società concessionarie di autostrade nei confronti dello Stato in conseguenza della operatività della garanzia statale in favore delle società medesime per il pagamento delle rate di mutui e di obbligazioni diverse effettuato dal soppresso Fondo Centrale di Garanzia (consultivo 41464/07, avvocato C. Linda).

«(...) Con legge 389/80, il Fondo Centrale di Garanzia di cui alla legge 382/68 era abilitato ad intervenire nel pagamento delle rate dei mutui e nel pagamento delle obbligazioni e delle cedole scadenti nel 1980 riferiti a mutui contratti o emesse dalle società autostradali già in corso alla data del 23 agosto 1980 (art. 1). Erano altresì previsti ulteriori interventi agevolativi (artt. 2 e 4).

L’art. 5 sottolineava che le somme pagate dal Fondo per i suddetti interventi, costituivano *debito* per i concessionari e prevedeva che la disciplina del rimborso sarebbe stata effettuata in sede di legge generale di riordino del settore.

In attesa di tale legge generale, l’art. 15 della legge 531/82, prorogava l’intervento del Fondo al 31 dicembre 1982.

Per quanto attinente al rimborso, il comma 4 della suddetta legge, prevedeva il pagamento da parte delle società autostradali sulla base di quote annue rapportate alle previste risorse derivanti dalla gestione.

Per le autostrade siciliane, l'art. 17 qualificava poi come somme corrisposte a titolo di contributo a fondo perduto, le somme versate dal Fondo per interventi di cui alla legge 389/80 a seguito di escussione di garanzia fideiussoria.

Il rimborso era successivamente disciplinato dall'art. 7, comma 18 della legge 130/83 che prevedeva che le somme erogate dal Fondo fossero restituite a decorrere dalle scadenze fissate nei piani di rimborso aventi inizio a partire dall'anno in cui secondo i piani finanziari approvati dall'ANAS, era previsto un utile di gestione. Si prevedeva altresì la corresponsione di interessi a decorrere dalle suddette scadenze e il completamento del rimborso entro il termine delle concessioni.

Successivamente l'art. 10, comma 8 della legge 537/93, prevedeva che, in sede di rinnovo delle convenzioni autostradali, fosse esclusa la garanzia dello Stato per la contrazione di mutui e con direttiva 20 ottobre 1998 adottata, previo parere del Consiglio di Stato, fra i principi e criteri da seguirsi per il rinnovo delle concessioni si prevedeva che in tale sede dovesse essere previsto il rimborso delle somme dovute al Fondo, maggiorate di interessi e la rimodulazione dei piani di rimborso mediante distribuzione sull'intera durata della concessione a decorrere dalla data di entrata in vigore delle convenzioni revisionate.

Ancora l'art. 132 della legge 388/00, limitava la garanzia dello Stato ai periodi di prevalente partecipazione pubblica e autorizzava la rimodulazione dei debiti conseguenti ad interventi *in qualsiasi epoca effettuati* con eventuali aumenti controllati delle tariffe e con determinazione negoziale degli interessi.

Infine l'art. 1 della legge 296/06 sopprime il fondo con subentro dell'ANAS nella mera gestione dell'intero patrimonio, nei crediti e residui impegni nei confronti di concessionari autostradali.

Così riassunto l'iter normativo, codesta Società formula 2 quesiti e cioè:

- a) se debba continuare ad applicarsi il regime agevolativo degli interessi qualora sia venuta meno definitivamente la prevalenza del capitale pubblico;
- b) se sia possibile all'ANAS chiedere l'anticipazione parziale o totale del rimborso senza interessi di quanto dovuto dalla concessionaria in presenza di una posizione finanziaria netta positiva.

Ciò premesso, per quanto attiene al primo quesito, occorre precisare che ai sensi dell'art. 132, 2 co. della legge 388/00, viene meno l'intervento del Fondo per la concessionaria in cui è cessata la prevalenza del capitale pubblico ma nulla è detto su effetti di tale circostanza in relazione ai rapporti pregressi.

In altri termini, se prima dell'entrata in vigore della legge 388/00, la concessionaria avesse fruito della disciplina agevolativa ai fini del rimborso di cui alla legge 531/82, il venir meno della prevalenza pubblica non incide sul preesistente regime degli interessi.

È quindi necessario accertare quale sia in concreto tale regime.

Al riguardo, il parere del Consiglio di Stato 754/98 è chiaro nel ritenere, stante la eccezionalità della normativa agevolativa, la non applicabilità a interventi diversi da quelli espressamente previsti da detta normativa.

In base a tali principi la direttiva 20 ottobre 98 prevedeva il rimborso gravato di interessi; peraltro tale previsione non era di immediata vincolati-

vità ma era posta come criterio da attuarsi in sede di rinnovo della convenzione.

A sua volta l'art. 132 della legge 388/00 nell'autorizzare la rimodulazione dei piani di rimborso si riferiva ad interventi *in qualsiasi epoca effettuati* e per di più con una determinazione *negoziata* degli interessi.

Una prima lettura della norma è nel senso di prevedere - sempre in sede di revisione delle concessioni - un accordo per la rimodulazione del debito comprensivo della determinazione degli interessi e ciò esteso a tutti i debiti senza la distinzione operata dal Consiglio di Stato. A ciò deve aggiungersi che tale determinazione dovrebbe avere per oggetto non la spettanza degli interessi ma il loro saggio e la decorrenza; ciò in quanto la norma subordina la rimodulazione al duplice vincolo dell'assenza di oneri per lo Stato e del rispetto dei principi comunitari.

Infatti è evidente che la fruizione senza interessi di ingenti somme anticipate dal Fondo da un lato rappresenta un onere per lo Stato e dall'altro viola i principi di tutela della concorrenza posti dalla normativa comunitaria.

È peraltro da osservare che carattere comune delle norme richiamate è la previsione che la rimodulazione abbia base negoziale e cioè che sia concordata in sede di revisione della concessione.

Ciò porta a ritenere che in risposta al secondo quesito, l'ANAS possa chiedere in sede di rinnovo della concessione l'anticipazione parziale o totale del rimborso di quanto dovuto e negoziare modi, tempi e contenuti del rimborso.

Perplessità sorgono invece su analoga possibilità in relazione a convenzioni già approvate, pur se la concessionaria presenti una posizione finanziaria netta positiva.

Tale evenienza avrebbe dovuto - ai sensi della direttiva 20 ottobre 1998 - essere disciplinata nei piani di rimborso previsti dall'art. 4; ove ciò non si sia verificato appare difficile prevedere unilateralmente modalità di rimborso; appare comunque necessario al fine di non prestare acquiescenza ad una situazione di privilegio giustificata normativamente ma non sostanzialmente, iniziare una trattativa con i concessionari onde pervenire ad una soluzione definitiva della questione. Ciò tenendo altresì presente la configurabilità di aiuto di Stato del persistere della situazione, con conseguente possibilità di intervento della U.E..

È comunque da tenere conto della presumibile resistenza delle concessionarie che - come già evidenziato nella precedente richiesta di parere 18 maggio 1998 al Consiglio di Stato - faranno valere l'inoperatività dei piani di rimborso, per varie circostanze collegate a difficoltà economiche e finanziarie connesse ai vincoli frapposti all'aumento delle tariffe.

In definitiva ove si consideri l'orientamento normativo sulla rimodulazione dei piani di rimborso in sede convenzionale ma al tempo stesso la necessità di evitare ulteriori oneri per lo Stato e privilegi di dubbia compatibilità comunitaria, si ritiene che, salva sempre la possibilità di apposita misura legislativa, codesta Società quale subentrante del Fondo possa trasmettere a tutte le concessionarie prospetto della loro situazione debitoria con invito al rimborso gravato da interessi legali nel termine che risulti opportuno in

relazione alla posizione finanziaria della Società. All'esito di tale invito, si potranno valutare le eventuali ulteriori iniziative da assumere (...))».

A.G.S. – Parere del 19 febbraio 2008 n. 22979.

Riscossione coattiva dei tributi comunali mediante ingiunzione fiscale ai sensi del Regio decreto 14 aprile 1910 n. 639. Possibilità di iscrizione di ipoteca legale ai sensi dell'art. 77 del d.P.R. 602/1973 e trattamento tributario (consultivo 13635/07, avvocato C. Colelli).

«(...) è stato chiesto a quest'Avvocatura un parere in ordine ad alcune problematiche insorte nell'ambito della procedura di riscossione dei tributi attuata dagli enti locali mediante l'ingiunzione fiscale disciplinata dal T.U. 639/1910, che costituisce una modalità di recupero alternativa a quella mediante ruolo, alla quale è possibile fare ricorso ai sensi dell'art. 52, comma 6, del D.Lgs.446/1997.

In particolare è stato prospettato un duplice ordine di questioni:

a) se sia possibile procedere, sulla base della citata ingiunzione fiscale, all'iscrizione di ipoteca ai sensi dell'art. 77 del d.P.R. 602/73;

b) se siano applicabili ai comuni e ai concessionari iscritti all'albo di cui all'art. 53 del D.Lgs.446/97 le disposizioni agevolative previste per i concessionari del servizio nazionale della riscossione dall'art. 47 del d.P.R. 602/73.

I dubbi interpretativi sono insorti in seguito all'entrata in vigore dell'art. 4, comma 2 *sexies*, del d.l. 209/2002 (conv. con modificazioni nella l. 265/2002), in base al quale *“i comuni e i concessionari iscritti all'albo di cui all'art. 53 del decreto legislativo 15 dicembre 1997, n. 446, ... procedono alla riscossione coattiva delle somme risultanti dall'ingiunzione prevista dal testo unico di cui al regio decreto 14 aprile 1910, n. 639, secondo le disposizioni contenute nel titolo II del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602, in quanto compatibili”*.

L'art. 1, comma 244, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Legge finanziaria per il 2008) ha abrogato il comma 6 del citato art. 52 del D.Lgs.446/97; parrebbe, pertanto, preclusa la possibilità, per il futuro, di fare ricorso all'ingiunzione fiscale ai fini della riscossione dei tributi locali.

Le problematiche poste rilevano, pertanto, solo in relazione al periodo intermedio, compreso tra l'entrata in vigore del d.l. 209/2002 e il 31 dicembre 2007.

Tanto premesso, pare alla Scrivente che ad entrambi i quesiti debba essere data risposta negativa.

Quanto alla prima delle questioni poste, non pare alla Scrivente che il generico rinvio operato dall'art. 4, comma 2 *sexies*, del d.l. 209/2002 alle norme del titolo II del d.P.R. 602/73 - peraltro previa verifica della compatibilità - sia sufficiente ad attribuire all'ingiunzione fiscale l'idoneità a costituire titolo per l'iscrizione di ipoteca *ex art. 77 del d.P.R. 602/73*.

Occorre, infatti, osservare che le norme che individuano gli atti sulla cui base può essere iscritta ipoteca presentano carattere eccezionale; vige, in tale materia, un principio di stretta legalità, la cui *ratio* può essere individuata

nella circostanza che l'ipoteca – essendo una forma di garanzia reale – può limitare in modo particolarmente incisivo la *par condicio creditorum* (nel senso del carattere eccezionale delle norme che introducono privilegi e del conseguente divieto di interpretazione analogica v. Cass. SS.UU. 5246/93, confermata, di recente, in Cass. n. 7309/2006).

L'art. 77 del d.P.R. 602 individua espressamente il ruolo come il titolo per l'iscrizione dell'ipoteca sui beni del contribuente ed ad esso non pare assimilabile l'ingiunzione prevista dal T.U. del 1910, presentando i due atti caratteristiche peculiari, anche in relazione alle specificità delle procedure nelle quali si innestano.

Dunque, come correttamente osservato da codesta Agenzia, il fatto che l'ingiunzione fiscale costituisca titolo esecutivo utile ai fini della riscossione coattiva delle entrate locali non rappresenta argomento sufficiente a dare risposta positiva al quesito in esame.

La Suprema Corte, al riguardo, occupandosi dell'ipoteca giudiziale di cui all'art. 2818 c.c., ha avuto modo di evidenziare che “... un provvedimento giudiziale il quale non sia sentenza, pur quando contenga l'accertamento del credito e ne ordini il pagamento, pur costituendo (persino) titolo esecutivo, non produce in sé ipoteca giudiziale se la legge non lo affermi espressamente” (Cass. n. 135/2001).

Tale pronuncia conferma la conseguente necessità di fornire delle norme che disciplinano i titoli ipotecari un'interpretazione restrittiva, che non sembra lasciare spazio, nel caso in esame, ad una soluzione positiva del quesito.

Pare idonea a fugare possibili obiezioni di disparità di trattamento rispetto ai tributi erariali la circostanza che gli enti locali, come accennato, nella vigenza del citato art. 52, comma 6, avevano, comunque, la possibilità di accedere alla procedura di riscossione mediante ruolo e, dunque, utilizzare l'intero sistema di cui al d.P.R. 602/73, tra cui l'iscrizione di ipoteca ai sensi dell'art. 77; il ricorso allo strumento dell'ingiunzione ai sensi del T.U. del 1910, sotto il profilo esaminato di minore potenzialità, costituisce oggetto di una libera determinazione.

Anche la seconda questione, relativa all'applicabilità ai soggetti di cui all'art. 53 del D.Lgs. 446/97 delle disposizioni di cui all'art. 47 del d.P.R. 602/73, sembra doversi risolvere in senso negativo.

Come osservato da codesta Agenzia, le norme che prevedono agevolazioni di natura fiscale sono, per costante orientamento della Suprema Corte, di stretta interpretazione, pertanto, non possono applicarsi al di fuori dei casi in esse espressamente previsti.

Il rinvio contenuto nell'art. 4, comma 2 *sexies* del d.l. 209/2002 al titolo II del citato d.P.R. 602 - che non è assoluto, bensì nei limiti della compatibilità -, non sembra poter determinare l'applicabilità dell'art. 47 nell'ambito della procedura di riscossione mediante ingiunzione fiscale, potendo anche dubitarsi dell'ammissibilità di un'interpretazione analogica della norma che estenda a soggetti diversi l'agevolazione riconosciuta in favore dei concessionari del servizio nazionale di riscossione.

In tal senso si è recentemente espressa quest'Avvocatura, con parere su cui si è pronunciato il Comitato Consultivo, in relazione ai benefici di cui

all'art. 47 *bis* del d.P.R. 602 citato (cs. 61078; prot. 81929 del 19 febbraio 2007). (...)).».

A.G.S. – Parere del 17 marzo 2008 n. 35666.

Legge 27 dicembre 2006, n. 296: “Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato”, art. 1, commi da 250 a 258 recanti nuove norme in materia di demanio marittimo (consultivo 2566/08, avvocato C. Colelli).

«(..) viene chiesto dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri un parere in ordine alla corretta interpretazione dell'art. 1, comma 251, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria 2007), che sostituisce il comma 1° dell'art. 03 del D.L. 5 ottobre 1993, n. 400 (conv. con mod. nella legge 4 dicembre 1993, n. 494) in materia di canoni annui per le concessioni di demanio marittimo con finalità turistico ricreative.

Più specificamente, la nota in riferimento richiama testualmente la *lett. b n. 1* della citata disposizione – secondo la quale “*per le concessioni di demanio marittimo aventi ad oggetto aree e specchi acquei, per gli anni 2004, 2005, e 2006 si applicano le misure unitarie vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge e non operano le disposizioni maggiorative di cui ai commi 21, 22 e 23 dell'art. 32 del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326, e successive modificazioni; a decorrere dal 1 gennaio 2007, si applicano i seguenti importi aggiornati degli indici ISTAT maturati alla stessa data...*” (segue l'indicazione degli importi unitari al metro quadro, distinti per tipologia di aree e rispettiva classificazione, sui quali va calcolato l'anzidetto aggiornamento) - e chiede espressamente conferma della conclusione ermeneutica “*circa la corretta imputabilità dei coefficienti di rivalutazione ISTAT a far data soltanto dall'anno 2004*”, senza spazio alcuno “*per estendere ulteriormente, in sede interpretativa, il predetto meccanismo rivalutativo*” (a decorrere dal 1994, secondo quanto riterrebbe l'Agenzia del Demanio), come la stessa nota ritiene doversi desumere dalla lettera della legge e “*dall'intento del legislatore, che stabilisce esplicitamente la non operatività delle disposizioni maggiorative di cui ai commi 21, 22 e 23 del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269*” (indiscriminato aumento del 300% recato dal c.d. “decreto Tremonti”).

Per un corretto apprezzamento della norma in esame è necessario considerare il contesto normativo nel quale essa va ad inserirsi, sostituendo il comma 1 dell'art. 3 del D.L. 400/93.

Orbene, l'art. 03, comma 1°, del D.L. 400/93, come modificato in sede di conversione dalla legge 494/93, con riguardo alle concessioni con finalità turistico-ricreative:

- classifica aree, pertinenze e specchi d'acqua in quattro categorie (A : ad alta valenza turistica; B: a normale valenza turistica; C: a minore valenza turistica; D: pertinenze di cui all'art. 29 cod. nav.);

- articola le misure dei canoni secondo l'anzidetta classificazione;
- rimette ad un decreto del Ministero della marina mercantile la determinazione, a decorrere dal 1 gennaio 1994, delle misure unitarie dei "canoni base" sulla base delle linee direttive dettate, cioè articolandoli per: 1) area scoperta; 2) area occupata con impianti di facile rimozione; 3) area occupata con impianti di difficile rimozione; 4) mare territoriale per specchi acquei o delimitati da opere che riguardino i porti; 5) specchi acquei compresi tra 100 e 300 metri dalla costa; 6) specchi acquei oltre 300 metri dalla costa; 7) specchi acquei utilizzati per il posizionamento di campi boa per l'ancoraggio delle navi al di fuori degli specchi acquei di cui al n. 4).

L'art 04 dello stesso D.L. 400/93 prevede che i canoni siano aggiornati annualmente, con decreto del Ministro della Marina mercantile (ora Ministro dei Trasporti), sulla base della media degli indici ISTAT.

Al riguardo viene precisato nella nota in riscontro che si è evidenziato che *"per il periodo 1994/2003"* gli ordini di introito relativi al pagamento dei canoni concessori *"recavano le dovute maggiorazioni ISTAT alla stregua del quadro normativo vigente"*.

Può aggiungersi che l'art. 1 del ripetuto D.L. 400/93 prevede per le concessioni aventi decorrenza dagli anni 1990, 1991, 1992 e 1993 l'aggiornamento dei canoni annui sulla base delle variazioni ISTAT con riferimento alle misure dei canoni dovuti nel 1989 ai sensi delle precedenti disposizioni (attuative del D.L. 77/89).

L'art. 10 della legge 449/97 dispone peraltro che i canoni determinati ai sensi dell'art. 03, comma 1, e dell'art. 1 del D.L. 400/93 *"si applicano alle concessioni aventi decorrenza successiva al 31 dicembre 1997"*. Il riferimento deve intendersi anche alle concessioni "rinnovate" dopo tale data, tenuto conto della sostanziale differenza (pacifica nella giurisprudenza civile ed amministrativa) tra "proroga" (che impedisce la scadenza dell'originario rapporto modificandone il termine) e "rinnovo" (che postula l'avvenuta scadenza del rapporto, con tutti gli effetti a questa connessi, e la decorrenza di un nuovo rapporto, di identico o parzialmente modificato oggetto, alle stesse o ad altre condizioni).

A sua volta il D.M. 342/1998 del Ministero dei Trasporti e della Navigazione (regolamento attuativo delle precedenti disposizioni legislative, ivi comprese quelle della richiamata legge 449/97) indica nelle tabelle A e B ad esso allegate, come canoni dovuti per le concessioni successive al 31 dicembre 1997, gli stessi importi di cui al comma 1 dell'art. 3 del D.L. 400/93 e precisa (art 7) che *"i canoni determinati ai sensi del presente decreto sono aggiornati annualmente nei modi indicati nel comma 1 dell'art. 04 della legge 4 dicembre 1993 n. 494"* (legge di conversione del D.L. 400/93).

In tale contesto, comunque, è intervenuto il D.L. 269/2003, che, all'art. 32, commi 21, 22 e 23, rinviata ad un decreto interministeriale da adottare entro 60 giorni dalla propria entrata in vigore la ridefinizione dei canoni di cui al ripetuto art. 3 D.L. 400/93, stabiliva che, in caso di mancata tempestiva adozione di tale decreto, *dal 1° gennaio 2004* i canoni sarebbero stati ridefiniti *"nella misura prevista dalle tabelle allegate al D.M. 342/1998 del*

Ministero dei Trasporti e della Navigazione rivalutate del trecento per cento” (comma 22 dell’art. 32 citato, come sostituito dall’art. 2, comma 53 della legge 350/03).

Tale ultima previsione non ha tuttavia trovato concreta attuazione. Ed infatti, mentre il termine del 1° gennaio 2004 da essa stabilito è stato più volte prorogato e spostato da ultimo *al 31 dicembre 2006* (art. 2, comma 69, D.L. 262/2006), le disposizioni di cui ai commi 21, 22 e 23 dell’art. 32 D.L. 269/2003 sono state formalmente abrogate dall’art. 1, comma 256, della stessa legge 27 dicembre 2006, n. 296 (entrata in vigore il 1 gennaio 2007).

In modo specifico, inoltre, la disposizione recata dal comma 1, lett. b) n 1 dell’art. 03 del D.L. 400/93, come sostituito dal comma 251 dell’art. 1 della legge 296/2006, precisa che *per gli anni 2004, 2005, e 2006* non operano le disposizioni maggiorative di cui ai commi 21, 22 e 23 dell’art. 32 D.L. 269/2003 ma si applicano *“le misure unitarie vigenti alla data di entrata in vigore della stessa legge 296/2006”*, cioè quelle, originariamente determinate dal D.L. 400/93 (rese applicabili dalla legge 449/97 e dal D.M. 342/1998 ai rapporti concessori successivi al 31 dicembre 1997), *incrementate sulla base dei decreti emanati dal Ministero dei Trasporti ai sensi dell’art. 04 dello stesso D.L. 400/93* (v. da ultimo, per l’anno 2006, il D.M. 28 novembre 2005 in *G.U.* 27 febbraio 2006 n. 48).

Viene così ripristinata una continuità di applicazione generalizzata, sino all’entrata in vigore della ripetuta legge finanziaria 296/2006, del sistema tabellare di determinazione dei canoni quale definito dal D.L. 400/93, reso operativo, per quanto concerne le misure dei canoni base ivi indicate, con riferimento alle concessioni successive al 31 dicembre 1997.

La nuova disciplina recata dalla legge 296/2006, *decorrente dal 1 gennaio 2007*, stabilisce una classificazione di aree, pertinenze demaniali marittime e specchi acquei in solo due categorie (A: ad alta valenza turistica; B: a normale valenza turistica), modifica il precedente impianto normativo prevedendo, per quanto di interesse nel presente parere, ancora un canone tabellare per alcune tipologie di beni oggetto di concessione, cioè per le *aree e gli specchi acquei* (in particolare: aree scoperte; aree occupate con impianti di facile rimozione; aree occupate con impianti di difficile rimozione, non costituenti pertinenze nei sensi appresso precisati; mare territoriale per specchi acquei o delimitati da opere che riguardino i porti; specchi acquei compresi tra 100 e 300 metri dalla costa; specchi acquei oltre 300 metri dalla costa; specchi acquei utilizzati per il posizionamento di campi boa per l’ancoraggio delle navi al di fuori degli specchi acquei già considerati).

Tanto premesso, è ora possibile affrontare il problema specifico concernente la data di riferimento per il calcolo degli indici ISTAT *maturati alla data del 1 gennaio 2007*, da applicare per *l’aggiornamento degli importi direttamente indicati dalle disposizioni del comma 1 lett. b) n. 1* dell’articolo in esame, ai fini della determinazione dei *canoni dovuti dal 1 gennaio 2007* per le concessioni di aree e specchi acquei.

Tenuto conto del tenore della norma, ritiene la Scrivente che la soluzione a tale questione debba discendere dal raffronto tra le misure dei “canoni

base” indicate dal citato art. 1, comma 251, lett. b) n. 1 e le misure dei canoni suo tempo previste dall’originario disposto dell’ art. 03, comma 1, del D.L. 400/93 (rese applicabili dalla legge 449/97 e conseguente D.M. 342/98 alle concessioni successive al 1997).

Da tale raffronto emerge che il legislatore del 2006, nel sostituire il comma 1 dell’art. 03 del D.L. 400/93 con il comma 251 dell’art. 1 della legge 296/2006, ha indicato l’importo base dei canoni di concessione - su cui calcolare gli aggiornamenti al 2007 - limitandosi a convertire in euro (con gli ovvii arrotondamenti dei decimali) *gli stessi importi a suo tempo determinati con l’originario art. 03 del D.L. 400/93 e che hanno trovato applicazione dal 1° gennaio 1998* (così la misura del canone base per l’area scoperta di categoria A di € 1,86 al metro quadrato corrisponde a quella di £ 3.600 stabilita dal D.L. 400/93 per il medesimo tipo di area; la misura del canone base per l’area scoperta di categoria B di € 0,93 al metro quadrato corrisponde a quella a suo tempo stabilita di £ 1.800; per le aree occupate con impianti di facile rimozione l’importo di € 3,10 al metro quadrato della categoria A corrisponde a quello di £ 6000 e l’importo di € 1,55 al metro quadrato della categoria B corrisponde a quello di £ 3.000; per le aree occupate con impianti di difficile rimozione l’importo di € 4,13 al metro quadrato della categoria A corrisponde a quello di £ 8000 e l’importo di € 2,65 al metro quadrato della categoria B corrisponde a quello di £ 4.000; l’importo di € 0,72 per ogni metro quadro di mare territoriale per specchi acquei o delimitati da opere riguardanti i porti corrisponde a quello di £ 1.400; l’importo di € 0,52 per gli specchi acquei compresi tra 100 e 300 metri dalla costa corrisponde a quello di £ 1.000; l’importo di € 0,41 per gli specchi acquei oltre 300 metri dalla costa corrisponde a quello di £ 800; l’importo di € 0,21 per gli specchi acquei utilizzati per il posizionamento di campi boa per l’ancoraggio delle navi corrisponde a quello di £ 400).

Ciò induce a ritenere che le maggiorazioni sugli *immutati importi base*, da calcolare per la determinazione dei canoni dovuti *dal 1 gennaio 2007*, debbano fare riferimento agli indici ISTAT maturati dal 1 gennaio 1998 (in cui detti importi sono divenuti applicabili) sino al 1 gennaio 2007 (coerentemente, del resto, con le non toccate previsioni dell’art. 4 del D.L. 400/93, fonte regolatrice della materia sino a tutto il 31 dicembre 2006, secondo quanto espressamente stabilito dalla stessa norma in esame).

La *ratio* di tale interpretazione può essere rinvenuta nella circostanza che, in base alla nuova classificazione delle aree contenuta nell’articolo 1, comma 253, in commento, non esiste più la categoria C, alla quale precedentemente (secondo quanto si è appreso dall’Agenzia del Demanio), in mancanza dei provvedimenti regionali di classificazione, venivano ricondotte, ai fini della determinazione del canone, tutte le concessioni in essere.

Secondo la nuova disciplina, in mancanza di diversa previsione, i canoni vanno commisurati agli importi della categoria B, con la conseguenza che si registrerà, mediamente, un aumento degli importi dei canoni stessi, a fronte del quale può considerarsi ragionevole l’applicazione dell’aggiornamento ISTAT sulla misura base a decorrere dal 1° gennaio 1998 piuttosto che l’ulteriore aggiornamento al 2007 del canone relativo all’anno 2006, risultante

da tutta la serie delle precedenti maggiorazioni annuali già apportate al canone (via via incrementato) a decorrere dalla stessa data ai sensi dell'art. 4 del D.L. 400/93 (da ultimo nella misura di cui al D.M. 28 novembre 2005).

In altri termini, il legislatore del 2006 intende tener conto delle variazioni del potere d'acquisto dell'unità di moneta legale, per esprimere in termini monetari attuali lo stesso valore reale considerato dal legislatore con riferimento al 1 gennaio 1998. Esso non ha dunque disposto alcun aumento *in termini reali* della misura tabellare dei canoni applicabili da quest'ultima data.

È appena il caso di aggiungere che:

- non sembra pertinente parlare di applicazione retroattiva della norma, trattandosi di definire le modalità di calcolo di canoni dovuti *a decorrere dal 2007*;
- non si configura alcuna duplicazione, in quanto le maggiorazioni in discorso vanno calcolate *sul canone originario* e non sul canone risultante dalla progressiva implementazione conseguente alle annuali variazioni dell'indice ISTAT;

- anche per quanto già precisato circa la riconduzione dei canoni per le annualità 2004, 2005, 2006 (astrattamente interessate dal “decreto Tremonti”) alla disciplina del D.L. 400/93, non risulta per alcun verso contraddetta l'intenzione legislativa di evitare indiscriminati aumenti (come quello, stabilito dallo stesso “decreto Tremonti”, nella misura del 300% dei canoni previsti nelle tabelle allegate al DM. 342/98) volti ad incidere sul valore reale dei canoni individuato come punto di equilibrio in esito alla ponderazione degli interessi pubblici e privati operata dal legislatore del 1993 e riconsiderata da quello del 1997; ponderazione che, invece, in ragione di quanto sin qui osservato, risulta confermata dal legislatore del 2006.

Si resta a disposizione per quant'altro possa occorrere (...)».

A.G.S. – Parere del 20 marzo 2008 n. 37023.

Utilizzo della garanzia nelle operazioni di transito comunitario (consultivo 2571/08, avvocato G. Albenzio).

«(...) codesta Agenzia chiede se possa consentirsi agli “speditori autorizzati” ad effettuare le operazioni di “transito comunitario” in regime semplificato, ai sensi dell'art. 372 Reg. CE 2454/93, di utilizzare – quando operano per conto terzi – la garanzia personale dei soggetti da essi rappresentati anziché la propria “garanzia globale” di cui all'art. 380 detto DAC.

Ad avviso della Scrivente ciò non può essere consentito (come anche codesta Agenzia ipotizza), salvo che i rappresentati non siano, a loro volta, “speditori autorizzati”, atteso che i regimi agevolati o di semplificazione concessi a taluni operatori sono configurati dal Codice doganale e dal suo Regolamento di attuazione con specifico riferimento alle singole categorie e persone ed alle garanzie che questi devono fornire in relazione al tipo di operazioni posto in essere, ai rischi di evasione da coprire ed alle correlate esigenze di controllo.

Vero è che la normativa generale di cui all'art. 189 Reg. CEE 2913/92-CDC consente all'Autorità doganale di “richiedere la costituzione di una sola garanzia” allorché si tratti della “medesima obbligazione doganale”

(comma 2), ma la disciplina specifica dettata per le operazioni di “*transito comunitario*” dal Capitolo 4, parte II, del Reg. CEE 2454/93-DAC (in particolare, art. 372, 379, 380-384) esclude – ad avviso di questa Avvocatura – la possibilità di esercitare quella facoltà nel caso di specie.

Infatti, la disciplina del DAC contiene disposizioni specifiche configurate sulla persona ammessa alla agevolazione e, nel contempo, onerata della garanzia, anche in relazione al suo uso (art. 379 e 398), nonché una regolamentazione puntuale dei casi di riduzione o esonero dall’obbligo di garanzia (art. 380-381) e dei controlli nazionali e comunitari sui “*certificati*” di garanzia rilasciati (art. 383-384): è agevole rilevare che tutto il sistema testé richiamato verrebbe ad essere compromesso nella sua attuazione e verifica se si consentisse agli “*speditori autorizzati*” di utilizzare le garanzie prestate (ripetesi, su altri presupposti e, in alcuni casi, ad altri fini) dai soggetti terzi rappresentati; inoltre, nel caso di *utilizzo* delle garanzie di terzi, le responsabilità degli speditori non sarebbero, verosimilmente, coperte dalle polizze rilasciate nominativamente per i soggetti rappresentati e non per i loro rappresentanti (nella specie, gli speditori autorizzati).

Si ritiene, pertanto, che l’istanza degli “*speditori autorizzati*” non possa essere accolta, salvo diverse indicazioni che dovessero pervenire dalla Commissione CE e, se del caso, dalla Corte di Giustizia, unici Organismi competenti a dettare disposizioni attuative ed interpretative delle disposizioni comunitarie, in risoluzione di eventuali conflitti fra i diversi testi normativi (...).

A.G.S. – Parere del 9 aprile 2008 n. 45266.

Mutui erogati da Enti, Istituti, fondi e casse previdenziali per l’acquisto di case di abitazione – Applicabilità degli artt. 15, 17 e 18 del d.P.R. n. 601/1973 – Art. 2, comma 1 bis del DL n. 220/2004, convertito con modificazioni dalla legge n. 257/2004 (consultivo 40285/07, avvocato A.L. Caputi Iambrenghi).

«(...) codesta Agenzia chiede di conoscere se siano riconducibili nell’ambito del regime sostitutivo di cui agli artt. 15, 17 e 18 del d.P.R. 601/1973 (regime esteso dall’art. 2 comma 1 *bis* del D.L. 220/2004 alle operazioni di mutuo degli Enti, Istituti, Fondi e Casse previdenziali nei confronti dei propri dipendenti ed iscritti) anche ai finanziamenti destinati ad estinguere mutui contratti per l’acquisto di abitazioni.

La soluzione negativa prospettata da codesta Agenzia ed ancorata prevalentemente alla natura agevolativa del regime sostitutivo (come tale di stretta interpretazione, secondo principi quieti nella giurisprudenza del giudice di legittimità), ad avviso della scrivente sembra superabile alla luce delle seguenti considerazioni.

L’art. 2 comma 1 *bis* del D.L. 220/2004, recita testualmente: “*Le disposizioni di cui agli articoli 15, 17 e 18 del d.P.R. 601/1973, e successive modificazioni, trovano applicazione anche con riferimento alle operazioni di mutuo relative all’acquisto di abitazioni poste in essere da enti, istituti, fondi e casse previdenziali nei confronti dei propri dipendenti ed iscritti*”.

Orbene, l'uso della locazione “operazioni di mutuo relative all'acquisto di abitazione” consente, sotto il profilo letterale, di ritenere rientranti sulla previsione della predetta norma anche il finanziamento (operato dai menzionati enti a favore dei propri iscritti) pur se “indirettamente correlato” ma comunque sempre finalizzato all'acquisto di immobili ad uso abitativo, per il quale era stato stipulato l'originario mutuo destinato ad essere estinto con il medesimo finanziamento: senza che tale conclusione (coerente alla ratio agevolativa delle operazioni di finanziamento aventi unitaria “causa” nell'acquisto di casa di abitazione) determini alcuna forzatura ermeneutica in contrasto con il canone di cui all'art. 14 delle Disposizioni preliminari al codice civile, né violi la riserva di legge in materia tributaria.

Né infine costituisce ostacolo alla tesi qui esposta l'atto Senato n. 1644, già approvato dalla Camera e citato da codesta Agenzia.

Nel disegno di legge di iniziativa governativa, si propone una integrazione del testo normativo di cui all'art. 2 comma 1 *bis* del D.L. 220/2004, a breve distanza dalla sua entrata in vigore (e cioè fine 2004) con una valenza che appare meramente interpretativa (e quindi retroattiva) stante il probabile contrasto in sede applicativa.

Conclusivamente si ritiene che non sussistono ostacoli ad una estensione del regime sostitutivo di cui agli artt. 15, 17, e 18 del d.P.R. 601/1973, anche ai finanziamenti concessi da Enti, istituti, fondi e casse previdenziali destinati ad estinguere mutui contratti per l'acquisto di abitazioni (...).

A.G.S. – Parere del 10 aprile 2008 n. 46819.

Apparecchiature semaforiche (consultivo 3330/08, avvocato F.M. Patierno).

«Si riscontra la nota (...) relativa all'oggetto, in relazione alla quale ha formulato osservazioni il Ministero dei Trasporti che legge per conoscenza.

Il Ministero dell'Interno ha posto il quesito se l'installazione di semafori dotati di apparecchiature omologate, per la rilevazione del passaggio con luce rossa, sia consentita solo sulle strade di cui all'art. 4, comma 2, del D.L. n. 121/2002, come coordinato e modificato dalla legge di conversione n. 168/2002, che prevede la possibilità di utilizzare strumenti di controllo del traffico – previa informazione agli automobilisti – “finalizzati al rilevamento a distanza delle violazioni alle norme di comportamento di cui agli artt. 142, 148 e 176 del Codice della Strada”, concernenti, rispettivamente, i limiti di velocità, il sorpasso e i comportamenti da tenere durante la circolazione su autostrade e strade extraurbane principali.

Va preventivamente considerato che la disciplina del nuovo Codice della Strada mira a garantire la sicurezza delle persone e della circolazione stradale, quale finalità primaria di ordine sociale ed economica perseguita dallo Stato (art. 1 Decreto Legislativo 30 aprile 1992 n. 285) e la realizza, tra l'altro, attraverso il miglioramento della circolazione e la segnaletica stradale (art. 208 co. 4 D. Legislativo 30 aprile 1992 n. 285).

La rilevazione a distanza e differita nel tempo delle infrazioni al codice della strada si pone quale eccezione a due principi cardine: 1) presenza dell'agente accertatore; 2) contestazione immediata, di regola, dell'infrazione.

Le modalità di cui sopra sono tese alla maggior tutela della sicurezza della circolazione e dell'incolumità della vita umana, nonché a consentire attraverso la successione violazione-contestazione-sanzione, un rapporto di immediatezza che assicuri, nel rispetto del diritto di difesa del "contravventore", insieme al momento repressivo anche la dimensione educativa ritenuta indispensabile al codice.

Il decreto-legge 20 giugno 2002 n. 121 convertito con modificazione nella legge 1 agosto 2002 n. 168 ("*Disposizioni urgenti per garantire la sicurezza nella circolazione stradale*"), ha previsto tuttavia la possibilità di utilizzare strumenti di controllo remoto delle violazioni nelle fattispecie disciplinate dagli artt. 142, 148 e 176 - senza la necessità di intervento diretto degli agenti di p.s. e di contestazione immediata - del citato Decreto Legislativo n. 285 del 1992, in tema di limiti di velocità, di sorpasso e di comportamenti in autostrade e strade extraurbane principali. Tale elenco appare essere tassativo e non esemplificativo.

La questione della compatibilità della rilevazione mediante dispositivo automatico dell'attraversamento di intersezione semaforizzata va impostato alla luce della disciplina vigente, quale si desume dall'art. 201, commi 1 *bis* e 1 *ter*, Codice della Strada, nel testo mod. ed int. dal D.L. n. 151/03 conv. con legge n. 214/03 al quale deve aversi riguardo (la richiamata sentenza Cass. n. 2330/05 è stata resa con riferimento ad infrazione del 2001 e quindi con riguardo alla previgente normativa, sicché non è rilevante ai fini qui in esame).

L'attuale art. 201 del Codice della strada – notificazioni delle violazioni – stabilisce:

1.- Qualora la violazione non possa essere immediatamente contestata, il verbale con gli estremi precisi e dettagliati della violazione e con la indicazione dei motivi che hanno reso impossibile la contestazione immediata, deve, entro centocinquanta giorni dall'accertamento, essere notificato all'effettivo trasgressore o, quando questi non sia stato identificato e si tratti di violazione commessa dal conducente di un veicolo a motore, munito di targa, ad uno dei soggetti indicati nell'art. 196, quale risulta dai pubblici registri alla data dell'accertamento.

1.*bis*- Fermo restando quanto indicato dal comma 1, nei seguenti casi la contestazione immediata non è necessaria e agli interessati sono notificati gli estremi della violazione nei termini di cui al comma 1:

- a) impossibilità di raggiungere un veicolo lanciato ad eccessiva velocità;
- b) *attraversamento di un incrocio con il semaforo indicante la luce rossa*;
- c) sorpasso vietato;
- d) accertamento della violazione in assenza del trasgressore e del proprietario del veicolo;
- e) accertamento della violazione per mezzo di appositi apparecchi di rilevamento direttamente gestiti dagli organi di Polizia stradale e nella loro

disponibilità che consentono la determinazione dell'illecito in tempo successivo poiché il veicolo oggetto del rilievo è a distanza dal posto di accertamento o comunque nell'impossibilità di essere fermato in tempo utile o nei modi regolamentari.

f) *accertamento effettuato con i dispositivi di cui all'articolo 4 del decreto-legge 20 giugno 2002, n. 121, convertito, con modificazioni, dalla legge 1 agosto 2002, n. 168, e successive modificazioni;*

g) *rilevazione degli accessi di veicoli nelle zone a traffico limitato e circolazione sulle corsie riservate attraverso i dispositivi previsti dall'articolo 17, comma 133-bis, della legge 15 maggio 1997, n. 127.*

1.ter. - Nei casi diversi da quelli di cui al comma 1-bis nei quali non è avvenuta la contestazione immediata, il verbale notificato agli interessati deve contenere l'indicazione dei motivi che hanno reso impossibile la contestazione immediata. *Nei casi previsti alle lettere b), f) e g) del comma 1-bis non è necessaria la presenza degli organi di polizia qualora l'accertamento avvenga mediante rilievo con apposite apparecchiature debitamente omologate.*

Sinteticamente l'art. 201, dopo aver specificato, al comma 1-bis, i casi eccezionali di consentita contestazione differita, indica, al comma 1-ter, le ipotesi in cui non è neppure necessaria la presenza sui luoghi dell'organo di polizia laddove l'accertamento avvenga con apposite apparecchiature debitamente omologate solo nelle fattispecie di seguito elencate:

- attraversamento di incrocio con il semaforo rosso (lett. b);
- accertamento effettuato con i dispositivi di cui all'art. 4, D.L. n. 121/2002 (lett. f);
- rilevazione degli accessi dei veicoli nelle zone a traffico limitato e circolazione nelle corsie riservate, con i dispositivi previsti dall'art. 17, comma 33-bis, legge n. 127/1997 (lett. g).

Per le ipotesi di cui alle lett. f) e g), la specifica omologazione dell'apparecchiatura è idonea a rendere facoltativa la presenza dell'agente quando sia accompagnata (per l'ipotesi *sub f)* solo per le strade di cui all'art. 2, co. 2, lett. c) e d) del Cod. Str.) ad una attività amministrativa "terza" – ossia sottratta alla valutazione dello stesso ente od organo titolare della strada e che procede all'irrogazione della sanzione e ne percepisce i proventi – finalizzata, a garanzia degli utenti della strada e, in generale, della sicurezza dei cittadini, al riscontro preventivo delle condizioni che legittimano l'installazione dei dispositivi in deroga ai principi generali della contestazione immediata e della presenza dell'organo accertatore.

In deroga ai richiamati principi è pertanto indispensabile la predetta "valutazione" preventiva "terza" la quale, nei casi e nell'ipotesi di cui alla lettera f), è rimessa al Prefetto in qualità di autorità provinciale di pubblica sicurezza e, nell'ipotesi di cui alla lettera g) segue una complessa e articolata procedura che si conclude con un'autorizzazione ministeriale.

L'ipotesi di cui alla lett. b) – attraversamento di un incrocio con semaforo indicante luce rossa pur in assenza degli agenti accertatori – sembra sfuggire invece a qualsiasi regime di autorizzazione o valutazione preventiva da parte di organi statali e in particolare del Prefetto (salva sempre la necessa-

ria specifica omologazione all'apparecchiatura automatica di rilevamento *ex art. 45 Cod. Str.*).

La nota ministeriale cui si risponde ritiene che i dispositivi di rilevazione delle infrazioni semaforiche possano essere installati solo sulle strade individuate nei decreti prefettizi (evidentemente diverse dalle autostrade e strade extraurbane principali) individuate nei decreti prefettizi previsti dall'art. 4, co. 2, del D.L. 121/02, convertito nella legge n. 168/2002.

Dalla *littera legis* sembra, peraltro, che il legislatore abbia sottoposto la fattispecie delle lettere *b*), *f*) e *g*) a regimi differenziati, prevedendo che solamente l'impiego di dispositivi di cui alla lettera *f*) debba "sottostare" a quanto disposto – nei casi indicati – alla disciplina di cui all'art. 4 del D.L. 121/2002 convertito nella legge n. 168/2002: mentre nulla ha disposto per quanto concerne i dispositivi per la rilevazione delle infrazioni semaforiche, distintamente considerati e per i quali non è fatto alcun richiamo alla procedura di individuazione delle strade di cui al medesimo art. 4 (co. 1 u.p.c. co. 2).

La vigente normativa di riferimento, non pare pertanto permettere altre interpretazioni, diverse da quella che emerge dalla inequivoca formulazione delle sopramenzionate disposizioni.

Naturalmente, la delibera con la quale l'organo dell'ente titolare della strada decida di utilizzare ed installare una apparecchiatura di rilevamento automatico delle infrazioni *de quibus* – ferma la necessità di specifica omologazione ministeriale del modello della medesima, idonea ad essere impiegata in assenza di agenti di polizia stradale – deve essere, secondo i principi generali, motivata con il ragionevole e ponderato apprezzamento della scelta operata, in relazione alle esigenze della circolazione e della sicurezza del traffico e degli utenti. Tale delibera, al pari di ogni atto amministrativo, è suscettibile di controllo in sede giurisdizionale anche sotto il profilo dell'eccesso di potere: così come compete al giudice, investito dell'eventuale opposizione avverso verbale di constatazione o ordinanza ingiunzione irrogativa di sanzione, il riscontro se le modalità in cui sia avvenuta la installazione od operi il funzionamento della apparecchiatura stessa, oltre che rispettosi delle prescrizioni del decreto di omologazione del modello, costituiscano in concreto un valido ed inequivoco mezzo di accertamento della violazione in tal modo rilevata. (...)».

A.G.S. – Parere del 14 aprile 2008 n. 48170.

Assegnazione ore di sostegno scolastico per situazione di handicap (contenzioso 43171/07, avvocato S. Varone).

«Le più recenti pronunce dell'Autorità Giudiziaria sul diritto all'integrazione scolastica degli alunni disabili, che hanno visto l'Amministrazione costantemente soccombente, impongono una attenta meditazione della tematica da parte dei competenti organi.

Al riguardo occorre premettere che tanto nell'ambito delle procedure d'urgenza, quanto in sede di merito le difese di questa Avvocatura si sono

costantemente orientate, sotto il profilo della “competenza”, a dedurre il difetto di giurisdizione dell’AGO in favore del TAR, mentre sotto il profilo del merito l’infondatezza della pretesa del privato è stata argomentata sulla base del limitato numero di insegnanti di sostegno, a sua volta determinato dalle dotazioni organiche complessive.

Sotto il profilo della giurisdizione si è infatti argomentato che la competenza del giudice amministrativo deriverebbe o dall’inferenza della materia ad attività dell’amministrazione rese nell’ambito ed in funzione del servizio pubblico della pubblica istruzione (giurisdizione esclusiva), ovvero, alternativamente teorizzando l’esistenza di un “potere” organizzatorio in senso proprio (essenzialmente attinente alla determinazione delle dotazioni organiche), con correlata qualificazione della posizione del privato quale mero interesse legittimo.

Benché sul punto consti l’esistenza di un favorevole pronunciamento della Cassazione (Cass. civ. Sez. Unite 19 gennaio 2007, n. 1144), resta il fatto che i giudici di primo grado, disattendendo il pronunciamento della Cassazione, continuano a ritenere di propria spettanza le controversie in questione.

Al riguardo la linea che adotterà questa Avvocatura sarà quella di insistere sulla relativa eccezione, mentre solo per alcune controversie “pilota” si proporrà regolamento preventivo al fine di ottenere un ulteriore pronunciamento della Cassazione sulla questione.

Sotto il profilo del merito si è finora sostenuto, a tutela della posizione della P.A., che l’invocato diritto, non sarebbe identificabile *tout court* con il diritto allo studio o con il diritto alla salute, essendo invece assimilabile alle più generali aspettative di ricevere dallo Stato, quale erogatore di pubblici servizi, specifiche prestazioni, con la conseguenza che potrebbe essere garantito ad ogni persona solamente “come un diritto costituzionale condizionato dall’attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell’interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento”.

Tuttavia tale tesi non ha trovato riscontri positivi in giurisprudenza ove si è costantemente “*ritenuto che si tratta di diritti soggettivi inviolabili, non suscettibili di essere compressi o degradati dalla Pubblica Amministrazione, con conseguente irrilevanza delle giustificazioni adottate dalla resistente in ordine alla limitatezza delle risorse personali e finanziarie disponibili ed alla contemporanea esigenza di assistenza di altri scolari*”, posizione che, dapprima fatta propria dall’Autorità giurisdizionale ordinaria, è stata poi condivisa anche dal plesso giurisdizionale amministrativo a partire dalla già citata Cons. St. 21 marzo 2005 n. 1134: “*L’Amministrazione scolastica ha il potere-dovere di individuare le corrette modalità di realizzazione del diritto al sostegno spettante all’alunno disabile, assicurando, per quanto possibile, un servizio che sia adeguato in relazione alle patologie sofferte e documentate, con l’attribuzione di un numero di ore di insegnamento, da parte di*

appositi insegnanti specializzati, idonee a realizzare il particolare diritto della persona in stato di disabilità riconosciuto dalla legge”.

Si è d'altronde esclusa la sussistenza in capo alla P.A. di profili di discrezionalità in senso proprio “*non potendosi ravvisare quest'ultima nell'esercizio dei poteri di autoorganizzazione sicuramente inidonei a comprimere un diritto affermato sia dalla costituzione (art. 34) sia in via di legislazione primaria (l. n. 104/1992); del pari l'interferenza delle pronunce giudiziali con l'esercizio di poteri amministrativi, che si porrebbe in contrasto con il divieto derivante dall'art. 4 della legge n. 2248/1865 all. E, viene di norma esclusa in quanto l'ordine impartito all'Amministrazione di assegnare un determinato numero di ore settimanali di sostegno andrebbe a rimuovere situazioni materiali riconducibili all'attività della P.A. “che si presentano in contrasto con i precetti posti... a salvaguardia di diritti soggettivi altrui... in cui non viene in discussione l'esercizio del potere, normalmente discrezionale, della stessa P.A. ma la necessità del ripristino delle condizioni di legalità, per il che non può configurarsi la possibilità di una scelta diversa rispetto a quella costituita da tale ripristino” (ex plurimis Tribunale Roma, sez. II, ord. 7 febbraio 2004).*

Al di là della condivisibilità o meno di tale posizione giurisprudenziale, resta il fatto che l'orientamento ormai pressoché univoco dei giudicanti, propensi a riconoscere l'esistenza di un diritto soggettivo pieno (che peraltro potrebbe trovare ora legittimazione nella recente convenzione internazionale dei diritti delle persone con disabilità, sottoscritta per l'Italia il 30 marzo 2007 dal Ministro della Solidarietà Sociale), con conseguente soccombenza in giudizio ed aggravio connesso alle spese di lite, *impone che tutti gli organi competenti pongano la massima attenzione alla problematica, anche al fine di fornire tempestiva attuazione alle recenti innovazioni contenute nella legge finanziaria per il 2008, lì dove valorizza i profili programmatici della determinazione organica degli insegnanti di sostegno nell'ottica della determinazione e razionalizzazione del fabbisogno complessivo (art. 1 comma 414 della legge 24 dicembre 2007, n. 244).*

Nelle more di detta attuazione si tratta di individuare una comune linea a tutela degli interessi dell'Amministrazione e dell'erario, considerato che la totale soccombenza nelle controversie *de quibus* determina un aggravio dei normali oneri finanziari connesso al pagamento delle spesso ingenti spese di lite, sovente lievitate esponenzialmente in virtù delle plurime fasi cautelari e di merito dei singoli giudizi. Preso pertanto atto delle posizioni giurisprudenziali si ritiene che l'unica efficace difesa risulti allo stato quella incentrata su una attenta valutazione da parte dell'amministrazione della situazione sanitaria del richiedente.

Al riguardo, ferme le valutazioni e determinazioni che restano di competenza dei singoli avvocati incaricati, si ritiene opportuno evidenziare le linee generali di condotta che, salvo diverso avviso dell'Amministrazione, saranno tenute da questa Avvocatura Generale sotto il profilo del merito:

1) nell'ipotesi in cui i competenti organi pubblici abbiano accertato l'esistenza di una situazione di handicap tale da richiedere, ai fini della corret-

ta integrazione scolastica, un determinato monte ore settimanali di sostegno, ed in assenza di specifiche censure da parte dell'amministrazione sulla correttezza dell'accertamento sanitario, la difesa in giudizio non potrà che essere meramente formale, con la precisazione che il rapporto insegnante-alunno garantito dal giudicante non potrà in ogni caso superare il rapporto di 1/1.

2) In caso fossero ravvisabili profili di illegittimità delle valutazioni espresse dagli organi sanitari, si solleciterà l'organo giudicante all'espletamento di una consulenza tecnica d'ufficio, al fine di appurare la patologia e la necessità stimata di ore di sostegno settimanali.

3) Tali linee guida governeranno anche la valutazione in ordine all'opportunità di impugnare i provvedimenti sfavorevoli ed attivare la fase di merito in ipotesi di adozione di misure cautelari. In particolare, in ipotesi di intervenuta soccombenza in sede cautelare occorrerà procedere ad una pregnante analisi in ordine al probabile esito della lite al fine di verificare l'opportunità o meno di attivare la fase di merito. Considerata infatti la facoltatività dell'attivazione di quest'ultima a seguito delle modifiche introdotte all'art. 669 *octies* c.pc. operate dalla legge 14 maggio 2005, n. 80, in ipotesi di presumibile esito negativo della lite è preferibile (salvo ovviamente il diverso avviso espresso dall'amministrazione nel singolo caso), a tutela degli interessi dell'erario, non procedere alla riassunzione della causa (...).

A. G. S. – Parere del 9 maggio 2008 n. 62026.

Fondo per il soddisfacimento dei debiti dei partiti e movimenti politici in attuazione dell'art. 6 bis della legge 3 giugno 1999, n. 157 (consultivo 27769/07, avvocato G. Palmieri).

«1.- (...) si chiede se possa essere attivata la garanzia prevista in favore dei creditori di partiti politici disciolti nel caso in cui questi si siano trovati nell'impossibilità di esperire le procedure esecutive ordinarie consentite e di inviare l'avviso di richiesta di escussione del fondo, come disposto dall'art. 2, comma 2, del Regolamento del Ministro dell'Economia e delle Finanze 22 febbraio 2007, n. 31, emanato in attuazione dell'art. 6- *bis* della legge 3 giugno 1999, n. 157, per la mancata reperibilità dei partiti politici debitori e dei loro amministratori.

Nell'affermativa, si chiede, altresì, se siano corrette le modalità di calcolo degli accessori – interessi e rivalutazione monetaria - contenute nelle istanze pervenute da ex-dipendenti dei detti partiti, relative a sentenze di condanna ottenute fino al 1997 presso vari Uffici giudiziari in funzione di giudici del lavoro.

2.- Al riguardo, si osserva.

Con l'art. 39-*quater decies*, 2° comma, lett. *d*), del decreto legge 30 dicembre 2005, n. 273, “*definizione e proroga di termini, nonché conseguenti disposizioni urgenti*”, convertito con modificazioni con la legge 23 febbraio 2006, n. 51, sono state introdotte, tra l'altro, modifiche alla legge 3 giugno 1999, n. 157, contenente “*nuove norme in materia di rimborso delle*

spese per consultazioni elettorali e referendarie e abrogazione delle disposizioni concernenti la contribuzione volontaria ai movimenti e partiti politici”.

Nella citata legge n. 157/1999 è stato, infatti, inserito l'art. 6-bis (garanzia patrimoniale), il quale, al 1° comma, stabilisce che le risorse erogate ai partiti ai sensi della “*presente legge*” costituiscono, in base all'art. 2740 c.c., garanzia ai fini dell'esatto adempimento delle obbligazioni assunte da parte dei partiti e movimenti politici beneficiari delle stesse (e che i creditori dei partiti e movimenti politici non possono pretendere direttamente dagli amministratori dei medesimi l'adempimento delle obbligazioni del partito o del movimento politico salvo che questi abbiano agito con dolo o colpa grave).

Al secondo comma, poi, l'art. 6-bis, prevede che per il soddisfacimento dei debiti dei partiti e dei movimenti politici maturati in epoca antecedente all'entrata in vigore della “*presente legge*”, è istituito un fondo di garanzia, alimentato dall'1 per cento delle risorse stanziare per i fondi indicati all'articolo 1 della citata legge n. 157/1999. Le modalità di gestione e di funzionamento del fondo sono stabilite dal citato regolamento n. 31/2007.

Al comma 2, art. 2, del regolamento è stabilito che la garanzia del Fondo opera quale garanzia di ultima istanza per i creditori che dimostrino di aver sofferto dopo l'esperimento delle procedure di riscossione coattiva relative di altre eventuali garanzie reali o fideiussorie dei partiti medesimi o di soggetti terzi.

Al riguardo, va ricordato che per giurisprudenza costante i partiti politici hanno natura di associazioni non riconosciute e, quindi, è pacifico che ad essi siano applicabili le norme di cui agli articoli 36 e seguenti del codice civile (per tutti, cfr. Cass., Sez. lavoro, 27 giugno 1998, n. 6393).

In particolare, l'art. 38 c.c. prevede che per le obbligazioni assunte dalle persone che rappresentano l'associazione, i terzi possono far valere i loro diritti sul fondo comune, previsto dal precedente art. 37, e che delle obbligazioni rispondono anche personalmente e solidalmente le persone che hanno agito in nome e per conto dell'associazione.

Con il citato articolo 6-bis, dunque, è stata introdotta una particolare disciplina in tema, da un lato limitando la responsabilità personale degli amministratori dei partiti e movimenti politici ai casi di dolo o colpa grave, dall'altro istituendo un fondo di garanzia disciplinato dal regolamento n. 31/2007.

È stata disposta l'applicabilità dell'art. 6-bis, commi 1° e 2°, ai debiti maturati antecedentemente al 5 giugno 1999 – data di entrata in vigore della legge n. 157/1999 - e a quei debiti che, pur se contratti prima di tale data, siano ancora sottoposti a giudizio o procedimento di definizione al momento dell'entrata in vigore della legge di conversione n. 51/2006.

Per i debiti maturati successivamente all'entrata in vigore di tale disposizione, i creditori dei partiti hanno, peraltro, somme rilevanti su cui rivalersi, cioè, quelle spettanti ai partiti e movimenti politici in base alla predetta legge, che costituiscono, appunto, la garanzia dei loro crediti (nei sensi sopra visti: cfr. C.d.S., Sez. Cons. Atti Normativi, 28 settembre 2006, n. 3630).

3.- Ciò premesso, nel caso specifico apprendiamo dalla documentazione trasmessa e dalle asserzioni di codesta Amministrazione, che i partiti presso i quali i creditori in questione hanno prestato la propria opera con contratto

di lavoro subordinato a tempo indeterminato per il periodo anteriore al 5 giugno 1999, maturando così i propri crediti con le caratteristiche e secondo la scansione temporale prescritta dalla legge n. 51/2006 e dal regolamento n. 31/2007, sono disciolti ed anche gli amministratori sono irreperibili; tanto che nessuna procedura di riscossione coattiva ha potuto essere intrapresa, come, invece, richiesto dall'art. 2, 2° comma del regolamento, né i creditori hanno potuto produrre i risultati delle procedure di recupero attivate, come previsto dall'art. 4, 2° comma, lett. b) del predetto regolamento.

Per stabilire se costoro hanno diritto di valersi della garanzia *ex art. 6 bis*, legge n. 157/1999, può esser utile riferirsi a principi elaborati dalla giurisprudenza su materia assimilabile. La Cassazione, Sezione Lavoro, nella sentenza 9 marzo 2001, n. 3511, ha enunciato il principio di diritto, a proposito del fondo di garanzia azionabile presso l'INPS, principio cui può farsi riferimento *mutatis mutandis* al caso specifico, secondo cui il lavoratore, al fine di dimostrare l'insufficienza delle garanzie patrimoniali del suo debitore datore di lavoro, e del diritto a valersi del fondo di garanzia INPS, può avvalersi di una presunzione stabilita dalla legge ed identificabile nell'esperimento di una procedura esecutiva individuale, mobiliare, immobiliare o presso terzi, senza che ne sia necessario il compimento, purché sia "serio ed adeguato" e come tale non richiede necessariamente una ricerca di beni che ecceda l'uso della normale diligenza da parte del creditore.

Applicando tale principio alla fattispecie in esame e correlandolo alle evidenziate peculiarità del fondo di garanzia di cui al citato art. 6-bis, può ritenersi, in base ad un riscontro che andrà effettuato caso per caso, che i creditori dei partiti politici che abbiano maturato i propri crediti di lavoro anteriormente al 5 giugno 1999 e che provino di avere usato la normale diligenza per ricercare in modo serio ed adeguato i soggetti debitori responsabili ed i beni aggredibili, possano accedere alla garanzia prevista dal predetto art. 6-bis, 2° comma, ritenendosi così verificate le condizioni di azionabilità del fondo di garanzia previste dalla legge e dal regolamento n. 31/2007.

4.- L'esattezza matematica dei conteggi effettuati dagli istanti andrà verificata in concreto da codesta Amministrazione e caso per caso, con riferimento al dispositivo dei vari titoli giudiziari fatti valere.

Si resta comunque a disposizione per quant'altro possa occorrere anche con riferimento all'applicazione dei principi enunciati in relazione ai singoli casi specifici (...).

A.G.S. – Parere del 14 maggio 2008 n. 65178.

Applicazione della sanzione della confisca dei motocicli o ciclomotori utilizzati per commettere reati, introdotta con l'art. 5 bis legge 17 agosto 2005, n. 168 (consultivo 5255/08, procuratore dello Stato A.Vitale).

«1.- (...) l'Avvocatura Distrettuale di Venezia, investita dalla locale Prefettura, ha chiesto il parere della Scrivente sulla questione di massima del regime del sequestro di un motoveicolo adoperato per commettere un reato

(nel caso, del reato di guida in stato di ebbrezza, *ex art.* 186, 2° co., lett. *b*, Codice della Strada), precisamente sotto il profilo del suo termine di durata.

Sulla configurabilità di tale misura cautelare, in ragione delle novità normative apportate al Codice della Strada con legge 17 agosto 2005, n. 168, è intervenuta pure la Circolare del Ministero dell'Interno, Dipartimento della Pubblica Sicurezza, n. 300/A/1/44285/101/3/3/9 del 7 settembre 2005.

2.- Giova infatti premettere che l'art. 5 *bis* d.l. 30 giugno 2005, n. 115 (poi sostituito dall'art. 2, comma 169 D.L. n. 262 del 3 ottobre 2006) ha aggiunto il comma 2° *sexies* all'art. 213 del Codice della Strada, introducendo una nuova fattispecie di confisca obbligatoria, *“in tutti i casi in cui un ciclomotore o un motoveicolo sia stato adoperato per commettere un reato”*.

L'Amministrazione ha quindi ritenuto di poter estendere anche a tale ipotesi il comma 1° del medesimo art. 213 C.d.S., secondo il quale – in tutte le ipotesi in cui è prevista la sanzione accessoria della confisca amministrativa - *“l'Organo di Polizia che accerta la violazione provvede al sequestro del veicolo (...) facendone menzione nel verbale di contestazione della violazione”*. Il comma 3° dell'art. 213 C.d.S. dispone poi che avverso tale sequestro si possa proporre ricorso al Prefetto e che, nel caso di rigetto del ricorso, *“il sequestro è confermato”* (senza possibilità di promuovere tutela giurisdizionale).

In tali casi, l'Amministrazione - considerando che la confisca del veicolo può intervenire solo dopo l'accertamento giudiziale del reato, quale sanzione amministrativa accessoria alla condanna (come può evincersi, peraltro, anche dagli artt. 20 e 24, legge 689/81, relativi ai casi di compresenza di una violazione amministrativa e di un reato) - ritiene che il sequestro cautelare, una volta eseguito dagli Agenti accertatori e confermato dal Prefetto, perpetui naturalmente la sua efficacia fino alla definizione del giudizio penale.

Di contro, il destinatario della misura cautelare sostiene – in apposita istanza di dissequestro del 28 novembre u.s. - che il sequestro in questione debba comunque soggiacere alla previsione generale dell'art. 19 legge 689 del 1981, secondo cui la misura, anche ove confermata dal Prefetto, *“cessa di avere efficacia se non è emessa ordinanza–ingiunzione di pagamento o se non è disposta la confisca entro due mesi dal giorno in cui è pervenuto il rapporto e, comunque, entro sei mesi dal giorno in cui è avvenuto il sequestro”*.

Tali termini di perenzione, nella costante interpretazione giurisprudenziale, si collegano al tempestivo esercizio dell'immediato potere sanzionatorio amministrativo e compensano la mancanza di una tutela giurisdizionale interinale (prevista solo avverso la successiva sanzione, distinta e autonoma, della confisca: cfr. *ex multis* Cass. 2 maggio 2006, n. 10143; Cass. 16 dicembre 1992, n. 13264, nonché Cass. 16 novembre 1990, n. 11098, che richiama pure i lavori preparatori della legge, nonché pure Cass. 9 agosto 2000, n. 10534).

3.- A parere della Scrivente, nel caso che ci occupa, non sembra possa accedersi al regime previsto dall'art. 19 legge 689 del 1981.

L'art. 19 L. 689 del 1981 trova infatti applicazione *“per tutte le violazioni per le quali è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro”* (art. 12, legge 689 del 1981). E lo stesso Codice della Strada, all'art.

194, nel richiamare l'applicazione in via generale delle disposizioni contenute nelle sezioni I e II del Capo I della legge 24 novembre 1981, n. 689, fa preciso riferimento a *“tutte le ipotesi in cui il presente codice prevede che da una determinata violazione consegua una sanzione amministrativa pecuniaria”*.

Il regime del sequestro amministrativo di cui all'art. 19 legge 689/81 riguarda quindi, in via generale, tutti i casi di violazioni del Codice della strada punite con sanzione amministrativa pecuniaria e con la sanzione – a questa accessoria - della confisca amministrativa. Mentre non trova applicazione nei casi, come quello che ci occupa, in cui il sequestro e la successiva confisca si pongano quali *“misure”* accessorie alla condanna penale.

Ciò, si giustifica anche sotto il profilo logico.

Come detto, infatti, nell'art. 19 legge 689/81 il sequestro – e i termini di perenzione a tutela del destinatario – sono chiaramente legati al tempestivo esercizio del potere sanzionatorio amministrativo affidato alla P.A., che deve emettere i provvedimenti definitivi di competenza in termini ragionevoli. Ciò, in coerenza con la funzione cautelare del sequestro rispetto alla *“immediata”* irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria e/o accessoria da parte della P.A.

Nel caso che ci occupa, invece, il potere sanzionatorio è interamente affidato al giudice penale, cui devono essere trasmessi gli atti della contestazione (in ragione della configurazione della violazione come ipotesi di reato e non come illecito amministrativo). Cosicché, apparirebbe incoerente che la misura del sequestro in questione soggiacesse ad un termine di perenzione completamente avulso rispetto al corso del processo penale. La misura cautelare finirebbe infatti col perdere la sua tipica funzione, strumentale rispetto alla confisca: dovendo comunque per questa attendersi gli esiti del giudizio penale, tutti i sequestri dei motoveicoli andrebbero sistematicamente perenti alla decorrenza del termine semestrale ultimo previsto dall'art. 19 legge 689/81, traducendosi in una misura in sé meramente afflittiva e di nessuna funzione *“cautelare”*.

In questo senso, dunque, pare di poter escludere l'applicazione dell'art. 19 legge 689 del 1981, considerando, d'altro canto, che la gravità della violazione commessa, tale da concretare una ipotesi di reato, ben può giustificare una più intensa risposta punitiva e, dunque, un regime diverso e più afflittivo rispetto a quello di una mera sanzione amministrativa pecuniaria (come ritiene, da ultimo, Corte Cost. 19 ottobre 2007, n. 345, che ha respinto i rilievi di incostituzionalità mossi all'art. 213, comma 2 *sexies*, C.d.S.).

4.- Tuttavia, le considerazioni appena espresse sulla natura della misura cautelare in questione, se portano ad escludere l'applicazione dell'art. 19 legge n. 689 del 1981, devono condurre pure, a parere della Scrivente, ad una ricostruzione – e conseguente disciplina – del sequestro in esame, diversa anche rispetto a quanto sembra delineato dall'Amministrazione nelle disposizioni operative impartite con la circolare del 7 settembre 2005 (sequestro amministrativo – confisca amministrativa solo all'esito del processo penale).

Non si possono infatti sottacere i forti dubbi di ordine sistematico in ordine alla configurabilità stessa di una figura così congegnata, nata dal difficile coordinamento di successivi interventi legislativi.

Tale figura, come si è detto, nascerebbe dall'innesto del comma 2° *sexies* all'interno dell'art. 213 C.d.S. e, quindi, dalla ritenuta estensione della disciplina dettata al comma 1°.

Senonché, si deve rilevare che:

- il comma 2° *sexies* ha introdotto una generalizzata ipotesi di confisca obbligatoria nei casi in cui i motoveicoli siano utilizzati per la commissione di un reato;

- l'art. 213 C.d.S. (in cui tale previsione è stata inserita e giustapposta) è ricompreso nella Sezione II del capo I del titolo VI, dedicata alla disciplina delle “*sanzioni amministrative accessorie a sanzioni amministrative pecuniarie*” (per le quali, come detto, si giustifica l'applicazione anche dell'art. 19 legge 689/81);

- le “*sanzioni amministrative accessorie a sanzioni penali*”, poi, sono distintamente regolate invece dalla sezione II del successivo capo II concernente, appunto, gli illeciti penali (che tra le sanzioni accessorie non prevede la confisca).

In questo senso, l'art. 213 C.d.S., nella lettura coordinata del comma 1°, del comma 3° (che richiama l'ordinanza ingiunzione del Prefetto) e del successivo comma 6°, fa riferimento al sequestro accessorio ad una violazione “*amministrativa*”, delineando una misura cautelare inserita nella sequenza procedimentale dell'esercizio di un potere sanzionatorio esclusivamente amministrativo, tale da giustificare – come detto – precisi termini di perenzione e la mancanza di una immediata tutela giurisdizionale interinale.

L'estensione di tale misura alle ipotesi di reato condurrebbe invero a delineare una figura ibrida, di sequestro amministrativo obbligatorio, legato all'esercizio di un diverso potere - giurisdizionale - di accertamento del reato e di condanna, con effetti intangibili e permanenti (fino all'esito del processo penale) e privo tuttavia di qualsivoglia tutela e/o garanzia giurisdizionale (dato che, come detto, il sequestro amministrativo non è opponibile dinanzi al Giudice, se non unitamente alla successiva confisca).

Tale figura – prevista solo per i reati commessi con un ciclomotore – finirebbe peraltro con il giustapporsi a quella del sequestro penale. Epperò, pur muovendosi nel medesimo ambito, risulterebbe assai più rigorosa e punitiva, atteso che sarebbe automatica ed obbligatoria (a differenza di quella penale) e, perdurando sino all'esito del processo, non prevede nemmeno alcuna garanzia o tutela giurisdizionale, considerato che non è opponibile dinanzi ad un Giudice, né è sottoposta ad una convalida giudiziale (come nel caso del sequestro penale), ma al solo vaglio del Prefetto.

Sul punto, si fa anche rilevare che, precedentemente, nel disciplinare la specifica ipotesi di reato prevista dal Codice della Strada per la guida senza patente (prima della sua depenalizzazione intervenuta con l'art. 19 D.Lvo. n. 30 dicembre 1999, n. 507), l'art. 116 Cod. Strada, oltre alla confisca, quale sanzione accessoria alla condanna, prevedeva anche specificamente il sequestro del veicolo, da parte dell'autorità giudiziaria o anche degli Organi accertatori in caso di flagranza, ma comunque con il preciso e coerente richiamo all'osservanza delle norme del codice di procedura penale (lo stesso veniva previsto, nella precedente previsione di tale reato, dall'art. 80 *bis* d.P.R. 15 giugno 1959, n. 393).

Così anche, sempre dal punto di vista sistematico, non si può non rilevare che, attualmente, nello specifico ambito degli illeciti penali, lo stesso Codice della Strada – nel dettare fattispecie tipiche di specifiche misure amministrative provvisorie conseguenti ad ipotesi di reato (peraltro più gravi) – ne prevede comunque una durata massima, oltre che forme di tutela anche giurisdizionale (come per il caso della sospensione provvisoria della patente, *ex art. 223*, commi 2° e 5°, C.d.S.).

A parere della Scrivente, quindi, una misura cautelare così congegnata – nata dalla lettura combinata del comma 1° e del comma 2° *sexies* dell'art. 213 C.d.S. – risulta non strettamente aderente allo stesso impianto letterale della norma, ma, soprattutto, di difficile coerenza sistematica con il quadro ordinamentale.

Peraltro, sempre sotto il profilo logico sistematico - e con specifico riguardo all'ipotesi di reato in questione (guida in stato di ebbrezza) - un'applicazione generalizzata del sequestro amministrativo del motoveicolo, ai sensi del comma 1° e 2° *sexies* dell'art. 213 C.d.S., pare mal coordinarsi pure con le stesse prescrizioni dell'art. 186 C.d.S., introdotte successivamente con D.l. 3 agosto 2007, n 117.

L'art. 186 C.d.S., infatti, nella versione innovata nel 2007, individua al 2° comma tre ipotesi di reato – diversamente graduate a seconda della gravità del tasso alcolemico – tutte astrattamente passibili, quindi, di sequestro amministrativo preventivo del motoveicolo (e, poi, di confisca all'esito della condanna penale) *ex art. 213*, commi 1° e 2° *sexies* C.d.S.

Senonché, poi, al comma 2° *bis*, prevede che – in caso di reato aggravato dalla causazione di un incidente stradale – oltre al raddoppio della pena, venga disposto il fermo amministrativo del veicolo per novanta giorni. Con una previsione, evidentemente, di nessuna valenza punitiva, ove andasse a colpire un motoveicolo già sottoposto – anche per l'ipotesi di reato meno grave - a sequestro amministrativo obbligatorio *ex art. 213*, commi 1° e 2° *sexies*, C.d.S.

Sulla scorta di tali osservazioni – ricordando che, allo stato, la norma è passata indenne ad un primo vaglio di legittimità costituzionale (seppure non concernente specificatamente questi aspetti della disciplina del sequestro: cfr. Corte Cost. 19 ottobre 2007, n. 345, *cit.*) – si deve giungere ad una più equilibrata, ragionevole e coerente interpretazione dell'art. 213 C.d.S., nel senso che – valorizzando gli argomenti di ordine letterale, logico e sistematico sopra illustrati – la figura e la disciplina del sequestro amministrativo del veicolo ivi prevista al suo comma 1° vada riferita solo ai casi di prevista confisca accessoria a violazione amministrativa (per i quali si applica pure, ove non diversamente stabilito, l'art. 19 legge 689/81).

Per le ipotesi di reato, invece, ferma restando comunque la confisca obbligatoria da disporsi dall'Autorità giudiziaria all'esito della condanna penale, il sequestro del motoveicolo utilizzato per la sua commissione, già da parte degli Organi accertatori quali Ufficiali di Polizia Giudiziaria (e salvo il potere dell'Autorità Giudiziaria di disporre il sequestro del mezzo *ex artt. 253 ss. c.p.p.*), va ricondotto alla disciplina e alle garanzie giurisdizio-

nali previste per il sequestro “probatorio” penale dal codice di procedura penale (richiamato peraltro, in via generale, dall’art. 13 legge 689/81).

Con la conseguenza, sul piano applicativo, che il sequestro del motoveicolo operato, anche nel caso considerato, dagli Organi accertatori della violazione costituente reato va sottoposto al regime ed ai precisi termini di cui rispettivamente agli artt. 354 e 355 c.p.p., dovendo altrimenti – come sembra nel caso di specie – perdere di efficacia se non convalidato dall’autorità giudiziaria nel termine previsto (...)».

A.G.S. – Parere del 26 maggio 2008 n. 70457.

Liquidazione degli usi civici su terre private gravate (consultivo 16254/08, avvocato F. Lettera).

«1.- Codesto Dipartimento richiede parere sui criteri per la liquidazione degli usi civici su terre private in forza dell’art. 4 (novellato) legge Lazio n. 6 del 2005.

La legge 6/2005 ha rinviato alla legge 1766/1927 per le modalità di liquidazione degli usi civici sulle terre private gravate; si osserva che trattasi di un rinvio presente nella legislazione settoriale delle altre Regioni.

La legge 1766 del 1927, contiene disposizioni di principio nella materia degli usi civici, distinguendo tra terre private gravate e demani collettivi.

I diritti di uso civico sui demani collettivi sono particolarmente tutelati; è ricorrente in giurisprudenza e dottrina, rinvenire affermazioni di inalienabilità, imprescrittibilità ed inusucapibilità dei demani collettivi (1).

Si ricorda, comunque che tale regime vincolistico non è assoluto, in quanto in alcuni casi l’alienazione è possibile, per quanto soggetta a limitazioni, controlli ed autorizzazioni.

I demani collettivi devono essere assegnati a categoria (art. 11) (2); i terreni di categoria *b*) sono destinati ad essere ripartiti (3).

(1) La norma di cui all’art. 2 della legge 16 giugno 1927 n. 1766...costituisce solo un temperamento di indole pratica, ispirato all’interesse di evitare che determinate situazioni, specie se risalenti a tempi antichissimi, rimangano ancora indefinitamente incerte, nonché al *sempre immanente principio dell’imprescrittibilità ed inalienabilità degli usi...* (Cass. civ., Sez. II, 24 gennaio 1995, n. 792).

(2) Art. 11, c. 1 legge 1766/1927: “*I terreni assegnati ai Comuni o alle frazioni in esecuzione di leggi precedenti relative alla liquidazione dei diritti di cui all’art. 1, e quelli che perverranno ad essi in applicazione della presente legge, nonché gli altri posseduti da Comuni o frazioni di Comuni, università, ed altre associazioni agrarie comunque denominate, sui quali si esercitano usi civici, saranno distinti in due categorie: a) terreni convenientemente utilizzabili come bosco o come pascolo permanente; b) terreni convenientemente utilizzabili per la coltura agraria.*”

(3) Art. 13, c. 1 legge 1766/1927: “*I terreni indicati alla lettera b) dell’articolo 10 sono destinati ad essere ripartiti, secondo un piano tecnico di sistemazione fondiaria e di avviamento colturale, fra le famiglie dei coltivatori diretti del Comune o della frazione, con preferenza per quelle meno abbienti, purché diano affidamento di trarne la maggiore utilità.*”.

I terreni assegnati alla cat. a) formano la categoria dei demani collettivi di uso civico, di appartenenza di comunità di abitanti ora riunite in comuni, frazioni ed associazioni agrarie.

Gli usi civici sulle terre private gravate vanno liquidati su richiesta della proprietà, e per attuare tali procedimenti fu istituita la magistratura speciale commissariale per la liquidazione degli usi civici, inizialmente anche con ampie funzioni amministrative.

La liquidazione è disposta mediante divisione o scorporo (art. 5) (4) se non sono state apportate migliorie al fondo (5); invece per effetto delle migliorie apportate al fondo, la liquidazione degli usi si dispone con la imposizione di un canone annuo di natura enfiteutica, *“in misura corrispondente al valore dei diritti...”* (art. 7) (6).

L'art. 4, c. 2 (testo novellato) legge Lazio n. 6/2005 rinvia alla legge statale *“Per la liquidazione dei diritti di uso civico sui terreni di cui al comma 1, l'accertamento dei valori è effettuato nel rispetto dei criteri stabiliti dagli articoli 5, 6 e 7 della legge n. 1766/1927.”*

I criteri espressi dalla sentenza della Corte cost. n. 83 del 1996 non appaiono applicabili in quanto la predetta sentenza si era pronunciata sul testo espunto dell'art. 4 cit..

2.- Secondo la legge 1766/1927, per la determinazione del canone di natura enfiteutica occorre accertare se trattasi di un solo diritto (uso) o di una pluralità di usi; inoltre bisogna verificare la natura dell'uso, in specie se esso sia di tenue entità (ex art. 5, c. 5 legge 1766/1927).

Deve essere anche accertato se gli usi civici praticati siano di natura essenziale od utile (art. 4 legge 1766/ 1927).

Il canone annuo di natura enfiteutica è correlato al valore dei diritti di uso civico che il proprietario ha domandato di liquidare (art. 7).

Pertanto è coerente con la disciplina settoriale il richiamo fatto con la citata lettera prot. 14879 del 29 gennaio 2008 secondo la quale *“con l'entra-*

(4) Art. 5, c. 1 legge 1766/1927: *“Il compenso per la liquidazione dei diritti suddetti è stabilito in una porzione del fondo gravato o della parte del fondo gravata da assegnarsi al Comune, nel cui territorio il fondo stesso si trova, e che sarà determinata nel modo seguente”.*

(5) Cass. civ., SS.UU. sent. 20 gennaio 1989, n. 297: *“Il compenso per la liquidazione di diritti di uso civico non può essere costituito dall'assegnazione al comune di una porzione del fondo gravato dai diritti medesimi, come previsto in via generale dall'art. 5 legge 16 giugno 1927 n. 1766, ma soltanto da un canone annuo a favore del Comune, ai sensi dell'art. 7 l. cit., qualora il proprietario abbia apportato al terreno sostanziali e permanenti migliorie, restando esclusa, in tale ipotesi, ogni facoltà discrezionale...di optare per detta assegnazione, ed altresì non rilevante che vi sia”.*

(6) Art. 7, c. 1 legge 1766/1927: *“Saranno esenti dalla divisione e gravati di un annuo canone di natura enfiteutica a favore del Comune, in misura corrispondente al valore dei diritti, da stabilirsi con perizia, i terreni che abbiano ricevuto dal proprietario sostanziali e permanenti migliorie, ed i piccoli appezzamenti non aggruppabili in unità agrarie”.*

ta in vigore della L.R. n. 6/2005, si deve tenere conto del valore del diritto di uso civico estinto con la liquidazione.”

3.- Appare opportuno precisare, per quanto ben noto, che il criterio relativo alla liquidazione degli usi civici su terre private è totalmente differente dalla legittimazione delle occupazioni di terre di uso civico appartenenti a Comuni, frazioni ed associazioni agrarie (art.9 legge 1766/1927)».

D O T T R I N A

La responsabilità ambientale da cosa in custodia

di *Maila Bevilacqua*^(*)

SOMMARIO: 1.- Premessa: la “custodia del bene” tra diritto privato e diritto pubblico. 2.- “Chi inquina paga”: ricognizione sistematica del principio tra diritto sovranazionale e diritto interno. 3.- Il danno ambientale e il correlato regime di responsabilità nel D.Lgs 3 aprile 2006, n. 152. 4.- Le obbligazioni “propter rem” nella bonifica dei siti inquinati. 5.- La struttura risarcitoria speciale dell’art. 2051 c.c.: profili generali. 5.1.- Il soggetto della fattispecie e la relazione con la cosa. 5.2.- L’oggetto della custodia: la “res damnosa”. 5.3.- Le fasi della causalità: “responsabilità per fatto proprio”. 5.4.- Profili soggettivi: “responsabilità per fatto proprio” colpevole o incolpevole. 6.- Conclusioni critiche: parere in punto “responsabilità ambientale da cosa in custodia”.

1. Premessa: la “custodia del bene” tra diritto privato e diritto pubblico.

Ogni soggetto è di massima sovrano unico ed assoluto nell’ambito dei diritti che costituiscono il suo universo personale e patrimoniale.

Il custode, nella sfera giusprivatistica in senso stretto contemplata dall’art. 2051 c.c., instaurata una relazione giuridica con la cosa, viene investito dell’obbligazione della custodia diligente ed è conseguentemente responsabile per tutti i danni che da quella cosa possano derivare ai terzi, salvo la prova liberatoria del caso fortuito.

Come già si evince dal tenore letterale di tale disposizione, la piena affermazione dei diritti soggettivi personali e patrimoniali trova un temperamento obbligato, sia a livello orizzontale, nei rapporti *iure privatorum*, sia a livello verticale, nell’eteronomia giuspubblicistica di matrice costituzionale.

^(*) Dottore in Giurisprudenza, ha svolto la pratica forense presso l’Avvocatura distrettuale dello Stato di Trieste.

La custodia di un bene, sotto il profilo della sua rilevanza ambientale diretta o indiretta, impone alla custodia stessa contenuti nuovi, non contemplati dal Codice del 1942, ma senz'altro individuabili sulla base di un'interpretazione adeguatrice dell'art. 2051 c.c. rispetto alla Carta fondamentale.

Ogni cosa oggetto di custodia può ritenersi in tal senso vincolata alla tutela di un interesse generale risultante dal combinato disposto degli artt. 9 e 32 Cost. con la menzionata norma civilistica. Tale finalismo pubblicistico implica, all'evidenza, delle obbligazioni più estese rispetto alla mera custodia diligente del bene nell'interesse esclusivo del suo proprietario e dei terzi danneggiati, secondo la *ratio* originaria del 2051 c.c..

La proprietà terriera va, in particolare, vincolata alla sua funzione sociale *ex art.* 42 Cost..

L'art. 832 c.c. non ha portato grandi innovazioni nel processo legislativo che dalla prima guerra alla stesura del Codice ha via via modificato il modello di proprietà in senso tradizionale.

Con la promulgazione della Costituzione, dopo la caduta del Regime fascista, proprio all'inizio della Ricostruzione, si segna invece una svolta storica: con l'attribuzione al Legislatore del compito di assicurarne la funzione sociale (art. 42, comma 2 Cost.) si rovescia infatti completamente la prospettiva di politica del diritto fino ad allora privilegiata, modificandosi la struttura tradizionale riconosciuta alla proprietà.

Non si tratta di una semplice modificazione della terminologia delle norme, ma di una radicale innovazione nel modo di disciplinare la proprietà pubblica e privata, nel modo di analizzarla, di coordinare gli interessi dei privati con l'interesse generale. E si tratta, ancora, di una formula con evidenti valenze ideologiche che va necessariamente aggiornata nel corso del tempo.

La proprietà non può più essere intesa in senso statico, ma va considerata, oggi, nella sua dimensione dinamica più estesa, con riguardo agli interessi generali, ai limiti di natura pubblicistica in senso lato, al suo impatto sociale e ambientale.

Meritevole di menzione è poi l'art. 41 Cost. che nel sancire la libertà dell'iniziativa economica privata pone dei limiti all'esercizio della stessa che, *in primis*, non può porsi in contrasto con l'utilità sociale. E i profili della "socialità" moderna non possono non includere anche la tutela della salute e dell'ambiente, come principio e come valore.

Alla luce delle predette considerazioni, è d'obbligo concludere che la normativa pubblicistica e la normativa privatistica non sono due settori autonomi, disgiunti o scoordinati. La posizione più ragionevole induce a ritenere che si tratti di due ambiti che ben possono comunicare tra loro, pur nel rispetto dei diversi ruoli rivestiti all'interno dell'ordinamento.

Sotto tale profilo, qualora il Legislatore ambientale introducesse una disposizione *ad hoc* in punto responsabilità da cosa in custodia, questa si applicherebbe senz'altro in via immediata e prioritaria, per un principio di specialità per materia. Tuttavia, in assenza di una specifica disposizione ambientale, nulla osta a considerare l'art. 2051 c.c. compensativo di una lacuna meramente virtuale. Il vuoto normativo, infatti, non sussiste, posto

che il quadro di riferimento permanente per la normativa risarcitoria speciale è da sempre rappresentato dalla generale disciplina civilistica del danno che allarga o restringe le sue maglie di applicazione in relazione alla maggiore o minore copertura legislativa complementare delle fattispecie di illecito, nonchè delle figure giuridiche preventive, riparatorie e compensative astrattamente prospettabili.

2. “Chi inquina paga”: ricognizione sistematica del principio tra diritto sovranazionale e diritto interno.

Il principio “chi inquina paga” trae fondamento nell’ordinamento internazionale, prima ancora che in quello comunitario.

La prima definizione ufficiale risale al 1972 ed è contenuta nella raccomandazione del Consiglio dell’OCSE. In base a questa definizione, per inquinamento si intende l’immissione diretta o indiretta nell’ambiente di sostanze ed energie di origine antropica che determinano effetti tali da arrecare pregiudizio alla salute umana, alle risorse viventi e agli ecosistemi. L’inquinatore è il soggetto responsabile per l’attività inquinante, ossia quel soggetto avente il controllo dell’attività stessa e, quindi, anche la possibilità di mettere in atto le misure di prevenzione e/o controllo dell’inquinamento.

Più completa appare la definizione elaborata dalla Commissione Europea nel 1975, direttamente ispirata ai lavori dell’OCSE, secondo cui si considera inquinatore colui che degrada direttamente o indirettamente l’ambiente, ovvero crea le condizioni che portano alla sua degradazione. Inoltre, l’individuazione dell’inquinatore non viene ricondotta a una scelta basata su criteri equitativi, ma su valutazioni di efficienza economica e amministrativa.

Il principio è stato introdotto a livello comunitario con il primo Programma di azione ambientale del 1973, sulla scia del dibattito aperto in sede di OCSE. Nel 1987 l’Atto Unico Europeo lo eleva a rango di principio della politica comunitaria in materia ambientale, disciplinata dagli artt. 174-176 del Trattato CE.

Tale principio precede, sia a livello logico, sia cronologico, la disciplina della responsabilità da danno ambientale che sul medesimo si articola e modella, analogamente alla fenomenologia civilistica delle fonti di responsabilità *extra-contrattuale* di cui agli artt. 2043 ss. c.c. che trovano il proprio denominatore comune nel “*neminem laedere*”.

È opportuno premettere che il principio “chi inquina paga” non enuclea, nel suo valore essenziale, un meccanismo soggettivo di imputazione dell’evento-danno al suo autore, purchè sia sussistente e accertato l’elemento necessario e sufficiente del nesso causale tra la condotta dell’agente e il fatto dannoso.

Si osserva, in proposito, che in ambito civile il meccanismo della responsabilità oggettiva, inteso come criterio oggettivo di imputazione dell’evento, non presenta, come invece nell’ordinamento penale, alcun aspetto di problematicità o di possibile contrasto rispetto ai beni costituzionalmente garantiti.

Con riferimento al nostro diritto interno, la responsabilità soggettiva per danno ambientale è definita, per la prima volta, dallo storico e abrogato art. 18 della legge 8 luglio 1986, n. 349, istitutiva del Ministero dell’Ambiente.

Non mancano, peraltro, ipotesi di responsabilità ambientale meramente oggettiva. Si pensi, a titolo emblematico, alla responsabilità civile per i danni risultanti da attività dannose per l'ambiente, come disciplinata dalla Convenzione di Lugano del Consiglio d'Europa del 21 giugno 1993, sottoscritta dallo Stato italiano. Si tratta di un regime speciale di responsabilità che prevede un criterio di imputazione del danno prodotto al bene tutelato basato esclusivamente sul nesso causale tra la condotta del responsabile o del gestore dell'attività a rischio ambientale e l'evento. Non viene in rilievo alcun criterio soggettivo di imputazione, nè l'eventuale inosservanza di disposizioni di legge e di provvedimenti, essendo sufficiente il rapporto eziologico tra il danno e l'attività, ovvero tra danno e sostanza impiegata nel processo produttivo dell'impresa, avente natura intrinsecamente pericolosa per la salute umana e per l'ambiente.

In altri termini, la responsabilità ambientale può configurarsi, in linea generale, come una proiezione analogica, in una materia speciale, della disciplina giusprivatistica della responsabilità civile. L'art. 2043 c.c., norma cardine sulla responsabilità aquiliana, prevede, infatti, tra gli elementi costitutivi necessari alla configurazione dell'illecito, analogamente al menzionato articolo 18, l'elemento soggettivo del dolo o della colpa. Tuttavia, già nella sistematica codicistica, le disposizioni che seguono prevedono delle ipotesi di responsabilità civile derogatoria aggravata, pur senza contrasto con la radice del "*neminem laedere*".

Si ricorda, da ultimo, che in tempi più recenti il principio "chi inquina paga" è stato codificato nella Direttiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 e, successivamente, recepito dal diritto interno, nel vigente Testo Unico Ambientale D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (si veda *infra*, par. 3).

Nella specie, l'art. 318, comma 2, lettera a) di tale *corpus* normativo abroga l'art. 18 legge 8 luglio 1986, n. 349, ad eccezione del comma 5 sui poteri di intervento processuale e di ricorso in sede di giurisdizione amministrativa delle Associazioni ambientaliste.

3. Il danno ambientale e il correlato regime di responsabilità nel D.Lgs 3 aprile 2006, n. 152.

La responsabilità ambientale di cui alla menzionata Direttiva 2004/35/CE si fonda sul principio "chi inquina paga" e sul rapporto di causalità tra il danno e l'attività inquinante.

Su questa struttura base si incardinano due regimi di responsabilità, il primo oggettivo senza prova della colpa, il secondo soggettivo con prova della colpa/negligenza. Il primo regime si applica alle attività professionali pericolose o potenzialmente pericolose indicate nella normativa comunitaria (allegato III), il secondo a tutti gli altri tipi di attività, in via residuale.

In particolare, l'art. 3 definisce il campo di applicazione della Direttiva che riguarda:

a) il danno ambientale causato da una delle attività professionali elencate nell'allegato III e qualsiasi minaccia imminente di tale danno a seguito di una di dette attività;

b) il danno alle specie e agli *habitat* naturali protetti causato da una delle attività professionali non elencate nell'allegato III e qualsiasi minaccia imminente di tale danno a seguito di una di dette attività, in caso di comportamento doloso o colposo dell'operatore.

Per "attività professionale" si intende qualsiasi attività svolta nel corso di un'attività economica, commerciale o imprenditoriale, indipendentemente dal fatto che abbia carattere pubblico, privato, che persegua, o meno, fini di lucro.

Ai sensi dell'art. 300 Testo Unico Ambientale D.Lgs 3 aprile 2006, n. 152 (nel prosieguo T.U.), è danno ambientale qualsiasi deterioramento significativo e misurabile, diretto o indiretto, di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima.

Conformemente alla Direttiva 2004/35/CE, recepita nel testo di legge, costituisce danno ambientale il deterioramento, in confronto alle condizioni originarie, provocato:

a) alle specie e agli *habitat* naturali protetti dalla normativa nazionale e comunitaria di cui alla legge 11 febbraio 1992, n. 157, recante norme per la protezione della fauna selvatica, che recepisce le Direttive 79/409/CEE del Consiglio del 2 aprile 1979, 85/411/CEE della Commissione del 25 luglio 1985 e 91/244/CEE della Commissione del 6 marzo 1991 e attua le Convenzioni di Parigi del 18 ottobre 1950 e di Berna del 19 settembre 1979, e di cui al d.P.R. 8 settembre 1997, n. 357, recante regolamento per l'attuazione della Direttiva 92/43/CEE relativa alla conservazione degli *habitat* naturali e seminaturali, nonché della flora e della fauna selvatiche, nonché alle aree naturali protette di cui alla legge 6 dicembre 1991, n. 394 e successive norme di attuazione;

b) alle acque interne, mediante azioni che incidano in modo significativamente negativo sullo stato ecologico, chimico e/o quantitativo oppure sul potenziale ecologico delle acque interessate, quali definiti nella Direttiva 2000/60/CE, a eccezione degli effetti negativi cui si applica l'articolo 4, par. 7 di tale Direttiva;

c) alle acque costiere e a quelle ricomprese nel mare territoriale mediante le azioni suddette, anche se svolte in acque internazionali;

d) al terreno, mediante qualsiasi contaminazione che crei un rischio significativo di effetti nocivi, anche indiretti, sulla salute umana, a seguito dell'introduzione nel suolo, sul suolo o nel sottosuolo di sostanze, preparati, organismi o microrganismi nocivi per l'ambiente.

L'art. 311 T.U., ritagliato sul vecchio e abrogato art. 18 legge 8 luglio 1986, n. 349, concerne l'azione risarcitoria in forma specifica e per equivalente patrimoniale.

Ai sensi del secondo comma della citata disposizione, chiunque, realizzando un fatto illecito o omettendo attività o comportamenti doverosi, con violazione di legge, di regolamento o di provvedimento amministrativo, con negligenza, imperizia, imprudenza o violazione di norme tecniche, arrechi danno all'ambiente, alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo, in tutto o in parte, è obbligato al ripristino della precedente situazione e, in mancanza, al risarcimento per equivalente patrimoniale nei confronti dello Stato.

Il Ministro competente per materia è legittimato *ex lege* ad agire, ai sensi dell'art. 311, comma 1 T.U., anche esercitando l'azione civile in sede penale, per il risarcimento del danno ambientale in forma specifica e, se necessario, per equivalente patrimoniale, oppure a procedere ai sensi delle disposizioni di cui alla parte sesta del Decreto.

Al di là del problema, ancora irrisolto, di coordinamento tra le due disposizioni definitive, la responsabilità per danno ambientale è riconducibile alla matrice civilistica della responsabilità civile *ex art.* 2043 c.c., essendo questa la sua origine storica, di cui rappresenta una variante speciale. La fonte è dunque rappresentata da tale norma nella nostra tradizione e dall'applicazione, a livello nazionale, di matrici di origine comunitaria che derivano dall'enucleazione embrionale, nei primissimi anni '70, del principio "chi inquina paga" (v. *supra*, par. 2).

Così come nella dimensione codicistica la regola base del "*neminem laedere*" si articola in diverse applicazioni tra le quali si annoverano anche ipotesi di responsabilità meramente oggettiva, sino alla responsabilità da "mera posizione", nulla esclude, nella materia speciale di cui trattasi, un medesimo trattamento del principio "chi inquina paga". In altre parole, si tratta di coniugare tale principio generale con le norme di promanazione del "*neminem laedere*" di cui agli artt. 2043 ss. c.c..

Il principio in questione, come visto, si pone alla base della generale responsabilità di cui all'art. 311 T.U. che è la speculare ambientale del 2043 c.c., ma nulla esclude ulteriori e diverse configurazioni della responsabilità stessa.

Così come il "custode" del 2051 c.c. non è il "chiunque" del 2043 c.c. e alla luce di ciò si giustifica la diversa prospettazione di responsabilità, è ragionevole ritenere che tale difformità di trattamento debba considerarsi operativa (e si potrebbe dire *a fortiori*, visti gli interessi in gioco) anche in materia ambientale.

Del resto, come spesso accade, i traguardi della giurisprudenza anticipano la strada percorsa dal Legislatore.

Lo stesso storico articolo 18 della legge istitutiva del Ministero dell'Ambiente deve un grande contributo proprio a quella elaborazione interpretativa che prima della legge 8 luglio 1986, n. 349 aveva costruito *ex novo* l'istituto del danno ambientale, servendosi dello strumento offerto dall'art. 2043 c.c.. La speciale norma risarcitoria in questione ha rappresentato, infatti, la mera proiezione normativa di una precisa e già nata coscienza ambientale *extra-legislativa*, prima ancora che di una puntuale direttiva comunitaria sul punto.

4. Le obbligazioni "propter rem" nella bonifica dei siti inquinati.

È opportuno segnalare, nel contesto del vigente Codice Ambientale, una disposizione speciale in materia di rifiuti e bonifica dei siti inquinati. Si tratta dell'art. 192 T.U..

Il Legislatore, codificato il divieto di abbandono e deposito incontrollato di rifiuti sul suolo e nel suolo, nonché l'immissione di rifiuti di qualsiasi genere, allo stato solido o liquido, nelle acque superficiali e sotterranee, indi-

vidua i soggetti obbligati alla rimozione, all'avvio a recupero o allo smaltimento dei rifiuti ed al ripristino dello stato dei luoghi.

Tale obbligazione ricade, *in primis*, sull'autore dell'illecito, ma si estende, in solido, anche al proprietario o ai titolari di diritti reali o personali di godimento sull'area, ai quali la suddetta violazione sia imputabile a titolo di dolo o colpa.

Il Sindaco dispone con ordinanza le operazioni a tal fine necessarie ed il termine entro cui provvedere, decorso il quale procede all'esecuzione in danno ai soggetti obbligati e al recupero delle somme anticipate.

Si ritiene che tale disposizione non sia del tutto inconciliabile con una responsabilità *ex art.* 2051 c.c. del custode del sito inquinato. È tuttavia necessario chiarire il rapporto intercorrente tra le due norme in esame.

Innanzitutto, l'art. 192 T.U. opera con riferimento ad una particolare forma di inquinamento, ovverosia in materia di rifiuti e bonifica dei siti contaminati, nei limiti delle ipotesi tassativamente previste dal Legislatore nel corpo dell'articolo. In tal senso ha senza dubbio una natura speciale rispetto all'art. 2051 c.c. al quale, sotto il profilo dei fattori produttivi dell'inquinamento incidenti sulla cosa, può essere attribuita una portata generale, astrattamente più ampia.

La specialità si evince poi anche sotto il profilo soggettivo. Come meglio si dirà *infra*, il custode del 2051 c.c. può essere uno dei soggetti di cui all'art. 192 T.U., ma non necessariamente si esaurisce in essi. Il custode non è soltanto il proprietario o il titolare di un diritto reale o personale di godimento, ma può essere anche un soggetto che ha una relazione giuridica di mero fatto con la cosa, come colui che possiede, ma abusivamente, *sine titulo*.

Limitatamente a tali aspetti, ovverosia alla fonte di inquinamento e alla categoria dei soggetti interessati, emerge un rapporto di "continenza" tra le due norme.

Un ulteriore *quid pluris* in termini di specialità per specificazione è poi rappresentato dagli elementi strutturali soggettivi del dolo e della colpa, volendo considerare la responsabilità da custodia sotto un profilo meramente oggettivo.

Premesso che, come visto, le due norme hanno due campi di applicazione diversi, uno più ampio, l'altro più limitato, e solo in parte sovrapponibili, non si ritiene tuttavia condivisibile la tesi della specialità unilaterale per specificazione che comporterebbe, come diretta conseguenza, l'applicazione di una sola tra le due norme, nell'ipotesi quella speciale, con esclusione dell'altra.

La specialità può ritenersi infatti, più propriamente, bilaterale o reciproca, posto che le due disposizioni perseguono fini diversi. L'art. 192 T.U. individua i soggetti obbligati alle attività descritte nel *corpus* dell'articolo (nella specie, rimozione, avvio a recupero o smaltimento dei rifiuti e ripristino dello stato dei luoghi); l'art. 2051 c.c. individua i soggetti obbligati al risarcimento del danno nei confronti dei terzi danneggiati. La prima disposizione ha una natura riparatoria; la seconda, compensativo-risarcitoria.

Nulla quaestio qualora tutti i requisiti dell'art. 192 T.U. siano soddisfatti. In tal caso, potrà applicarsi la norma in questione, cumulativamente alla residuale azione di risarcimento del danno per equivalente patrimoniale.

Diversa è l'ipotesi di una responsabilità meramente oggettiva del custode, non incompatibile con il 2051 c.c., ma esclusa dal tenore letterale della seconda disposizione in analisi che impone l'accertamento del dolo e della colpa dei soggetti obbligati. In tal caso potrà eventualmente negarsi l'operatività dell'art. 192 T.U., ma non l'azione risarcitoria contro il custode *ex art.* 2051 c.c., ancorchè incolpevole, per il risarcimento del danno ambientale prodotto dal bene inquinato.

Qualora si aderisca poi alla tesi soggettiva della responsabilità del custode che implica una presunzione permanente di colpa del soggetto preposto al controllo della cosa, le due disposizioni saranno senza dubbio sempre cumulativamente applicabili, pur nei limiti della parte quarta del Codice Ambientale, ovverosia dell'inquinamento provocato da rifiuti.

L'unico profilo problematico residuo potrebbe dunque essere rappresentato da una forma di incoerenza sistematica tra una responsabilità meramente oggettiva, qualora si voglia interpretare la responsabilità da custodia in tal senso, e le disposizioni del Testo Unico Ambientale sino a qui analizzate e incentrate, come visto, sulla colpevolezza dell'autore dell'illecito o dei soggetti comunque coinvolti nell'azione di ripristino.

A tale possibile obiezione critica risponde, tuttavia, lo stesso *corpus* normativo ambientale che prevede, testualmente, anche obbligazioni reali, svincolate da un accertamento del dolo o della colpa, a carico di soggetti diversi dall'autore dell'illecito, basate sul mero criterio oggettivo del legame giuridico con la "*res damnosa*". In tal senso viene in rilievo l'art. 253 T.U..

È noto che l'Amministrazione può agire in forma di autotutela anche in materia di rifiuti e bonifica dei siti inquinati. Il Legislatore prescrive, infatti, che gli interventi effettuati d'ufficio dall'Autorità competente costituiscono onere reale sui siti contaminati. L'onere reale viene iscritto a seguito della approvazione del progetto di bonifica e deve essere indicato nel certificato di destinazione urbanistica.

Le spese sostenute per i medesimi interventi sono inoltre assistite, ai sensi del secondo comma della medesima disposizione, da privilegio speciale immobiliare sulle aree contaminate, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2748, comma 2 c.c., il quale può esercitarsi anche in pregiudizio dei diritti acquistati dai terzi sull'immobile. La funzione dell'onere reale viene dunque a sommarsi alla funzione di garanzia del privilegio speciale in questione.

Il privilegio e la ripetizione delle spese possono essere esercitati nei confronti del proprietario del sito anche incolpevole dell'inquinamento o del pericolo di inquinamento, purchè vi sia un provvedimento motivato dell'Autorità che giustifichi, tra l'altro, l'impossibilità di accertare l'identità del soggetto responsabile, l'impossibilità di esercitare azioni di rivalsa nei confronti del medesimo, ovvero la loro infruttuosità. Tale privilegio opera nei limiti di valore di mercato del sito decontaminato e soltanto a seguito dell'esecuzione degli interventi predetti.

In altre parole, il proprietario (e soltanto questi, oltre all'autore dell'illecito) è debitore degli interventi di risanamento fino all'equivalenza di valore con il bene che potrà anche essere oggetto di una procedura esecutiva per la vendita forzata al fine di recuperare le spese affrontate.

A differenza di quanto previsto dal previgente Decreto Ronchi, l'onere reale non è più collegato anche all'obbligo di attivazione delle procedure di bonifica da parte del proprietario dell'area inquinata, ovvero sia ad un "face-re", ma direttamente ed esclusivamente alla restituzione delle spese sostenute dall'Amministrazione nel compimento degli interventi di risanamento e bonifica.

Anche con riferimento a tale articolo vale quanto già argomentato in precedenza sul rapporto tra l'art. 2051 c.c. e la disposizione speciale di cui all'art. 192 T.U.. È ragionevole ritenere che anche l'art. 253 T.U. possa applicarsi cumulativamente all'azione risarcitoria, non ponendosi le due disposizioni su un piano di specialità o di alternatività. L'art. 253 T.U. deve essere correttamente interpretato come norma sulle garanzie, a presidio dell'azione di autotutela, a fronte dell'ambulatorietà dei rapporti privati.

La stessa disposizione è poi un indice concreto, in quanto positivizzato, dell'affievolimento del principio dell'intangibilità della sfera giuridica individuale come sacrificio necessario funzionale all'interesse pubblico, sociale e ambientale, sempre perseguito dall'ordinamento in via prioritaria. E se il criterio reale che collega l'individuazione degli obbligati alla cosa produttiva del danno è uno tra gli strumenti più efficaci a tal fine, è legittimo ritenere che la stessa *ratio* interpretativa debba sorreggere anche l'esaminato art. 2051 c.c. (sul punto, si veda *infra*, par. 5).

5. La struttura risarcitoria speciale dell'art. 2051 c.c.: profili generali.

Ciascuno è responsabile del danno cagionato dalle cose che ha in custodia, salvo che provi il caso fortuito. Questa è la regola base sottesa alla responsabilità da custodia nell'ordinamento civile.

La disposizione in questione è inserita nell'ambito delle ipotesi speciali di responsabilità che seguono la disciplina risarcitoria generale dell'art. 2043 c.c.. La *ratio* di detta specialità è legata alla particolare relazione con la cosa del custode, al quale si imputa, secondo alcuni oggettivamente, una responsabilità per il danno cagionato dalla cosa stessa.

Pare ormai pacifico che l'articolo in commento contenga una norma generale applicabile ogni qualvolta un soggetto abbia la custodia di una cosa e la fattispecie concreta non sia prevista da un'altra norma speciale (1).

L'aspetto caratterizzante e, per certi aspetti, più problematico della responsabilità ambientale da cosa in custodia discende dal fatto che non è direttamente un comportamento umano a causare il danno, come invece previsto dal sopra citato art. 311 T.U., essendo l'evento dannoso prodotto direttamente dalla cosa oggetto della custodia. Si tratta di una ipotesi particolare di responsabilità che solo in via mediata investe la persona che ha la custo-

(1) Si veda G. CIAN – A. TRABUCCHI, *sub* art. 2051 c.c., *Commentario breve al codice civile*, p. 2013, Cedam, 2002.

dia della cosa e, a primo impatto, potrebbe apparire parzialmente discordante con il modello tradizionale della responsabilità ambientale, incentrato proprio sul soggetto agente e sulla descrizione della sua condotta.

Tuttavia, come già in precedenza si è avuto modo di osservare e si avrà modo di approfondire nel prosieguo, il vuoto normativo rispetto a tale fattispecie astratta nella sistematica delle fonti del diritto ambientale è soltanto apparente, posta l'assoluta adeguatezza dell'art. 2051 c.c. a sussumere anche la casistica in esame, senza alcuna conflittualità con il diverso regime di cui all'art. 311 T.U..

5.1. *Il soggetto della fattispecie e la relazione con la cosa.*

Come recita la definizione tradizionale, è custode della cosa chi ha l'effettivo potere materiale su di essa, di fatto o di diritto (2). Custode può perciò essere anche il semplice possessore o il detentore, nell'interesse proprio o altrui, nonché colui che esercita il possesso o la detenzione abusivamente, *sine titulo*.

Il custode è il proprietario, l'usufruttuario, l'enfiteuta, il conduttore, più genericamente il custode può essere chiunque possiede o detiene a titolo di proprietà o di altro diritto reale o personale di godimento e sia in grado di controllare i rischi inerenti alla cosa, purchè, in ogni caso, sia soddisfatto il requisito della relazione giuridica con il bene custodito.

È orientamento giurisprudenziale consolidato quello per cui rientra nella categoria dei "custodi", sia colui che controlla direttamente la cosa, sia chi si avvale del primo per tale controllo.

Più in generale, si può affermare che la responsabilità può anche risalire a più soggetti ai quali la custodia faccia capo a pari titolo o anche per titoli diversi che importino tutti l'attuale esistenza di poteri d'uso, gestione, ingerenza sulla cosa, sempre che l'evento lesivo non sia da attribuire alla sfera di vigilanza esclusiva di uno di essi, con esonero degli altri (3).

5.2. *L'oggetto della custodia: la "res damnosa".*

Vi sono cose intrinsecamente pericolose e cose suscettibili di divenire tali in forza di altri fattori causali esterni. Tutte le cose possono costituire causa di danno, qualunque sia la loro struttura e qualità, siano cioè esse inerti o in movimento, pericolose o meno *ab origine*.

I danni provocati dalla cosa in custodia possono essere anche quelli che dipendono dall'insorgere nella cosa stessa di un agente dannoso, quale, ad esempio, un fattore inquinante. L'anomalia della cosa può essere, infatti, originaria o sopravvenuta per opera dell'uomo. In ogni caso, ai fini del 2051 c.c., il danno deve essere sempre riconducibile alla cosa e non all'attività umana apprezzata in modo autonomo.

(2) Cass. 00/1859; Cass. S.U. 91/12019; Cass. 88/5377.

(3) Cass. 89/225; Cass. 85/5199; Cass. 76/4407.

Particolare è l'ipotesi di un soggetto che, ponendo in essere una condotta integrante un illecito ambientale, alteri le qualità intrinseche di un bene. Al di là dei profili di responsabilità dell'autore di tale condotta, che solo incidentalmente rilevano rispetto al tema in esame, ciò che pare certo e incontrovertibile è che la cosa inquinata, qualsiasi sia la sua natura, mobile o immobile, statica o dinamica, diviene un oggetto materiale idoneo ad arrecare danno all'ambiente circostante, con un potenziale inquinante perdurante nel tempo.

I terzi danneggiati, vista la rilevanza dei beni sottesi alla tutela ambientale, finiscono, in tal caso, per identificarsi con l'intera categoria dei consociati. L'attenzione si sposta pertanto dalla sfera individuale a quella sociale, dalla base personale alla base reale, dalla soggettività dell'inquinatore all'oggettività della cosa inquinata, sempre riconducibile alla disponibilità di un custode, investito dalle relazioni private, di un potere di controllo su quel bene.

Si tratta, a ben vedere, di una ipotesi di certo non contemplata *expresse* dal Legislatore del 1942 nel contesto testuale del nostro Codice Civile. L'unico cenno, anche se indiretto e ancora inconsapevole, al bene ambiente è rappresentato, infatti, dalla norma di cui all'art. 844 c.c. in tema di "immissioni".

La disposizione da ultimo menzionata è, peraltro, emblematica degli sforzi "modernizzatori" della recente ermeneutica. Dottrina e giurisprudenza, nel tempo, ne hanno ampliato le maglie e forzato l'interpretazione oltre i confini della tutela fondiaria, per trasformarla in un contenitore progressivamente più ampio, comprensivo di interessi sempre più estesi rispetto a quelli individuali del proprietario. Tali interessi, al culmine dell'evoluzione interpretativa, finiscono per identificarsi con gli interessi di tutti i consociati alla salubrità ambientale.

Si ritiene che lo stesso percorso interpretativo possa ben condurre ad annoverare un bene inquinato e inquinante nella "*res damnosa*" di cui all'art. 2051 c.c., a prescindere dalla *voluntas legis* dell'epoca, all'evidenza ancora troppo immatura rispetto alla tematica ambientale per contemplare astrattamente, *apertis verbis* o anche solo in via indiretta, tale ipotesi.

5.3. *Le fasi della causalità: "responsabilità per fatto proprio".*

Si è già avuto modo di accennare al principio fondante la materia *de qua*. È bene sottolineare a questo punto dell'analisi che il principio "chi inquina paga" è il principio base di una responsabilità oggettiva, per fatto proprio, anche incolpevole, che impone come unica condizione l'accertamento del nesso causale tra l'attività umana illecita e l'evento danno.

Ai fini della responsabilità, il danneggiato deve provare il nesso eziologico tra la cosa in custodia e il danno. Tale connessione causale sussiste sia nell'ipotesi in cui il nocumento sia stato causato dal dinamismo connaturato alla cosa, sia qualora in essa sia insorto un agente dannoso, ancorchè proveniente dall'esterno (4).

(4) Cass. 01/2331; Cass. 97/7276; Cass. 87/6407.

Già sulla base di una comune regola di buon senso, se chi si trova a custodire un bene produttivo di effetti inquinanti per l'ambiente non agisce per rimuovere o, quantomeno, moderare, là dove possibile, la gravità di quegli effetti, si pone quale prosecutore di una fonte di inquinamento che si rinnova e si aggrava inevitabilmente nel tempo, anche se egli non è l'autore della condotta originaria causalmente orientata a quella situazione inquinante.

In termini tecnico-giuridici, la causalità può essere scomposta in diverse fasi. La fonte causale originaria e quelle via via derivate.

L'acquirente che diviene proprietario o, nell'ipotesi, anche il custode non proprietario che entra ugualmente in contatto con un bene di cui si assume la custodia diligente accedono al processo causale inquinante qualora non si adoperino per limitare gli effetti dannosi di quella fonte di inquinamento, anche se già esistente e a loro non primariamente e soggettivamente imputabile.

La responsabilità oggettiva causale deriva, come visto, dalla posizione di "contatto" (non meramente occasionale, ma con una certa stabilità) tra il soggetto-custode e il bene inquinato oggetto della custodia, sulla base del principio per cui "*qui in re illicita versatur, tenetur etiam pro casu*".

Senza'altro, così interpretata, non si configura come una responsabilità per fatto altrui, ma come una responsabilità per fatto proprio del custode che, entrato nel processo causale per la particolare relazione materiale e giuridica che lo lega alla cosa, si trova in una posizione astrattamente idonea ad attivarsi per rimuovere o ridurre il potenziale inquinante nel bene oggetto della sua custodia.

Sotto tale profilo, pertanto, non si ravvisa alcun contrasto con il menzionato principio "chi inquina paga" di matrice sovranazionale. E le predette considerazioni si muovono ancora in un ambito strettamente oggettivo, senza che venga in rilievo quel *quid pluris* rappresentato dalla "*culpa in custodiendo*".

5.4. Profili soggettivi: "responsabilità per fatto proprio" colpevole o incolpevole.

Sotto l'aspetto della colpevolezza, la fattispecie di cui all'art. 2051 c.c. è stata oggetto di due opposti filoni interpretativi.

La disputa oggetto di una annosa *querelle* non è stata mai definitivamente risolta a vantaggio dell'una o dell'altra tesi, ma comunque si interpreta l'art. 2051 c.c. nella materia *de qua* il risultato non cambia.

Anche qualora lo si ritenga fonte di una responsabilità oggettiva da fatto proprio non si pone il problema, sussistente invece nei casi di responsabilità oggettiva per fatto altrui o da "mera posizione", dell'assenza del nesso di causalità tra la condotta e l'evento che potrebbe eventualmente provocare dei dubbi di contrasto con il principio "chi inquina paga", volendo considerare il medesimo incompatibile con tale categoria di ipotesi.

Per il resto, si è già detto che tale principio non esclude i casi di responsabilità incolpevole. Anche qualora si ritenesse di optare per la tesi oggettiva, non sussisterebbe pertanto alcun contrasto con il principio in questione.

Fatte tali considerazioni di ordine generale, si rende comunque necessario, per completezza di analisi, un approfondimento sul punto.

Un primo indirizzo minoritario, di matrice soggettiva, ravvisa nella fattispecie di cui all'art. 2051 c.c. una ipotesi di responsabilità civile aggravata, caratterizzata da una presunzione *juris tantum* di colpa (5).

Diverso l'indirizzo oggettivo, in base al quale la responsabilità da cosa in custodia di cui all'art. 2051 c.c. non si fonda su un comportamento o un'attività del custode, ma su una relazione materiale (di custodia appunto) intercorrente tra questi e la cosa dannosa.

Il fondamento della responsabilità sarebbe costituito dal rischio che grava sul custode per i danni prodotti dalla cosa che non dipendano dal caso fortuito (6). Solo il "fatto della cosa" sarebbe rilevante e non il fatto dell'uomo; in altre parole, solo lo stato di fatto e non l'obbligo di custodia potrebbe assumere rilievo nella fattispecie. Il profilo del comportamento del responsabile sarebbe di per sé estraneo alla struttura della normativa, nè potrebbe esservi reintrodotta attraverso la figura della presunzione di colpa per mancata diligenza nella custodia.

Il limite di tale responsabilità risiederebbe nell'intervento di un fattore (il caso fortuito) che non attiene ad un comportamento del responsabile come nelle prove liberatorie degli artt. 2047, 2048, 2050 e 2054 c.c., ma alle modalità di causazione del danno. Si dovrebbe pertanto ritenere che, in tale tipo di responsabilità, la rilevanza del fortuito attenga al mero profilo causale, in quanto suscettibile di una valutazione che consenta di ricondurre all'elemento esterno, anzichè alla cosa che ne è fonte immediata, il danno concretamente verificatosi.

Il caso fortuito viene inteso dalla giurisprudenza nel senso più ampio, comprensivo anche del fatto del terzo che abbia avuto una incidenza causale esclusiva nella produzione del danno (7) e della colpa del danneggiato (8), qualora intervengano nella determinazione dell'evento dannoso con un impulso autonomo e con i caratteri dell'imprevedibilità e dell'inevitabilità (9).

Si intende così anche la ragione dell'inversione dell'onere probatorio previsto dall'art. 2051 c.c., il quale attribuisce all'attore la prova dell'esistenza del rapporto eziologico tra la cosa e l'evento lesivo e al convenuto dell'esistenza di un fattore estraneo alla sua sfera soggettiva, idoneo ad interrompere quel nesso causale.

Definiti i due contrastanti orientamenti, di cui il secondo maggioritario, si rassegnano le seguenti osservazioni.

(5) Cass. 98/10556; Cass. 96/10015. In dottrina, per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile, La responsabilità*, Milano, 2002, p. 718.

(6) Cass. 01/584.

(7) Cass. 98/10556.

(8) Cass. 01/2331; Cass. 99/4616.

(9) Cass. 90/4237.

La responsabilità del custode non sempre si limita ad una mera relazione oggettiva con la cosa, ma spesso si estende ad una condotta omissiva colposamente rilevante. Almeno sotto tale profilo, pare ragionevole aderire alla prima tesi, quella della colpa presunta.

In generale, la responsabilità da “mera posizione” sussiste, infatti, qualora per la natura stessa dell’oggetto della custodia questo sfugga a ogni possibilità di controllo da parte del soggetto preposto a una supervisione sul bene stesso. La giurisprudenza, in tali ipotesi, arriva tuttavia a negare la stessa applicabilità del 2051 c.c., spostando la fattispecie nel campo di operatività del 2043 c.c.. Esempio emblematico è quello del proprietario o concessionario di un bene demaniale che, causa la sua estensione, non consente una vigilanza idonea ad evitare situazioni di pericolo, salvo il caso di responsabilità *extra-contrattuale ex art. 2043 c.c.* nell’ipotesi di c.d. “insidia” o “trabocchetto”, cioè di un pericolo occulto non visibile nè prevedibile.

Ragionando *a contrario*, da tali argomentazioni giurisprudenziali si ricava che la colpevolezza non è del tutto estranea alla struttura logica del 2051 c.c., posto che, là dove si ravvisi l’impossibilità di prospettare, anche solo in via presuntiva, una responsabilità soggettiva colposa, si nega alla radice la potenziale operatività di tale disposizione.

Nelle ipotesi fenomenologiche più frequenti di effettivo e non occasionale potere di fatto o di diritto sulla cosa, è ragionevole ritenere che, se per la natura stessa del bene un controllo sullo stesso sia concretamente possibile, il custode deve ritenersi investito dell’obbligazione di custodia con la diligenza richiesta dall’art. 1176 c.c., essendo impensabile, in tali casi, non prospettare una responsabilità soggettiva, ancorchè omissiva, del medesimo.

Si è affermato, infine, in giurisprudenza, che il custode non può giovare dell’ignoranza dello stato della cosa o dell’incertezza circa la causa dell’evento dannoso (10). Si ritiene che tale enunciazione ben si adatti al tema in esame, limitandosi in tal modo l’operatività del fortuito ad ipotesi estremamente limitate e, quantomeno, potendosi pacificamente escludere le ipotesi di ignoranza colpevole circa la natura inquinata e inquinante della cosa, là dove l’errore risulti inescusabile sulla base delle regole di comune diligenza e di indici sintomatici di comune buon senso circa la sussistenza di una “alterazione sostanziale” della cosa.

6. Conclusioni critiche: parere in punto “responsabilità ambientale da cosa in custodia”.

Preso in esame il quadro normativo di riferimento, si traggono le seguenti conclusioni sull’oggetto della presente analisi.

La *quaestio* concerne, come visto, una particolare *species* di “*res damnosa*” oggetto di custodia, ovvero sia un bene alterato da fattori inquinanti.

(10) Cass. 87/522.

Il principio “chi inquina paga” ha origine sovranazionale ed è il fondamento della responsabilità ambientale soggettiva e oggettiva, basandosi sul mero criterio della causalità. Trova la propria enunciazione comunitaria nel Trattato, sovraordinato alla direttiva nel sistema della gerarchia delle fonti. Non si controverte sul punto.

La disciplina risarcitoria del danno ambientale è una disciplina speciale per materia che mutua le proprie categorie risarcitorie dal diritto civile.

L’art. 311 T.U., proiezione verticale nel nostro diritto interno della Direttiva 2004/35/CE sul danno ambientale, in senso orizzontale ricalca l’art. 2043 c.c.. Allo stesso modo, la responsabilità ambientale per attività pericolose è specularmente all’art. 2050 c.c..

Nulla quaestio sul fatto che il regime di responsabilità in materia ambientale, così come quello civilistico, possa ospitare sia il modello soggettivo, sia il modello oggettivo, non incontrandosi le difficoltà correlate alle strumentalizzazioni del “*versari in re illicita*” nel sistema penale dell’imputazione.

Il diritto ambientale, tuttora in fase di edificazione, non ha ancora preso in esplicita considerazione, a nessun livello nel sistema delle fonti, la fattispecie generale della responsabilità da custodia.

Con riferimento al diritto vigente, l’art. 311 T.U. risulta, almeno parzialmente, inadeguato. L’insufficienza normativa non deriva tanto dalla non sussumibilità della responsabilità da custodia in tale contenitore generale, di certo astrattamente configurabile, quanto dall’eccessivo aggravio probatorio a carico del danneggiato che confligge con un’immediata percezione di buon senso, prima ancora che di logica giuridica. Il “custode”, infatti, non è “chiunque”, avendo una particolare relazione materiale e giuridica con la cosa che è alla disponibilità del medesimo immediatamente riconducibile.

Proprio sulla base di tale presupposto, il 2051 c.c. introduce un *favor* per il danneggiato sotto il profilo probatorio, per quanto il medesimo potrebbe essere tutelato anche dal più generale art. 2043 c.c.. È la particolarità della fattispecie sostanziale, ovvero sia la particolare soggettività giuridica del responsabile che ha ragionevolmente indotto il Legislatore a introdurre un regime speciale di responsabilità aggravata nel sistema civile delle fonti risarcitorie.

Ora, come visto, non esiste una proiezione nel settore ambientale di tale norma, anche se la lacuna è soltanto apparente, posto che l’art. 2051 c.c. ben può trovare applicazione anche nella materia *de qua*. Sarà sufficiente una interpretazione evolutiva della disposizione in oggetto (nella specie, della nozione oggettiva di “*res damnosa*”), analoga a quella che ha già accompagnato altre fonti, quale, a titolo esemplificativo, la disposizione civilistica in materia di immissioni di cui all’art. 844 c.c. che, ritagliata sulla tutela della proprietà fondiaria e della intangibilità della sfera giuridica individuale, è divenuta norma a presidio dell’ambiente e di interessi di natura generale.

Sia che si aderisca alla tesi della responsabilità soggettiva del custode, sia che si configuri tale responsabilità in termini oggettivi non vi è poi violazione del principio “chi inquina paga” e, pertanto, nè incongruenza sistematica con le nostre fonti di diritto interno, nè con i principi di matrice inter-

nazionale e comunitaria. La responsabilità ambientale, nella sua forma più semplice, si fonda, infatti, sulla mera causalità oggettiva che in alcun modo contrasta con il modello strutturale del 2051 c.c..

In ogni caso, resta invariato l'onere probatorio più favorevole per il danneggiato. Sarà infatti sufficiente per lo Stato, legittimato in via esclusiva ad esperire l'azione risarcitoria ai sensi nel nuovo *corpus* normativo ambientale, la prova del danno e della relazione giuridica di custodia tra un soggetto e la *res*, spettando al custode l'onere dell'eventuale prova liberatoria, ovverosia del caso fortuito, peraltro difficilmente prospettabile in materia e limitato alle ipotesi di comprovata ignoranza incolpevole circa lo stato inquinato della cosa.

In altre parole, la specialità della fattispecie in questione attiene solo al regime differenziato della prova, senza per questo intaccare i principi e i cardini della responsabilità ambientale che non prescrive un diverso e inderogabile regime probatorio, ma impone solo l'accertamento di un nesso di causalità tra una certa posizione soggettiva, una condotta e/o un'attività e il danno prodotto.

Se il fatto dannoso è, infine, imputabile a più persone, tutte queste sono obbligate in solido *ex art.* 2055 c.c. al risarcimento del danno, salvo il diritto di regresso contro ciascuno degli altri nella misura determinata dalla gravità della rispettiva colpa e dall'entità delle conseguenze che ne siano derivate.

La solidarietà passiva opera sull'identità dei fatti fondanti la responsabilità, ovverosia, nella proiezione processuale, sull'identità del *petitum* e della *causa pretendi* dell'azione civile. Legittimati passivi dell'azione risarcitoria sono, dunque, il proprietario del bene, nonchè qualsiasi altro soggetto a diverso titolo legato al bene stesso, purchè riconducibile alla categoria sopra esaminata dei "custodi".

Il divieto di inquinare è, senz'altro, divieto di creare la fonte originaria dell'inquinamento, ma deve essere, necessariamente, in un sistema di circolazione dei beni e dei diritti sui beni con gli strumenti propri del diritto privato, anche un divieto di far perdurare nel tempo quella fonte inquinante.

Accanto alla responsabilità commissiva colpevole del trasgressore originario non può infatti escludersi, a priori, la responsabilità (potrebbe dirsi omissiva, colpevole o incolpevole, ma causalmente rilevante) di tutti coloro che nel tempo con quella stessa cosa siano entrati in contatto (proprietari successivi o anche custodi in forza di altro titolo), purchè tale "contatto" abbia una rilevanza giuridica e si sostanzi in quel legame già esaminato sotteso alla definizione di custodia.

Ciò che rileva ai fini di una responsabilità concorsualmente rilevante non è tanto la condotta del custode, quanto la natura della cosa e il rapporto di custodia, anche temporaneo purchè non occasionale, instauratosi tra il soggetto e la *res*, conformemente alla *ratio* che ha indotto il Legislatore ad introdurre lo strumento dell'obbligazione reale nella bonifica dei siti contaminati (*v. supra*, par. 4).

Tempora mutantur, tra armonia e contrasto, *nova et vetera*, nella prospettiva, sempre più estesa e rigorosa, di una tutela ambientale necessariamente

prioritaria rispetto ai diritti e agli interessi individuali, da sempre suscettibili di affievolimento all'insorgere di sovraordinate finalità pubblicistiche di fonte costituzionale.

Una rilettura in tal senso di una disposizione scritta in un periodo storico in cui l'ambiente non era ancora disciplinato come principio e come valore rappresenta un aggiornamento interpretativo doveroso per l'evoluzione del diritto vivente.

Alcune riflessioni sulla tutela giurisdizionale nei confronti delle Autorità amministrative indipendenti

di Riccardo Gai ^(*)

SOMMARIO: 1.- Il sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità. 2.- La competenza funzionale del T.A.R. del Lazio. 3.- Il private enforcement e il public enforcement. 4.- Le Alternative Dispute Resolution (A.D.R.). 5.- Riordino della materia e prospettive.

1. Il sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità

Le Autorità amministrative indipendenti sono organismi di matrice pubblicistica, dotati di elevata autonomia rispetto al potere esecutivo e caratterizzati da tratti peculiari quali la terzietà e la neutralità (1).

La loro funzione precipua è quella di garantire, vigilare, regolare e controllare i settori economico-sociali di loro competenza.

La natura giuridica delle Autorità è, tuttora, fonte di ampi dibattiti dottrinali; la tesi più accreditata è quella del *tertium genus*, ossia di una collocazione intermedia tra amministrazione e giurisdizione.

La nascita delle A.A.I. si è configurata come “esigenza insopprimibile”(2) del nostro ordinamento democratico, nel passaggio da Stato dirigista a Stato regolatore, in cui lo Stato stesso, nel dismettere la gestione diretta di numerose attività economiche, non poteva rinunciare ad esercitare su di esse una specifica forma di controllo.

^(*) Dottore in Giurisprudenza.

(1) “Le Autorità possono essere definite alla stregua di organismi dotati di sostanziale indipendenza dagli Enti tradizionali appartenenti allo Stato-Amministrazione, dotati di una certa autonomia organizzativa, finanziaria e contabile, non soggetti al controllo dell’esecutivo, oltre che titolari dei poteri di nomina dei propri vertici” (Caringella, 2001).

“Le Autorità amministrative sono figure di diritto pubblico senza personalità giuridica” (Sadurny, 1999).

Sono stati altresì rilevati aspetti relativi alla “natura cosiddetta multifunzionale delle Autorità indipendenti” (Garofoli, 2003).

“Le Autorità indipendenti sono organismi in grado di regolare settori che necessitano di una certa flessibilità e rapidità nel recepire e codificare il meglio della prassi e l’evoluzione delle conoscenze tecniche” (Mellone, 1999).

(2) “In un sistema come quello italiano, caratterizzato dalla frammentazione e dalla diffusione dei poteri a livello economico-sociale e politico-istituzionale, l’introduzione delle Autorità indipendenti rimane un’esigenza insopprimibile, in quanto l’organizzazione divisa dei poteri rappresenta una correzione della concentrazione prodotta dalla democrazia e diventa un elemento fondamentale per la sua sopravvivenza” (Cassese, 1996).

Al di là delle dissertazioni dottrinali, gli atti e i provvedimenti emanati dalle A.A.I. sono qualificabili come “amministrativi”. E, secondo logica, la normazione vigente attribuisce al G.A. la giurisdizione esclusiva su di essi.

È lecito, a questo punto, interrogarsi sulla tipologia di sindacato giurisdizionale esperibile avverso tali provvedimenti. Il Consiglio di Stato, nell’ormai famosa sentenza 5287 del 2001, in tema di vincolo idrogeologico, ha coniato l’espressione “sindacato debole”, divenuta *jus receptum* con la pronuncia 4001 del 2002.

Per sindacato debole, si badi bene, non si intende un sindacato meramente formale ed “estrinseco”, ma uno scrutinio di legittimità “intrinseco”, ovvero non limitato nella possibilità di effettuare tutti gli accertamenti tecnici necessari per vagliare la logicità, la correttezza e la ragionevolezza del provvedimento impugnato, senza che il giudice possa sostituire la sua valutazione a quella già operata dall’Autorità.

Gli assertori di un sindacato “forte”, d’altro canto, affermano che non sarebbe possibile verificare le scelte discrezionali dell’autorità limitandosi ad uno scrutinio di legittimità, rendendosi necessaria una valutazione di opportunità, cioè di merito.

Tuttavia, il T.A.R. Lazio ha ribadito che tutte le scelte tecnico-discrezionali effettuate dall’Autorità sono sottoposte al vaglio giurisdizionale non nel loro merito intrinseco, ma relativamente ai vizi logici, afferenti l’iter formativo della deliberazione stessa, ovvero per difetto di motivazione o di istruttoria.

Un’importanza fondamentale riveste la pronuncia 926/2004 (3) del Consiglio di Stato, attraverso cui i giudici di Palazzo Spada determinano il superamento della dicotomia concettuale tra forza e debolezza del sindacato, in una prospettiva di armonizzazione con il sistema comunitario, in cui a rilevare non sono le terminologie giuridiche, ma le posizioni soggettive da tutelare in concreto.

“Al giudice amministrativo spetta di verificare ex post l’operato dell’Autorità, e in tale controllo il giudice non incontra alcun limite”.

Il problema più serio è che, variando di volta in volta l’intensità del sindacato, in base all’oggetto o al caso di specie, viene meno la funzione “nomofilattica” del precedente, di fondamentale importanza per i paesi di *common law*, ma anche per quelli di “diritto codificato”.

Il limite ultimo che incontra il sindacato giurisdizionale è rappresentato dal nucleo “politico” della decisione, ossia da una valutazione fortemente discrezionale, che limita lo scrutinio del giudice ad un profilo di mera legittimità (4).

(3) Il riferimento è ad una fattispecie in cui l’Autorità Garante aveva comminato una sanzione ad una serie di imprese (operanti nel settore della ristorazione con buoni pasto) che si erano accordate circa il prezzo da offrire in una gara d’appalto bandita dalla Consip, cui ciascuna di esse partecipava per lotti diversi.

(4) *“L’ultima frontiera oltre la quale nessun sindacato giurisdizionale può e deve estendersi è appunto il nucleo “politico” della regolazione; laddove il giudice ne riscontri l’esistenza, il suo sindacato non potrà che limitarsi ad uno scrutinio di mera legittimità”* (A. Police).

2. La competenza funzionale del T.A.R. del Lazio

L'art. 33, comma 1, della legge 287/1990 cd. "antitrust", attribuisce al G.A. la giurisdizione esclusiva sui ricorsi avverso "*provvedimenti amministrativi adottati sulla base di disposizioni di cui ai titoli dal I al IV*" della stessa legge.

In particolare, è prevista la competenza funzionale ed inderogabile del T.A.R. del Lazio, al fine di garantire l'uniformità degli orientamenti giurisprudenziali, attraverso l'attribuzione di tutti i ricorsi antitrust al medesimo organo giudicante.

La previsione di cui all'art. 33 ha, certamente, eliminato l'incertezza dovuta alla qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive a fronte dell'esercizio del potere antitrust.

Tuttavia, resta vivo l'interesse per la qualificazione di tali situazioni: la tutela giurisdizionale muterà a seconda che si tratti di diritti soggettivi o di interessi legittimi.

Secondo la più autorevole dottrina, nei rapporti tra imprese ed Autorità non si configurano posizioni di diritto soggettivo perfetto, ma unicamente di interesse legittimo (5).

Non sono mancate critiche alla suddetta impostazione. A cominciare dall'incompatibilità tra la nozione di diritto fondamentale, costituzionalmente garantito (libertà di iniziativa economica), e la nozione di interesse legittimo correlato all'esercizio del potere; per proseguire con chi ha sostenuto l'esistenza dell'interesse legittimo solo a fronte di un potere discrezionale in senso proprio, e non in presenza di un'attività amministrativa vincolata, dalla quale deriverebbero soltanto diritti soggettivi perfetti (6).

Questi orientamenti, tuttavia, destano molte perplessità. È indubbio che i poteri dell'Autorità garante limitano la libertà di iniziativa economica, non-

(5) La giurisprudenza amministrativa parte dal dato secondo cui "*l'interesse protetto resta di carattere generale perché coinvolge tutti i cittadini, o come operatori economici o come utenti, e corrisponde ad una scelta di fondo dell'ordinamento, sia nazionale che comunitario, di tipo liberista che viene ritenuta decisiva per uno sviluppo equilibrato, armonico ed equo della collettività*". Con questa premessa, si giunge a concludere che "*rispetto al conseguimento di questo interesse la posizione dei singoli, individui o imprese, che abbiano strumenti contrattuali ed organizzativi incisivi della libertà di concorrenza, è garantita soltanto in quanto corrispondente al fine di interesse generale cui si è fatto riferimento e con la tecnica propria dell'interesse legittimo quale posizione soggettiva tutelata in modo diretto ed occasionale in un procedimento amministrativo che tende a ripristinare, con il provvedimento finale, condizioni piene ed effettive di libera concorrenza su un mercato nazionale*". Così T.A.R. Lazio, sez. I, 5 maggio 1994, n. 652.

(6) Non manca cioè chi dall'attenuazione del carattere discrezionale degli atti delle Autorità indipendenti, trae argomenti per configurare la posizione del destinatario dell'atto in termini di diritto soggettivo, anziché di interesse legittimo. La tesi è stata sostenuta in dottrina con ampiezza di argomentazioni, cfr. N. GARZONA, *Gli atti della Consob davanti al giudice amministrativo: giurisdizione, legittimazione ed ambito del giudizio*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1987.

ché la sua autonomia negoziale; ma l'interesse dell'imprenditore ad attuare un accordo o un'intesa, ovvero a realizzare una concentrazione, non trova piena tutela da parte dell'ordinamento giuridico. Tale interesse è lecito, e quindi meritevole di protezione, solo se risulta compatibile con le norme sulla concorrenza e con l'equilibrio del mercato, poiché nella dialettica tra diritto di iniziativa e libera concorrenza, è certamente la seconda che prevale in quanto interesse della collettività.

In sostanza, il riconoscimento in astratto della libertà di iniziativa economica non si configura concretamente come un diritto soggettivo alla piena realizzazione degli interessi di impresa; si configura, invece, in seguito all'intervento autoritativo dell'amministrazione pubblica, un interesse legittimo al corretto esercizio del potere pubblico.

3. *Il private enforcement e il public enforcement*

Posta la giurisdizione esclusiva del T.A.R. del Lazio, l'art. 33, comma 2, della legge antitrust, attribuisce alle Corti d'Appello competenti per territorio la cognizione delle azioni riservate alla giurisdizione ordinaria, ovvero *“le azioni di nullità e risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti d'urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV”*.

L'attribuzione al giudice ordinario di tale giurisdizione permette, in termini comunque limitati, la realizzazione di un sistema di applicazione *“privata”* del diritto della concorrenza, il cosiddetto *private enforcement*.

Lo spazio che il legislatore riserva a tale possibilità è residuale rispetto alla prevalenza del cd. *public enforcement*, che si esplica nell'attribuzione all'A.G.C.M. del potere di individuare e sanzionare le fattispecie anticoncorrenziali, lasciando al giudice ordinario la competenza sulle azioni di nullità, risarcimento del danno e provvedimenti d'urgenza.

L'Autorità giudiziaria ordinaria, infatti, è investita della cognizione sulle situazioni giuridiche soggettive lese da condotte anticoncorrenziali unicamente nella loro dinamica privatistica. Uno stesso comportamento, dunque, può essere analizzato da diversi punti di vista, a seconda anche della sua plurioffensività.

Sarebbe opportuno chiarire se l'avvio o la conclusione del procedimento amministrativo davanti all'Autorità costituisca presupposto processuale o condizione necessaria per l'esperimento dell'azione innanzi al giudice ordinario.

Secondo una linea di pensiero (De Minico), il Garante avrebbe il compito di definire gli elementi costitutivi della fattispecie non compiutamente delineati dalla norma, e quindi non sarebbe possibile adire il giudice ordinario in assenza della previa valutazione compiuta dall'Autorità, in quanto costitutiva dell'antigiuridicità della condotta.

Altri autori (Fattori, Police, Todino), invece, ritengono che la legge antitrust sia indirizzata verso la completa autonomia dei due procedimenti, essendo differenti gli interessi che ciascun ordinamento persegue. Sarebbe stata necessaria un'espressa previsione legislativa per consentire una così clamorosa limitazione del diritto di azione, comunque in aperto contrasto

con l'art. 24 della Costituzione, che consente a chiunque di tutelare in giudizio i propri diritti soggettivi ed interessi legittimi (7).

Parte della dottrina ha criticato la cognizione del giudice amministrativo nell'ipotesi di impugnazione di un provvedimento sanzionatorio di carattere pecuniario emesso dall'Autorità a norma dell'art. 31 della legge antitrust, poiché tale articolo, nel rinviare alla disciplina generale sulle sanzioni amministrative (legge n. 689/1981), sembra accogliere l'impostazione dell'art. 22, secondo la quale la competenza giurisdizionale in materia di sanzioni amministrative pecuniarie è devoluta al giudice ordinario.

Da qui la necessità di comprendere quale sia il giudice competente a conoscere dei ricorsi contro le sanzioni antitrust: giudice amministrativo a norma dell'art. 33, comma 1, legge n. 287/1990, ovvero giudice ordinario ai sensi dell'art. 22, legge n. 689/1981.

I dubbi emersi su tale questione vennero fugati grazie all'intervento della giurisprudenza, prima amministrativa (T.A.R. Lazio, sez. I, n. 1157 del 1993), poi civile di legittimità (Cass., sezioni unite, n. 52 del 1994).

In particolare, le SS.UU. della Suprema Corte risolsero il difficile coordinamento tra gli artt. 33 e 31 della legge antitrust e l'art. 22 della legge 689/1981, affermando che il richiamo a suddetta legge operato dall'art. 31 era limitato alle sole disposizioni sostanziali, e non alle norme in materia di giurisdizione, per cui la competenza giurisdizionale spettava al giudice amministrativo, essendo la sanzione emanata "*per la cura degli interessi pubblici ad essa istituzionalmente attribuiti*".

Inoltre, nei confronti delle sanzioni pecuniarie antitrust, secondo dottrina e giurisprudenza, si ritiene applicabile l'art. 23, comma 11, della legge 689/81, che prevede il potere del giudice di entrare nel merito e quindi di annullare o modificare la sanzione. Infatti, nel caso di impugnazione di un provvedimento sanzionatorio, il giudice dispone un controllo più penetrante, dal momento che può procedere sia ad un completo accesso diretto ai fatti, sia ad un accertamento sull'apprezzamento, di natura tecnica, dei fatti medesimi, allo scopo di determinare e commisurare la sanzione. In sostanza, l'autorità giudiziaria può esaminare il metodo di calcolo che l'antitrust ha usato per determinare l'entità della sanzione. Trattasi di un metodo discrezionale che, pur non essendo vincolato a precise formule matematiche, deve essere adeguatamente motivato, poiché l'assenza di idonea motivazione comporta non tanto l'annullamento della sanzione, quanto piuttosto la verifica della sua congruità attraverso il surrichiamato sindacato giurisdizionale di merito.

Anche la Corte europea, del resto, ha sempre riconosciuto un sindacato esteso al merito verso le sanzioni irrogate dalla Commissione, e ciò anche

(7) In sostanza, va ribadito che l'avvio del procedimento da parte dell'Autorità non costituisce un antecedente logico dell'azione esperibile davanti alla Corte d'Appello, dovendosi escludere che la tutela giurisdizionale della concorrenza sia subordinata al preventivo accertamento in sede amministrativa.

prima che intervenisse il regolamento n. 1/2003 CE, il quale prevede espressamente che la Corte di Giustizia può estinguere, ridurre o aumentare le multe comminate dall'Autorità.

Tuttavia, è auspicabile una maggiore certezza in ordine alla liceità o illiceità di determinate condotte, vista la dilagante incertezza del diritto antitrust, sia per la folta presenza di concetti giuridici indeterminati, afferenti al campo delle scienze economiche inesatte ed opinabili, sia per l'accertata possibilità di disapplicare il diritto interno contrastante con le norme a tutela della concorrenza (8).

È opportuno ricordare, a questo punto, che il sistema della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, e logicamente anche il riparto di giurisdizione, sono stati modificati dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004. In essa il giudice delle leggi, pur riconoscendo che il giudice amministrativo ha, sul piano costituzionale, *“piena dignità di giudice ordinario per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione, delle situazioni giuridiche non contemplate ... dall'art. 2 della legge del 1865”* (che non si configurino cioè come diritti) e pur escludendo che la Costituzione abbia definitivamente e immutabilmente cristallizzato la situazione esistente nel 1948 circa il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, avendo conferito al legislatore ordinario il potere di indicare *“particolari materie”* nelle quali *“la tutela nei confronti della pubblica amministrazione”* investe *“anche”* diritti soggettivi, ha tuttavia puntualizzato che quest'ultimo potere non è *“né assoluto né incondizionato”* e che pertanto il suo esercizio in tanto può dirsi legittimo in quanto consideri *“la natura delle situazioni giuridiche coinvolte”* e non sia fondato *“esclusivamente sul dato oggettivo delle materie”*.

Da qui la conclusione che il legislatore ordinario *“ben può ampliare l'area della sua giurisdizione esclusiva, purché lo faccia con riguardo a materie (in tal senso particolari) che, in assenza di tale previsione, completerebbero pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione-Autorità, la giurisdizione generale di legittimità”* non essendo sufficiente a giustificare la devoluzione della controversia al giudice amministrativo il *“generico”* coinvolgimento, in essa, di un pubblico interesse, né la mera partecipazione

(8) Inoltre, nei confronti delle sanzioni pecuniarie antitrust, secondo dottrina e giurisprudenza, si ritiene applicabile l'art. 23, comma 11, della legge 689/81, che prevede il potere del giudice di entrare nel merito e quindi annullare o modificare la sanzione. Infatti, nel caso di impugnazione di un provvedimento sanzionatorio, il giudice dispone un controllo più penetrante, dal momento che può procedere sia ad un completo accesso diretto ai fatti, sia ad un accertamento sull'apprezzamento, di natura tecnica, dei fatti medesimi, allo scopo di determinare e commisurare la sanzione. *Trattasi di un metodo discrezionale che, pur non essendo vincolato a precise formule matematiche, deve essere adeguatamente motivato, poiché l'assenza di idonea motivazione comporta non tanto l'annullamento della sanzione, quanto piuttosto la verifica della sua congruità attraverso il surrichiamato sindacato giurisdizionale di merito.*

della pubblica amministrazione al giudizio dovendo, al contrario, il legislatore “*considerare la natura delle situazioni soggettive coinvolte, e non fondarsi esclusivamente sul dato oggettivo delle materie*”.

Dalla sentenza in esame, dunque, si evince che la configurazione di diritto soggettivo o di interesse legittimo di una situazione giuridica soggettiva discende soltanto dal diritto sostanziale, ossia dal fatto che la pubblica amministrazione sia, per legge, titolare o meno di poteri autoritativi.

Ed infatti la previsione della giurisdizione esclusiva scaturisce dall'esistenza, in base al diritto sostanziale, “*di materie nelle quali la tutela nei confronti della pubblica amministrazione investe anche diritti soggettivi accanto ad interessi legittimi*”. Così non sembra più costituzionalmente tollerabile la possibilità che “*sia la stessa clausola di giurisdizione esclusiva a decidere della natura delle situazioni soggettive vantate dal privato nei confronti della pubblica amministrazione*” (M. Ramajoli).

Nella materia antitrust, la giurisdizione esclusiva trova una giustificazione in quanto vi è la contemporanea presenza di interessi legittimi e diritti soggettivi che, tuttavia, devono mantenere necessariamente la loro differente consistenza affinché ci sia una tutela giurisdizionale piena ed effettiva. Pertanto, laddove i giudici amministrativi limitano l'applicazione della legge 689/1981 alla sola quantificazione della sanzione, non tenendo invece conto di tutti i profili soggettivi della responsabilità, finiscono per trasformare “*impropriamente in interesse legittimo quello che sul piano sostanziale è un diritto soggettivo*” (Ramajoli).

In pratica, l'applicazione di sanzioni pecuniarie, andando ad incidere su diritti soggettivi, deve basarsi su rigorosi criteri di prova dell'illiceità della condotta. La giurisprudenza amministrativa, invece, sembra considerare legittime quelle sanzioni pecuniarie antitrust che vengono irrogate sulla base di meri indizi, senza un'adeguata e concreta definizione dell'illecito concorrenziale, e cioè senza pretendere un riscontro della colpevolezza e della volontarietà del comportamento, così come imposto dall'art. 3 della legge 689/1981.

In tal senso, i giudici amministrativi hanno più volte ribadito che “*ai fini di una corretta individuazione di una pratica concordata è sufficiente l'esistenza di una serie di indizi gravi, precisi e concordanti*” (T.A.R. Lazio, sez. I, n. 873/1999); ovvero che l'Autorità Garante può ricorrere ad “*elementi presuntivi al fine di verificare la violazione della normativa antitrust*” (T.A.R. Lazio, sez. I, n. 4504/2000).

Si potrebbe obiettare che la ricerca dettagliata delle prove dell'infrazione comporta il rallentamento e l'affievolimento della tutela.

Di qui la necessità di bilanciare le due esigenze: quella del mercato concorrenziale e quella delle imprese che in esso operano, così che un equilibrio si potrebbe forse raggiungere sostenendo che di fronte alla presenza di soli elementi indiziari riguardanti l'esistenza di una condotta anticompetitiva si possa solo emettere un provvedimento di diffida, mentre per l'applicazione della sanzione pecuniaria bisognerà attendere la prova effettiva del fine anticoncorrenziale della condotta.

4. *Le Alternative Dispute Resolutions (A.D.R.)*

Il dibattito sulle Autorità indipendenti, soprattutto in relazione alla loro funzione “paragiurisdizionale”, deve tenere in debita considerazione le cc.dd. *Alternative Dispute Resolutions*, ossia i mezzi alternativi di risoluzione delle controversie.

Il dibattito riguardante l’ “*Alternative Dispute Resolution*” è giunto in Europa sulla scia dell’esperienza americana.

Col passare del tempo, l’interesse comunitario per l’A.D.R. è cresciuto nel solco della generale tendenza all’incentivazione degli strumenti di “*soft law*” : fra questi, in particolare, i codici di condotta, di cui la UE ha iniziato da tempo a promuovere la diffusione.

Da un punto di vista comunitario, le vicende consumeristiche ben si prestano ad incentivare il ricorso all’A.D.R., poiché sono molteplici i benefici per i consumatori.

Innanzitutto, nell’ottica di riduzione dei costi e della durata della lite e in una prospettiva che mira allo sviluppo del mercato interno, viene introdotta la possibilità di superare le difficoltà di adire l’autorità giudiziaria nei rapporti transfrontalieri, così svincolandosi dall’incertezza sul diritto applicabile e sulla giurisdizione.

Senza dubbio, tali metodi “alternativi” si collocano al di fuori della giurisdizione, similmente a quanto avviene per le Autorità amministrative indipendenti (9).

Ciò posto, non può escludersi che l’A.D.R. possa presentare alcune affinità con la tutela di natura giurisdizionale.

In primo luogo, esiste una matrice comune tra tutela giurisdizionale e metodi alternativi: in tutti e due i casi vi è sostituzione da parte di un terzo (giudice, arbitro o anche Autorità) all’attività altrui.

Analizzando le contingenze da un punto di vista dinamico, e ponendo altresì l’accento sull’astrattezza del precetto giuridico configurante un fatto predeterminato e descritto nel diritto positivo, potremmo concludere che il fatto diventa giuridico solo nel momento in cui viene accertato.

L’attivazione della tutela giurisdizionale è quindi finalizzata a questo accertamento ed il diritto si manifesta unicamente al momento del giudizio, quando c’è l’esigenza di valutare un determinato comportamento.

Al contrario, quando ci si rivolge ad un soggetto terzo e privato, non è necessaria l’applicazione della norma di legge al fatto accertato: c’è la possibilità di trovare soluzioni fondate sulla volontà conciliativa delle parti.

Allo stesso modo le Autorità amministrative indipendenti, in virtù della loro funzione paragiurisdizionale, svolgono sì un’attività alternativa a quel-

(9) “L’A.D.R. svolge un ruolo complementare rispetto ai procedimenti giurisdizionali, in quanto i metodi in tale contesto spesso sono più adatti alla natura delle controversie. L’A.D.R. può così permettere alle parti di instaurare un dialogo che altrimenti sarebbe impossibile e di valutare l’opportunità di fare ricorso al giudice” (Libro Verde della Commissione Europea, 2002).

la giurisdizionale ma, pur prevedendo i cc.dd. “*moduli consensuali*”, si trovano ad agire analogamente al giudice quando si tratta di qualificare la giuridicità o l’antigiuridicità del fatto.

I metodi alternativi, invece, mirano a definire la controversia senza applicare necessariamente il precetto normativo alla fattispecie.

Come avvenuto per l’istituzione delle Autorità, anche nel caso delle A.D.R. il diritto comunitario assume un ruolo fondamentale.

Oltre al *Libro Verde* relativo ai modi di risoluzione delle controversie, che persegue l’uniformazione organica degli strumenti non propriamente giurisdizionali, l’UE ha prodotto due Raccomandazioni relative all’A.D.R..

La Raccomandazione 98/257/CE, sui principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo, enuncia i seguenti principi: indipendenza, trasparenza, contraddittorio, efficacia, legalità, libertà, rappresentanza.

Per ciò che attiene al diritto applicabile, si specifica che gli organi di risoluzione alternativa delle controversie possono decidere non solo secondo le disposizioni di legge, ma anche secondo equità e sulla base dei codici di condotta, purchè ciò non comporti una *deminutio* di tutela per i soggetti coinvolti.

Alla suddetta Raccomandazione ha fatto seguito la successiva 2001/310/CE sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo: si tratta del sistema denominato *conciliazione* o *mediazione*, che mira al raggiungimento di una soluzione fondata sul consenso delle parti; tale Raccomandazione ribadisce i principi generali già indicati dalla precedente del 1998, con particolare riferimento alla possibilità di risolvere *on line* le controversie, soprattutto se transfrontaliere.

Il panorama europeo di sviluppo dell’A.D.R. è piuttosto variegato e disomogeneo, soprattutto con riguardo al numero degli organismi che vi operano, nonché al tipo di procedura utilizzata o all’eventuale obbligatorietà di adire l’A.D.R. in taluni casi, al grado di coercitività della soluzione adottata e ai costi della lite per le parti in causa.

Soffermandosi sul panorama italiano, si può constatare che è in corso già da tempo un processo di incentivazione dell’A.D.R., sia per iniziativa autonoma del legislatore, sia per l’influenza della politica comunitaria, in special modo nelle materie consumeristiche.

La legge n. 580/1993 di riforma delle Camere di Commercio ha attribuito ad esse un ruolo preminente, consentendo la possibilità di promuovere le A.D.R. e prevedendo l’istituzione di camere arbitrali e conciliative.

La legge n. 281/98 sulla disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti ha previsto che le associazioni dei consumatori riconosciute come rappresentative a livello nazionale possano attivare, prima del ricorso al giudice, la procedura di conciliazione davanti alla Camera di Commercio competente per territorio.

Le A.D.R. sono state recepite nel nostro ordinamento in modo disorganico ed eterogeneo, nonostante il tentativo di “istituzionalizzare” i rimedi alternativi avvenuto con il disegno di legge n. 4567 del 1998, mai tramutato in legge dello Stato.

Attualmente, si può affermare che l'obiettivo di fondo del sistema delle A.D.R. che si vuole introdurre in Italia mira a privilegiare meccanismi di tipo incentivale o deflattivo della giurisdizione contenziosa, così da creare i presupposti per una giustizia *pluralista*, che possa garantire al cittadino la possibilità di optare fra più metodi di risoluzione delle controversie.

Ed è proprio in questa ottica che vanno interpretate le iniziative volte a potenziare i ricorsi alle Autorità amministrative indipendenti.

Tuttavia, questa completa alternatività fra metodi diversi è ancora lungi dall'essere realizzata: non c'è ancora la possibilità di considerare le varie opzioni come *intercambiabili* tra loro, e quindi di garantire la piena tutela del cittadino.

Le figure che maggiormente meritano di trovare applicazione, per le loro peculiarità intrinseche, e che palesano più delle altre i vantaggi delle A.D.R., sono l'*arbitrato* e la *mediazione*.

L'arbitrato è un accordo fra parti, già legate contrattualmente, che si determinano a sottoporre a un terzo privato le controversie che scaturiscono dal contratto, così rinunciando alla giurisdizione dello Stato. Quando tale accordo è già inserito nel contratto, si parla di "clausola compromissoria"; quando, invece, viene stipulato come atto distinto e concordato a lite iniziata, si parla di "compromesso".

Dall'attento studio della dottrina, si può individuare una duplice natura giuridica dell'istituto, che dà origine a due distinte teorie: quella *processualistica* e quella *contrattualistica*.

Questa contrapposizione troverebbe origine nella "doppia anima" dell'arbitrato, ovvero nella circostanza che la sua fonte risiede in un accordo negoziale, ma si conclude con un provvedimento assimilabile ad una sentenza.

Gli assertori della teoria processualistica individuano nell'arbitro un privato cittadino che esercita una funzione pubblica, facendo leva sulla collocazione dell'istituto nel codice di procedura civile.

I sostenitori della teoria contrattualistica, invece, sostengono che l'arbitrato può nascere e vivere anche al di fuori del diritto dello Stato, proprio come avveniva nell'antica Roma; secondo questo orientamento, l'arbitro svolge un ufficio di diritto privato che si va a collocare in una prospettiva *astatale* e privatistica in senso stretto.

Con l'intervento delle novelle del 1983 e del 1994, entrambe le dottrine hanno trovato argomenti di sostegno per le rispettive tesi.

Secondo i fautori della teoria contrattualistica, la vincolatività fra le parti attribuisce al lodo un'efficacia negoziale fra privati. Inoltre, venendo meno la necessità del deposito del lodo e dell'omologazione costitutiva, si restituisce all'istituto la fisionomia meramente privatistica.

Anche i sostenitori della teoria processualistica vedono con favore le novelle, rilevando che gli effetti del lodo anteriori all'esecutorietà non possono essere considerati provvisori; e non verrebbero meno qualora non fosse richiesta l'esecutorietà.

Se si azzarda un parallelo tra giudice ed arbitro, anche volendo dare adito a quella dottrina che nega l'esistenza del monopolio della giurisdizio-

ne in capo ai giudici dello Stato, non si può comunque arrivare a ritenere che gli arbitri possedano una frazione dello stesso potere giurisdizionale attribuito *ex lege* alla magistratura, poiché “*il compromesso è un’opzione per un ordinamento che non è quello che si concreta nei giudici*” (S. Satta).

Sono molteplici i fattori che differenziano l’arbitro dal giudice: quello più rilevante è certamente il mancato inserimento degli arbitri nell’ordinamento giudiziario, che predispose procedimenti di selezione, di nomina e di verifica dell’incompatibilità, tali da assicurare l’imparzialità dell’organo giudicante.

Visti i poteri decisori dell’arbitro, resi più intensi dalle novelle del 1983 e del 1994, si può affermare che la valenza dell’imparzialità dell’arbitro acquista un’importanza maggiore e che necessiterebbe una disciplina più esaustiva di quella attualmente in vigore.

In genere, gli arbitrati sono classificati come *rituali* o *irrituali*, essendo considerati questi ultimi come delle figure che non hanno ricevuto una compiuta disciplina normativa.

La Suprema Corte, tuttavia, ha evidenziato come l’unica vera differenza tra le due figure sta nel fatto che “*nell’arbitrato rituale, le parti vogliono che si pervenga ad un lodo suscettibile di essere reso esecutivo e di produrre gli effetti di cui all’art. 825 c.p.c., con l’osservanza del regime formale del procedimento arbitrale; nell’arbitrato irrituale, esse intendono affidare all’arbitro la soluzione di controversie solo attraverso lo strumento negoziale, mediante una composizione amichevole o un negozio di accertamento riconducibili alla volontà delle parti stesse, le quali si impegnano a considerare la decisione degli arbitri come espressione della loro volontà*” (Cass. 13 aprile 2001, n. 5527).

La mediazione è anch’essa uno strumento di risoluzione delle controversie: un terzo, in posizione di neutralità, assiste le parti affinché trovino un punto di incontro reciprocamente soddisfacente.

Invero, il termine più utilizzato in Italia è quello di “conciliazione”, onde evitare che questo istituto si confonda con il contratto di mediazione *ex art.* 1754 e ss. del c.c.

Il profilo differenziale più marcato rispetto all’arbitrato è che la mediazione non termina con una “etero-imposizione”: il terzo neutrale non emette alcun verdetto, né è investito di tale potere, ma si limita al tentativo di aiutare le parti a risolvere il contenzioso con un accordo che le soddisfi entrambe.

L’accordo che ne scaturisce, dunque, ha valore di contratto e, in taluni casi specifici, può anche costituire titolo esecutivo.

In sintesi, le caratteristiche salienti della mediazione sono, sostanzialmente: la presenza di un terzo indipendente e neutrale; l’informalità della procedura; la riservatezza delle informazioni; l’assenza di coercizione; la reciproca soddisfazione derivante dall’accordo finale.

La natura giuridica dell’istituto è certamente contrattualistica, dato che persegue l’obiettivo di giungere ad un’incontro di volontà attraverso cui disciplinare i rapporti presenti e, talvolta, anche futuri.

Per quanto riguarda la presunta affinità fra la mediazione e la transazione, va precisato che si tratta di due figure che hanno una causa giuridica diver-

sa: quella della transazione comprende il fatto di evitare o porre fine ad una lite tramite reciproche concessioni; quella della mediazione consiste nell'evitare o nel porre fine ad una lite senza che le parti rinuncino ai loro diritti.

Nell'applicazione metodologica dell'istituto si suole distinguere tra mediazione *facilitativa* e *valutativa*: nella prima il mediatore si limita ad aiutare le parti senza effettuare alcuna proposta, nella seconda, pur non imponendo alcuna scelta alle parti, propone un'ipotesi di accordo.

5. Riordino della materia e prospettive

Molte questioni legate al funzionamento delle Autorità indipendenti sono tuttora irrisolte.

Il disegno di legge n. 1366, comunicato alla presidenza del Senato il 5 marzo 2007, pretende di dare un assetto organico e completo alla materia.

La relazione illustrativa sulle emanande "*disposizioni in materia di regolazione e vigilanza sui mercati e di funzionamento delle Autorità indipendenti preposte ai medesimi*" rappresenta le inadeguatezze del sistema attuale: un sistema incompleto, debole e paradossalmente pletorico, soprattutto nel sistema finanziario laddove si intersecano le competenze di Banca d'Italia, Consob, Covip, e Isvap.

Ben più esplicita, rispetto alla presentazione del d.d.l. 1366, è la relazione conclusiva della "Commissione di studio sulle questione connesse alla riforma del complessivo sistema delle Autorità indipendenti", nominata con decreto ministeriale del 30 novembre 2006.

Muovendo dalla sostanziale condivisione e dall'apprezzamento delle linee generali e dell'ispirazione complessiva del menzionato disegno di legge, e consapevole del fatto che esso esprime la scelta politica del Governo, la Commissione ha ritenuto di proporre taluni affinamenti e qualche riconsiderazione, in ordine ad alcuni istituti, suggeriti dall'esigenza di dare armonia e organicità al disegno complessivo di completamento del quadro normativo sulle Autorità indipendenti.

Il lavoro di omogeneizzazione delle normative di settore, al fine di delineare un quadro normativo organico delle Autorità indipendenti, non tocca, in linea di massima, il versante della disciplina sostanziale delle diverse materie speciali cui le diverse Autorità sono preposte, ma riguarda il versante organizzatorio, ordinamentale e della disciplina procedurale minima comune, nonché il piano, anch'esso di tipo generale e "trasversale" rispetto alle varie Autorità, delle forme di tutela (amministrativa e giurisdizionale), nonché dei rapporti con gli organi costituzionali e i poteri dello Stato (essenzialmente, rapporti con il Parlamento e con il Governo, nonché l'integrazione europea ed internazionale).

L'attuale disciplina processuale, soprattutto per ciò che riguarda l'impugnazione delle sanzioni amministrative pecuniarie, nonché di stato, irrogate dalle Autorità nei comparti bancario, finanziario e delle assicurazioni, è connotata da una farraginosa eterogeneità.

Il quadro del riparto, ad oggi, è, in sintesi, il seguente: mentre il testo unico bancario del 1993 (di recente rimaneggiato, anche sul punto che qui

interessa) e il testo unico in materia di intermediazione finanziaria assegnano al G.O. i ricorsi avverso le sanzioni pecuniarie (e le connesse sanzioni accessorie, anche di stato), il codice delle assicurazioni private (ove sono previste sanzioni amministrative applicate dall'Isvap) e il codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 244, comma 2, per le sanzioni irrogate dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture) ne rimettono la cognizione al G.A. Il t.u.f. e il codice delle assicurazioni private contengono anche sanzioni di stato, ma il t.u.f. non contiene una norma espressa sulla giurisdizione, mentre il codice delle assicurazioni private assegna i ricorsi avverso tali sanzioni al G.A..

È inoltre da segnalare il fatto che mentre il t.u.b. attribuisce la competenza in via funzionale alla Corte d'appello di Roma, il t.u.f. prevede la competenza territoriale della Corte d'appello nel cui distretto ha sede l'incolpato.

Le ragioni che hanno indotto nel tempo il legislatore ad ascrivere (prevalentemente) al G.O. la cognizione dei ricorsi avverso queste sanzioni risiede, essenzialmente, nella *vis attractiva* esercitata dal modello "storico" della legge n. 689 del 1981, sulla depenalizzazione.

Questa impostazione – e la sua pedissequa trasposizione ai settori e alla tipologia di sanzioni in esame – appare sotto diversi profili contestabile.

Potrebbe in primo luogo osservarsi criticamente che non ricorrono, nel caso delle sanzioni in esame, i caratteri e i presupposti tipici dell'illecito depenalizzato, quei caratteri e presupposti tipici che hanno normalmente giustificato l'attribuzione della cognizione all'A.G.O. dei ricorsi in opposizione a quelle sanzioni. Di regola, infatti, la giurisdizione ordinaria si giustifica (si pensi, ad esempio, alle sanzioni in materia di igiene e di sicurezza sul lavoro) con il fatto che si tratta di sanzioni la cui applicazione non richiede l'esercizio di alcuna discrezionalità tecnica dell'amministrazione, ma solo l'accertamento del fatto illecito e la commisurazione dell'entità della sanzione da irrogare. In tal modo i giudizi di opposizione avverso questo genere di sanzioni non implicano alcun sindacato sulla ricostruzione tecnico-discrezionale della fattispecie, ma si risolvono nella mera contestazione della misura della sanzione, o del rispetto della regola del contraddittorio procedurale. Nel caso, invece, delle sanzioni previste dal t.u.b., dal t.u.f. e dal codice sulle assicurazioni private, si tratta normalmente di vicende la cui ricostruzione può comportare un apprezzamento tecnico-discrezionale (legato spesso all'uso, nella legge, di concetti giuridici indeterminati) relativo all'esatta qualificazione della condotta del soggetto e alla sussistenza dei presupposti costitutivi della fattispecie. Si pensi, ad esempio, alla misura interdittiva del divieto dell'offerta di strumenti finanziari, prevista dall'art. 99 del t.u.f., per il caso in cui la Consob abbia il fondato sospetto di violazione delle disposizioni sull'emissione di valori mobiliari, o alla fattispecie prevista dall'art. 163 del t.u.f. di sanzione interdittiva di stato – intimazione alla società di revisione di non avvalersi dell'attività di un revisore contabile per un certo periodo – per irregolarità nello svolgimento dell'attività di revisione; si considerino i casi di *market abuse* – abuso di informazioni privilegiate, manipolazione del mercato – previsti dagli artt. 187-bis e 187-*quater* del t.u.f., oppu-

re l'ipotesi di sanzione pecuniaria contemplata dall'art. 192-*ter* stesso t.u. per il caso di violazione delle disposizioni in tema di ammissione alle negoziazioni; si pensi, ancora, al caso delle sanzioni pecuniarie comminate dal codice delle assicurazioni private – art. 109 – per la violazione delle norme relative ai limiti dell'attività, alle condizioni di esercizio, agli assetti proprietari, alle comunicazioni a fini di vigilanza, alla trasparenza delle condizioni di premio e di contratto, al rifiuto e all'elusione dell'obbligo di contrarre, *etc.*.. In tutti questi casi l'attività accertativa svolta dall'Autorità indipendente si connota di evidenti caratteri di discrezionalità tecnica e interpretativa, sicché, rispetto ad una siffatta attività amministrativa, appare più consono il ricorso al giudice amministrativo.

La commissione propone, pertanto, la modifica del comma 3 dell'articolo 19 del testo del d.d.l., nel senso dell'attribuzione alla cognizione del giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva, della giurisdizione sui ricorsi avverso le sanzioni – sia (solo) pecuniarie che di stato, cautelari e interdittive – previste dal t.u.b. e dal t.u.f., in accordo con la già vigente previsione analoga del codice delle assicurazioni private e del codice dei contratti pubblici.

Intermediazione finanziaria e violazione degli obblighi di informazione

di Gregorio Mattera^(*)

SOMMARIO: 1.- Le conseguenze della violazione degli obblighi di informazione da parte dell'intermediario ed i rapporti tra il "contratto quadro" e le singole operazioni finanziarie: la decisione della Cassazione, Sezioni Unite civili, 19 dicembre 2007, n. 26724. 2.- La tesi della nullità virtuale e la critica delle Sezioni Unite. 3.- Violazione di obblighi informativi e nullità per carenza dell'accordo. 4.- La responsabilità precontrattuale. 5.- La responsabilità contrattuale e risoluzione del contratto.

1. Le conseguenze della violazione degli obblighi di informazione da parte dell'intermediario ed i rapporti tra il "contratto quadro" e le singole operazioni finanziarie: la decisione della Cassazione, Sezioni Unite civili, 19 dicembre 2007, n. 26724

Le Sezioni Unite della Cassazione, con la sentenza in commento, sono intervenute a dirimere il contrasto giurisprudenziale sorto attorno alle conseguenze derivanti dalla violazione da parte dell'intermediario finanziario dei doveri di informazione del cliente (1), previsti dall'art. 21 del D.Lgs. 24 febbraio 1998 n. 58 e dagli artt. 26 e ss. del regolamento Consob n. 11522 del 1998 (2).

^(*)Dottore in Giurisprudenza, ammesso alla pratica forense presso l'Avvocatura Generale dello Stato.

(1) La questione è stata rimessa alle SS.UU. dall'ordinanza n. 3683 del 16 febbraio 2007 della I sezione civile, in *Corr. Giur.*, 2007, IV, 631, con nota di MARICONDA, *Regole di comportamento nella trattativa e nullità dei contratti: la criticabile ordinanza di rimessione della questione alle Sezioni Unite*. Per un'efficace analisi dell'ordinanza di rimessione si veda TRAVAGLINO, *Inosservanza degli obblighi informativi e nullità del contratto*, in *Corriere giur.*, 2007, 12, 1645. La vicenda sottoposta all'esame delle Sezioni Unite ha avuto origine dalla richiesta di pagamento, da parte di una banca, del saldo debitorio di un conto corrente al quale accedeva una linea di credito per lo svolgimento operazioni finanziarie. Tale debito derivava dal compimento, con risultati economicamente disastrosi, di operazioni speculative. A seguito di ricorso per decreto ingiuntivo proposto dall'istituto di credito, il tribunale di Torino aveva ingiunto al debitore principale e ai fideiussori il pagamento di un'ingente somma di denaro. Gli intimati si opposero, deducendo che la considerevole rilevanza dell'esposizione debitoria dovesse in realtà essere imputata alla stessa banca, poiché essa era venuta meno ai doveri impostigli dall'art. 6 dell'allora vigente legge n. 1 del 1991, suggerendo operazioni estremamente rischiose senza che sulle stesse fossero state preventivamente fornite adeguate informazioni ed inoltre consentendo il compimento di operazioni aventi importi manifestamente eccessivi rispetto alle disponibilità finanziarie di cui il cliente poteva usufruire. Gli ingiunti, di conseguenza, chiesero che fosse dichiarata la nullità per violazione di norme imperative dei contratti relativi alle singole operazioni da cui erano sorte le perdite. I giudici di merito, investiti della questione, rigettarono, sia in primo che in

Secondo la Suprema Corte, tale violazione, ove avvenga nella fase precedente alla stipulazione del contratto d'intermediazione, determina la configurabilità della responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo al risarcimento dei danni.

Nel diverso caso in cui il mancato rispetto degli obblighi comportamentali abbia luogo nella fase di esecuzione del contratto di intermediazione finanziaria (ossia nel corso delle singole operazioni d'investimento o disinvestimento), possono invece ravvisarsi i connotati della responsabilità con-

secondo grado, la tesi della nullità negoziale prospettata dall'investitore e dai suoi fideiussori, osservando che "le violazioni dedotte in causa riguardavano la condotta prenegoziale dell'istituto di credito, oppure obblighi legali accessori afferenti all'adempimento dei contratti già conclusi" e che pertanto esse "non potevano riflettersi sulla validità delle singole operazioni finanziarie poste in essere".

(2) Gli obblighi di comportamento previsti dalla legge a carico dell'intermediario finanziario riguardano sia la fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti (c.d. contratto quadro), sia la fase esecutiva dello stesso, in cui vengono poste in essere le singole operazioni di investimento o disinvestimento. Nella prima fase l'intermediario finanziario ha i seguenti doveri: *a*) chiedere all'investitore notizie circa la sua esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, la sua situazione finanziaria, i suoi obiettivi di investimento, nonché circa la sua propensione al rischio (art. 28, comma 1, regolamento Consob n. 11522/1998 ed art. 21, comma 1, D.Lgs. n. 58/1998); *b*) consegnare agli investitori una copia del contratto quadro (art. 30, comma 1, regolamento Consob n. 11522/1998); *c*) consegnare agli investitori un documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari (art. 28, comma 1, regolamento Consob n. 11522/1998). Quanto alla fase esecutiva, l'intermediario deve: *a*) rispettare il principio dell'adeguatezza tra le operazioni consigliate agli investitori, o effettuate per conto di essi, ed il profilo di ciascun cliente (art. 21, comma 1, D.Lgs. n. 58/1998 ed art. 29, comma 1, regolamento Consob n. 11522/1998); *b*) fornire all'investitore informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni della specifica operazione o del servizio, la cui conoscenza sia necessaria per effettuare consapevoli scelte di investimento o disinvestimento (art. 28, comma 2, regolamento Consob n. 11522/1998); *c*) acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati (art. 21, comma 1, D.Lgs. n. 58/1998); *d*) astenersi dall'effettuare operazioni se hanno direttamente o indirettamente un interesse in conflitto, a meno che non abbiano preventivamente informato per iscritto l'investitore sulla natura e l'estensione del loro interesse nell'operazione e l'investitore non abbia acconsentito espressamente per iscritto all'effettuazione dell'operazione (art. 27, comma 2, regolamento Consob n. 11522/1998 ed art. 21, comma 1, D.Lgs. n. 58/1998). In ogni momento, sia precedente che successivo alla stipula del contratto, l'intermediario, ai sensi degli artt. 21, D.Lgs. n. 58/1998 e 26, regolamento Consob n. 11522/1998, deve: *a*) svolgere una gestione indipendente, sana e prudente e adottare misure idonee a salvaguardare i diritti dei clienti sui beni affidati; *b*) rispettare le regole di funzionamento dei mercati in cui operano; *c*) astenersi da ogni comportamento che possa avvantaggiare un investitore a danno di un altro; *d*) eseguire con tempestività le disposizioni loro impartite dagli investitori; *e*) acquisire una conoscenza degli strumenti finanziari, dei servizi, nonché dei prodotti diversi dai servizi di investimento, propri o di terzi, da essi stessi offerti, adeguata al tipo di prestazione da fornire; *f*) operare al fine di contenere i costi a carico degli investitori e di ottenere da ogni servizio di investimento il miglior risultato possibile, anche in relazione al livello di rischio prescelto dall'investitore.

trattuale *ex art.* 1218 c.c. e, ove ricorrano gli estremi di gravità postulati dall'art. 1455 c.c., della risoluzione del contratto per inadempimento.

In nessun caso, però, l'inosservanza dei precetti relativi ai rapporti intermediario-cliente può dare luogo, in mancanza di un'espressa previsione normativa, alla nullità del contratto d'intermediazione o dei singoli atti negoziali conseguenti, a norma dell'art. 1418 c.c..

Il giudice di legittimità si è poi pronunciato sulla diversa questione relativa alla strutturazione dell'attività di negoziazione di valori mobiliari. Posto che essa si articola in due fasi – costituite dalla previa stipulazione di un contratto quadro (3), destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti, e dalle singole operazioni di investimento o disinvestimento – vi era infatti una divergenza di vedute circa la natura delle operazioni finanziarie successive alla conclusione del contratto di intermediazione: parte della dottrina e della giurisprudenza riteneva che esse fossero autonomi contratti (4), distinti dal contratto quadro; altro orientamento attribuiva invece alle stesse funzione meramente esecutiva del precedente contratto d'intermediazione (5). La

(3) Sul punto si veda PASSARO, *Intermediazione finanziaria e violazione degli obblighi informativi: validità dei contratti e natura della responsabilità risarcitoria*, in *Nuova giur. civ.*, 2006, IX, 905, il quale afferma che “il contenuto dei contratti quadro non si esaurisce nella predisposizione del regolamento negoziale dei futuri ed eventuali contratti esecutivi, ma si arricchisce degli obblighi che la disciplina di settore fa discendere dal (semplice) perfezionamento del contratto quadro, già attuali al momento della stipulazione e non subordinati alla successiva conclusione dei contratti esecutivi, sì che in dottrina si è parlato a tal proposito di ‘rapporto contrattuale privo di obblighi primari di prestazione’”. Per quest'ultima definizione si veda CASTRONOVO, *Il diritto civile nella legislazione nuova. La legge sull'intermediazione mobiliare*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1993, I, 300.

(4) Così SANGIOVANNI, *La violazione delle regole di condotta dell'intermediario finanziario tra responsabilità precontrattuale e contrattuale*, in *Contratti*, 2006, 1133; PASSARO, *Intermediazione finanziaria e violazione degli obblighi informativi: validità dei contratti e natura della responsabilità risarcitoria*, cit., 908; CONTI, *La disciplina del mercato mobiliare*, 2001, 216, secondo cui il singolo ordine “deve configurarsi come una proposta contrattuale che, di volta in volta, dà vita, seppure tacitamente, ad un contratto nuovo rispetto al contratto generale”; GITTI, *Appunti sull'accordo normativo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, 2, 259, il quale ritiene che “il contratto normativo, mentre dà disciplina ai successivi contratti particolari [...], non disconosce l'autonomia dei singoli contratti attuativi, poiché è solo dalla loro conclusione che, ovviamente, discendono gli effetti contrattuali corrispondenti ai relativi precetti”. Per tale orientamento, in giurisprudenza: Cass., 15 novembre 1995, n. 1185, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, I, 780; Trib. Venezia, 22 novembre 2004, in *Danno e resp.*, 2005, 618, con nota di ROPPO *La tutela del risparmiatore fra nullità e risoluzione*; Trib. Mantova, 18 marzo 2004, in *Giur. it.*, 2005, 55; Trib. Mantova, 27 aprile 2004, in *Foro it.*, 2005, I, 3047; Trib. Palermo, 17 gennaio 2005, in *Contratti*, 2005, 1091, con nota di AMBROSOLI, *Doveri di informazione dell'intermediario finanziario e sanzioni*.

(5) Così DI MAIO, *Prodotti finanziari e tutela del risparmiatore*, in *Corr. Giur.*, 2005, 1286, secondo il quale “Si potrebbe parlare di obbligazione *latu sensu* generica, in cui spetta al creditore specificare di volta in volta la prestazione dovuta. Ove ciò fosse, ne risulterebbe notevolmente ridimensionata la pur declamata natura negoziale della decisione di investimento, giacché, in tal caso, l'elemento volitivo altro non rappresenterebbe che una

Suprema Corte ha avallato quest'ultima tesi, affermando che "le successive operazioni che l'intermediario compie per conto del cliente, benché possano a loro volta consistere in atti di natura negoziale (ma è significativo che la norma le definisca col generico termine di 'operazioni'), costituiscono pur sempre il momento attuativo del precedente contratto di intermediazione".

2. La tesi della nullità virtuale e la critica delle Sezioni Unite

La questione maggiormente controversa sulla quale ha preso posizione la sentenza in esame è quella relativa all'applicabilità o meno, in caso di comportamento scorretto dell'intermediario nei confronti del cliente, dell'istituto della "nullità virtuale" (6), secondo cui alla mancata previsione nor-

modalità della prestazione dovuta. Potrebbe richiamarsi utilmente anche la norma sul mandato, ove si prevede che il mandante dia istruzioni al mandatario circa l'incarico da eseguire. Le istruzioni non hanno carattere negoziale ma contribuiscono a determinare la prestazione dovuta dal mandatario"; ROPPO e AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in *Danno e resp.*, 2006, 31; SARTORI, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari*, 2004, 370; TICOZZI, *Violazione di obblighi informativi e sanzioni: un problema non solo degli intermediari finanziari*, in *Contratti*, IV, 363. Nello stesso senso, in giurisprudenza: Trib. Genova, 18 aprile 2005, in *Danno e resp.*, 2005, 604; Trib. Genova, 15 marzo 2005, in *Danno e resp.*, 2005, 6, 609, con nota di ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità e risoluzione (a proposito di Cirio bond & tango bond)*; Trib. Monza, 27 luglio 2004, in *Giur. Merito*, 2004, 2190; Trib. Rovereto, 18 gennaio 2006, in *Contratto e impr.*, 2006, 579.

(6) L'istituto della "nullità virtuale" si fonda sulla considerazione che l'art. 1418 c.c. è articolato in tre commi, il primo dei quali prevede una forma di nullità atipica e aperta, disponendo che "il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente"; i successivi commi 2 e 3 indicano invece cause tipiche di nullità: mancanza di uno dei requisiti indicati dall'art. 1325 c.c., l'illiceità della causa, l'illiceità dei motivi nel caso indicato dall'art. 1345 c.c., mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'art. 1346 c.c., altri casi in cui la nullità è espressamente stabilita dalla legge. Sulla scorta di tale disposto normativo, dottrina e giurisprudenza hanno evidenziato l'esistenza di due categorie di nullità: quella *testuale*, espressamente prevista dal legislatore quale conseguenza della violazione di una norma; e quella *virtuale*, non espressamente sancita ma desumibile dalla contrarietà a norma imperativa dell'atto di autonomia privata. Per tale ricostruzione si vedano, in dottrina: DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 426; GALGANO, *Nullità del contratto*, in *Commentario Scialoja-Branca*, 1998, 79; ID., *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu-Messineo-Mengoni, 2002, III, 1, 282 ss.; MARICONDA, *I contratti in generale - Effetti, invalidità e risoluzione*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, 1991, 368 ss.; SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, 1995, 460. Quanto alla giurisprudenza favorevole a tale interpretazione dell'art. 1418 c.c., si vedano: Cass., 12 ottobre 1999, n. 11442, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, 314; Cass., 17 agosto 1999, n. 8688, in *Contratti*, I, 9; Cass., 18 novembre 1997, n. 11450, in *Giust. civ.*, 1998, I, 1355; Cass., 1 gennaio 1995, n. 9219, in *Arch. civ.*, 1996, 760; Cass., 18 gennaio 1994, n. 4844, in *Arch. civ.*, 1994, 1010; Cass., 28 ottobre 1992, n. 11703, in *Corr. Giur.*, 1993, 1441; Cass., 8 marzo 1991, n. 2481, in *Foro it.*, 1991, I, 1427; Cass., 17 giugno 1985, n. 3642, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, I, 284; Cass., 20 settembre 1979, n. 4828, in *Giust. civ.*, 1980, I, 943; Cass. 13 maggio 1977, n. 1901, in *Mass. Giur. it.*, 1977, 441; Cass., 27 novembre 1975, n. 3974, *Foro*

mativa di un'espressa sanzione di nullità sopperisce il disposto dell'art. 1418, comma 1, c.c., che fissa un principio generale volto a disciplinare proprio quei casi in cui alla violazione dei precetti imperativi non si accompagna un'espressa previsione di nullità (7).

Numerose pronunce della giurisprudenza di merito (8) e buona parte della dottrina (9) avevano infatti risolto il problema in senso positivo, ritenendo che la violazione delle norme relative agli obblighi informativi dell'intermediario finanziario – stante il loro indiscusso carattere imperativo, in quanto poste a presidio di interessi di carattere pubblico generale (tutela del risparmio, della integrità del mercato finanziario, della efficienza, correttez-

it., I, 309; Cass., 8 ottobre 1975, n. 3193, *ivi*, 1976, I, 712; Cass., 20 luglio 1972, n. 2697, in *Giust. civ.*, 1972, 1914; Cass., 3 dicembre 1970, n. 2545, in *Mass. Giur. it.*, 1970, 1008; Cass., 12 dicembre 1966, n. 2892, in *Giur. it.*, 1967, I, 1, 1029.

(7) Tra le pronunce che hanno ritenuto applicabile la nullità virtuale in materia di intermediazione finanziaria, si vedano: Cass., 7 marzo 2001, n. 3272, *Fall.*, 4, 377; Cass. 15 marzo 2001, n. 3753, in *Contratti*, 2001, 7, 688 e 5 aprile 2001, n. 5052, in *Dir. Banca e Mercato Fin.*, 2002, 97 ove – stante il carattere inderogabile delle disposizioni della legge 2 gennaio 1991, n. 1, che prevedono la necessità dell'iscrizione all'albo delle società di intermediazione mobiliare, previo accertamento da parte della CONSOB della sussistenza di una serie di requisiti, in quanto poste a tutela non solo dei risparmiatori “*uti singuli*”, ma anche del risparmio pubblico come elemento di valore dell'economia nazionale – si afferma la nullità *ex art.* 1418, comma 1, c.c., di contratti di intermediazione finanziaria stipulati da intermediario abusivo.

(8) Tra le tante, Trib. Milano, 11 maggio 1995, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1996, II, 443; Trib. Milano, 20 febbraio 1997, *ivi*, 2000, II, 82; App. Milano, 3 giugno 2003, *ivi*, 2004, II, 297; Trib. Mantova, 18 aprile 2004, in *Giur. it.*, 2005, 758; Trib. Venezia, 11 luglio 2005, in *Danno e resp.*, 2005, 1231; Trib. Venezia, 22 novembre 2004, *cit.*; Trib. Venezia, 8 giugno 2005, *ivi*, 2005, 1225, con nota di DELLACASA, *Collocamento di prodotti finanziari e regole di informazione: la scelta del rimedio applicabile*; Trib. Firenze, 30 maggio 2004, in *Corr. giur.*, 2005, 756 con nota di FLORIO, *Gli obblighi di comportamento degli intermediari*; Trib. Palermo 16 marzo 2005, in *Foro it.*, 2005, I, 2536, con nota di PALMIERI, *Prestiti obbligazionari «default» e tutela «successiva» degli investitori: la mappa dei primi verdetti*.

(9) In dottrina, favorevolmente all'applicabilità della nullità virtuale ai casi di violazione dei doveri informativi da parte dell'intermediario finanziario, si vedano: MAFFEIS, *Conflitto d'interessi nella prestazione dei servizi d'investimento: la prima sentenza sulla vendita a risparmiatori di obbligazioni argentine*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, II, 204; ID., *Fonti informative, cura dell'interesse ed organizzazione dell'attività nella prestazione dei servizi di investimento*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 575; SARTORI, *Il mercato delle regole. La questione dei bonds argentini*, in *Giur. it.*, 2005, 58; FLORIO, *Gli obblighi di comportamento degli intermediari al vaglio della giurisprudenza di merito*, *ivi*, 2005, I, 769; DI MARZIO, *Illiceità delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, XII, 479; ID., *Forme della nullità nel nuovo diritto dei contratti. Appunti sulla legislazione, sulla dottrina e sulla giurisprudenza dell'ultimo decennio*, *ivi*, 2000, X, 465; PIAZZA, *La responsabilità della banca per acquisizione e collocamento di prodotti finanziari inadeguati al profilo del risparmiatore*, in *Corr. Giur.*, 2005, 1031, il quale ha altresì ritenuto la natura *relativa* delle nullità derivanti da violazioni di doveri informativi da parte dell'intermediario, e dunque la loro azionabilità solo da parte del risparmiatore interessato all'eliminazione dell'atto.

za e trasparenza dell'attività di intermediazione) (10) – dovesse necessariamente dar luogo alla nullità del contratto.

Di diverso avviso sono state le Sezioni Unite del 2007, le quali, pur convenendo sulla natura imperativa delle norme in questione, hanno tuttavia evidenziato come l'accoglimento della soluzione della nullità virtuale determinerebbe un'inammissibile contaminazione tra *vizi genetici* del contratto, idonei a determinarne la nullità perché inerenti alla struttura e al contenuto del regolamento negoziale, e *vizi funzionali*, i quali traggono invece origine dalla violazione di regole comportamentali e sono dunque riconducibili all'agire scorretto dei contraenti (11).

(10) Nel senso che la natura imperativa della norma violata debba essere individuata dall'asservimento del precetto normativo alla tutela di un interesse di carattere pubblico generale, si vedano: Cass. civ., 18 luglio 2003, n. 11256, in *Arch. Civ.*, 2004, 645, ove è stata dichiarata la nullità di un contratto avente ad oggetto una fornitura di caffè, in quanto le relative confezioni non recavano la data di scadenza del prodotto, contrariamente alle prescrizioni dettate, a tutela della salute del consumatore, dagli artt. 3 e 12 del d.P.R. 322/1982; Cass., 18 novembre 1997, n. 11450, *cit.* e Cass., 16 luglio 2003, n. 11131, in *Contratti*, 2004, 2, 168, ove, in relazione all'art. 21 della legge 9 agosto 1982, n. 646 – contenente la normativa penale antimafia in materia di appalti pubblici e in forza del quale è vietato all'appaltatore di opere appaltate dalla pubblica amministrazione di concedere in subappalto o a cottimo, in tutto o in parte, le opere stesse senza l'autorizzazione dell'amministrazione committente – è stata dichiarata, ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c., la nullità del subappalto stipulato in violazione di tale norma imperativa, in quanto posta a tutela dell'interesse generale al corretto svolgimento dei lavori pubblici; Cass. 3 agosto 2005, n. 16281, in *Mass. Giur. It.*, 2005, ove la S.C. ha affermato il carattere imperativo della norma di cui all'art. 3, comma 7, del D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, come modificato dall'art. 4 del D.Lgs. 7 dicembre 2003, n. 517, con la quale sono stati fissati i requisiti di specifica esperienza professionale del soggetto che il direttore generale della ASL può scegliere come direttore amministrativo, essendo la stessa preordinata alla finalità di assicurare alle strutture sanitarie pubbliche dirigenti di vertice di comprovata esperienza e capacità, con la conseguenza che la violazione della norma suddetta determina la nullità del contratto di lavoro stipulato con il soggetto designato, in quanto, attesa l'amplissima discrezionalità attribuita al direttore generale nell'individuazione dei suoi collaboratori con il ricorso allo strumento privatistico del rapporto contrattuale, solo la sanzione della nullità può ritenersi idonea ad assicurare effettività alla prescrizione legale; Cass. 23 maggio 2006, n. 12126 e 27 gennaio 2004, n. 1427, secondo le quali anche la fattispecie incriminatrice della circonvenzione d'incapace prevista dall'art. 643 c.p. (il cui scopo va ravvisato più che nella tutela dell'incapacità in sé e per sé considerata, nella tutela dell'autonomia privata e della libera esplicazione dell'attività negoziale delle persone in stato di menomazione psichica) deve annoverarsi tra le norme imperative la cui violazione comporta, ai sensi dell'art. 1418 c.c., oltre alla sanzione penale, la nullità del contratto concluso in spregio della medesima. In dottrina, sulla identificazione della operatività della norma nel suo asservimento ad un interesse generale, si vedano: TOMMASINI, voce "Nullità", in *Enc. del dir.*, XXVIII, 1978, 878; ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, 2003, 6; CAPUTO, *Sui criteri di determinazione del carattere imperativo delle norme*, in *Giust. civ.*, 1978, I, 903 ss.; VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, 1993. In senso critico, si veda: ROPPO, *Il controllo sugli atti di autonomia privata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 491, il quale afferma la crescente inadeguatezza di tale impostazione a seguito della introduzione delle cc.dd. nullità di protezione.

(11) Alle medesime conclusioni, ma partendo da opposte premesse, era pervenuta quella parte della giurisprudenza che escludeva il carattere imperativo delle norme contenenti dove-

La sentenza in commento – ponendosi dichiaratamente in continuità con la nota pronuncia Cass. civ., sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024 (12) – ha pertanto ritenuto che la nullità virtuale dell'art. 1418, comma 1, c.c. ricorra solo quando la contrarietà a norme imperative infici elementi “intrinseci” del contratto, e precisamente struttura o contenuto dello stesso; per contro, la violazione di norma imperativa derivante da fattori che si pongono all'esterno della fattispecie negoziale (comportamenti delle parti in fase precontrattuale o esecutiva) possono dar luogo a nullità solo nel caso in cui ciò sia espressamente previsto dal legislatore, configurandosi in tal modo un'ipotesi di nullità testuale *ex art. 1418 comma 3 (13)*.

Il cardine della motivazione che suffraga la decisione delle Sezioni Unite è, in sostanza, il richiamo alla tradizionale distinzione, soventemente ribadita dalla dottrina e fortemente radicata nei principi del codice civile, tra norme

ri comportamentali dell'intermediario finanziario, ritenendo che, in *subiecta* materia, “solo le norme assistite da una comminatoria espressa di nullità possono ritenersi a presidio dell'ordine pubblico”. In tal senso, Trib. Milano, 25 luglio 2005, in *Danno e resp.*, 2005, 2225.

(12) In *Danno e resp.*, 2006, 25, con nota di ROPPO e AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in base alla quale “la nullità del contratto per contrarietà a norme imperative, ai sensi dell'art. 1418, primo comma, cod. civ., postula che siffatta violazione attenga ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, cioè relativi alla struttura o al contenuto del contratto, e quindi l'illegittimità della condotta tenuta nel corso delle trattative per la formazione del contratto, ovvero nella sua esecuzione, non determina la nullità del contratto, indipendentemente dalla natura delle norme con le quali sia in contrasto, a meno che questa sanzione non sia espressamente prevista anche in riferimento a tale ipotesi”. In tal senso si vedano anche: Cass. civ., 9 gennaio 2004, n. 111, in *Guida al dir.*, 2004, 7, 65, secondo cui la “violazione, da parte della banca, dell'obbligo di fornire preventivamente adeguate informazioni al cliente non è in alcun modo riconducibile ad un'ipotesi di nullità dei contratti”; Cass. civ., 6 aprile 2001, n. 5114, in *Foro it.*, 2001, I, 2185; Trib. Genova, 15 marzo 2005, *cit.*; Trib. Genova, 25 gennaio 2007, in *Foro it.*, 2007, 4, 1, 1293; Trib. Padova, 30 marzo 2006, in *Dir. fall.*, 2007, 5, 550; Trib. Roma, 31 marzo 2005, in *Foro it.*, 2005, I, 1538; Trib. Roma, 22 dicembre 2004 (ord.), in *Foro it.*, 2005, I, 2540; Trib. Taranto, 28 ottobre 2004, in *Foro it.*, 2005, I, 896. Sul punto, in modo analogo, si veda anche Cass. civ., 18 ottobre 1980, n. 5610, secondo la quale “la disposizione dell'art. 1337 c.c., che impone alle parti l'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto [...], è norma meramente precettiva o imperativa positiva, dettata a tutela ed a limitazione degli interessi privatistici nella formazione ed esecuzione dei contratti, e non può, perciò, essere inclusa tra le norme imperative, aventi invece contenuto proibitivo, considerate dal primo comma dell'art. 1418 c.c., la cui violazione determina la nullità del contratto anche quando tale sanzione non sia espressamente comminata”.

(13) Sul punto si veda ROPPO e AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, *cit.*, 27, ove si afferma che tale impostazione – sebbene sia preferibile rispetto a quella favorevole all'applicabilità della nullità virtuale ai casi di violazione dei doveri informativi da parte dell'intermediario finanziario, in quanto tecnicamente più corretta – finisce per restringere esageratamente l'area d'impiego dell'art. 1418, comma 1, c.c., dal momento che la contrarietà a norme imperative inficiante struttura e contenuto del contratto dovrebbe essere ricondotta nell'alveo del comma 2 della suddetta norma, rendendo così il comma 1 lettera morta.

di comportamento dei contraenti e norme di validità del contratto (14): la violazione delle prime, tanto nella fase prenegoziale quanto in quella attuativa del rapporto, non è mai idonea a provocare la nullità dell'atto negoziale, ma genera responsabilità (contrattuale o precontrattuale) e può riflettersi sulla sopravvivenza del contratto solo qualora sia tale da concretizzare gli estremi dell'annullamento per dolo o violenza, della rescissione per lesione, o della risoluzione per inadempimento (15).

Tale distinzione, ha aggiunto la Corte, non può dirsi superata dalla recente tendenza normativa, nata sotto l'impulso dell'ordinamento comunitario, diretta ad elevare, in particolari settori della legislazione speciale, il principio della buona fede a regola di valutazione della validità dei contratti (16), in quanto essa rimane pur sempre confinata a specifici ambiti e non se ne può dunque postulare l'applicabilità in settori ed in casi diversi da quelli espressamente contemplati da singole e ben determinate disposizioni.

In mancanza di un'espressa previsione normativa, conclude la Suprema Corte, la violazione degli obblighi informativi da parte dell'intermediario potrebbe riflettersi sulla validità genetica del contratto stipulato con il cliente solo nel caso in cui tale conseguenza risultasse l'unica in grado di rispondere all'esigenza – sicuramente presente nella normativa in questione e coerente con la previsione dell'art. 47, comma 1, Cost. – di incoraggiare il risparmio e garantirne la tutela. Ma è evidente che così non è, visti gli specifici rimedi previsti dal codice civile per i casi di vizi funzionali del contratto.

(14) La distinzione tra regole di validità e regole di correttezza è stata elaborata da BARCELLONA, *Profili della teoria del negozio giuridico*, 1962, 221; nello stesso senso si vedano: ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Il contratto del duemila*, 2005, 46-51; D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, 1996; MANTOVANI, "Vizi incompleti" del contratto e rimedio risarcitorio, 1995, 4 e nt. 10; ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit.; MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, I, 17.

(15) Per la dottrina favorevole a tale orientamento, si vedano: ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità e risoluzione (a proposito di Cirio bond & tango bond)*, cit.; D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 37; DI MAIO, *Prodotti finanziari e tutela del risparmiatore*, cit., 1280; COTTINO, *Una giurisprudenza in bilico: i casi Cirio, Parmalat, bonds argentini*, in *Giur. it.*, 2006, III, 460; MIRIELLO, *La strenua difesa dell'investitore: scandali finanziari e pretese nullità virtuali dei contratti di vendita di titoli obbligazionari*, in *Contratto e impr.*, 2005, 497; NEGRO, *Regole di condotta degli intermediari finanziari: gli obblighi d'informazione*, in *Giur. comm.*, 2005, II, 480. Per la giurisprudenza conforme si rinvia alla nota n. 6.

(16) A riguardo, la stessa sentenza n. 26724/2007 richiama l'art. 9 della legge n. 192/1998, in tema di abuso di dipendenza economica nei contratti di subfornitura di attività produttive; l'art. 52, comma 3, del codice del consumo (d. lgs. n. 206/2005), in tema di contratti stipulati telefonicamente e l'art. 34 dello stesso, in tema clausole vessatorie; l'art. 7 del D.Lgs. n. 231/2002, in tema di clausole di dilazione dei termini di pagamento; l'art. 3 della legge n. 287/1990, in tema di clausole imposte con abuso di posizione dominante.

3. *Violazione di obblighi informativi e nullità per carenza dell'accordo*

La Suprema Corte ha affrontato anche la questione relativa al possibile configurarsi, in caso di violazione dei doveri informativi precedenti la conclusione dell'accordo, della nullità per mancanza dell'accordo tra le parti, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 1418, comma 2 e 1325, n. 1 c.c.). Secondo i ricorrenti, infatti, il comportamento scorretto dell'intermediario aveva fatto venir meno le condizioni per la manifestazione di un consenso "libero e consapevole" e, quindi, l'esistenza stessa dell'accordo.

Un intervento chiarificatore delle Sezioni Unite sul punto era, peraltro, ampiamente auspicabile, visti gli equivoci sorti a seguito della citata sentenza della Cassazione n. 19024 del 2005, la quale aveva ritenuto che "le informazioni che debbono essere preventivamente fornite dall'intermediario non riguardano direttamente la natura e l'oggetto del contratto, ma (soltanto) elementi utili per valutare la convenienza dell'operazione e non sono quindi idonee ad integrare l'ipotesi della mancanza di consenso". Tale affermazione, letta *a contrariis*, sanciva la nullità del contratto nel caso in cui fossero mancate, nel corso delle trattative, informazioni relative alla natura o all'oggetto del contratto. Da ciò si poteva dunque dedurre il seguente principio: elemento essenziale del contratto è non già il mero accordo delle parti, bensì il loro accordo "informato" (17).

Autorevole dottrina aveva a riguardo segnalato come una simile ricostruzione risultasse contrastante col sistema codicistico, ove, per l'ipotesi in cui il consenso del contraente risulti viziato da una falsa rappresentazione della natura o dell'oggetto del contratto, è contemplato il differente rimedio dell'annullabilità *ex art.* 1429, n. 1, in materia di errore essenziale (18).

(17) Così ROPPO e AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, cit., 27, ove si afferma che "se fosse davvero questo il senso da attribuire alla regola enunciata dalla Suprema Corte (e si badi bene che qui la regola ha pieno valore di *ratio decidendi*, posto che al giudice era stata puntualmente proposta domanda di nullità per mancanza di accordo), si tratterebbe di regola al tempo stesso fortemente innovativa e fortemente eversiva".

(18) In tal senso ROPPO e AFFERNI, *ult. op. cit.*; PASSARO, *Intermediazione finanziaria e violazione degli obblighi informativi: validità dei contratti e natura della responsabilità risarcitoria*, cit., 896. Sull'annullabilità per errore del contratto di intermediazione mobiliare in caso di violazione dei doveri informativi si veda anche SCALISI, *Dovere d'informazione e attività di intermediazione mobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, 179; BOCHICCHIO, *Intermediazione mobiliare e sollecitazione al pubblico risparmio nella disciplina del mercato mobiliare*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico*, a cura di Galgano, 1994, 54, ove si afferma che, nella materia *de qua*, deve ritenersi essenziale anche l'errore sulla convenienza economica dell'affare, dal momento che i valori mobiliari sono connotati da un'"intima referenzialità alle nozioni di rischio e di rendimento"; in senso opposto rispetto a quest'ultimo, MINERVINI, *Errore sulla convenienza economica del contratto e buona fede precontrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, I, 944. In generale, per i rapporti tra difetto d'informazione e annullabilità dei contratti, VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, 1972, 96. Più di recente, sullo stesso tema, DE POLI, *Servono ancora i "raggi-ri" per annullare il contratto per dolo? Note critiche sul concetto di reticenza invalidante*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 911.

La sentenza in commento si è espressa sul punto in modo del tutto conforme a tali rilievi dottrinari: la violazione dei doveri di comportamento dell'intermediario nella fase precontrattuale può, qualora ricorrano le condizioni previste dagli artt. 1427 e ss. c.c., dar luogo solo a vizi del consenso, dal momento che l'"inquinamento" del consenso non può essere assimilato all'assoluta e totale mancanza dello stesso.

Le Sezioni Unite hanno così risolto ogni dubbio: eliminato il richiamo alla nullità per consenso "non informato", la disciplina è stata riportata nei corretti binari codicistici (19).

4. La responsabilità precontrattuale

Accantonata la tesi della nullità, la Suprema Corte, come già accennato, ha affermato che la violazione delle norme comportamentali che prescrivono doveri d'informazione del cliente, ove avvenga nella fase precedente alla stipulazione del contratto d'intermediazione, determina la configurabilità della responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo al risarcimento dei danni.

Tale soluzione trova la propria giustificazione nel fatto che i suddetti doveri sono riconducibili al canone generale della buona fede precontrattuale *ex art. 1337 c.c.*, il quale, avendo la funzione di concretizzare nei rapporti tra privati la solidarietà economico-sociale di cui all'art. 2 Cost. (20), rappresenta il mezzo di tutela del contraente debole in situazioni caratterizzate da asimmetria informativa tra le parti (21). Le norme contenute nell'art. 21 del D.Lgs. 24 febbraio 1998 n. 58 e negli artt. 26 e ss. del regolamento Consob n. 11522 del 1998 sono dunque volte a tipizzare il contenuto della clausola generale della buona fede nel particolare settore dell'intermediazione finan-

(19) Relativamente ai rapporti tra annullabilità e violazione di obblighi informativi si vedano: ROSSETTI, *Rassegna di merito*, in *Contratti*, 2004, 717, il quale ritiene che la soluzione rimediabile dell'annullabilità appare, almeno da un punto di vista astratto, la più lineare, nel caso in cui il comportamento omissivo tenuto dall'intermediario sia stato preordinatamente teso ad indurre in errore l'investitore, al fine di carpirne il consenso; BATTELLI, *L'inadempimento contrattuale dell'intermediario finanziario*, in *Contratti*, 2006, V, 460, il quale mette in evidenza come il ricorso al rimedio dell'annullabilità abbia conosciuto scarsa diffusione, probabilmente per i profili problematici legati alla prova dell'essenzialità dell'errore che, secondo alcune pronunce, deve spingersi fino alla prova del fatto che, laddove l'intermediario avesse adempiuto ai propri obblighi informativi, il risparmiatore non avrebbe acquistato il titolo in questione.

(20) In tal senso, NAZZARO *Obblighi d'informare e procedimenti contrattuali*, 2000, 144.

(21) Così ROPPO, *L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano e prospettive di diritto europeo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 747. Per tale orientamento si vedano anche G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, 1990, 79, il quale, ponendo l'accento sull'elasticità della clausola della buona fede, sottolinea come nulla impedisca di graduare in modo diverso tra le parti l'obbligo di comunicazione, al fine di ristabilire tra esse l'equilibrio mancante; MERUZZI, *La responsabilità precontrattuale tra regola di validità e regola di condotta*, in *Contratto e impr.*, 2006, 944.

ziaria, ove è riscontrabile un'oggettiva disparità informativa fra i soggetti che vi operano, prevedendo a carico dell'intermediario specifici obblighi a tutela dell'investitore.

Nel caso *de quo*, alla configurazione della responsabilità *ex art.* 1337 c.c. non osta, secondo la sentenza in commento, l'avvenuta stipulazione del contratto quadro, dal momento che la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nella fase precontrattuale assume rilievo "non soltanto nel caso di rottura ingiustificata delle trattative, ovvero nel caso in cui sia stipulato un contratto invalido o inefficace, ma anche se il contratto concluso sia valido e tuttavia risulti pregiudizievole per la parte rimasta vittima del comportamento scorretto" (22). In tal modo, la Cassazione ha, da un lato, accolto un'accezione ampia di buona fede precontrattuale, riconoscendola come categoria aperta ove rientrano tutti i comportamenti sleali posti in essere dalle parti del futuro contratto (23) e, dall'altro, disatteso quell'orientamento giurisprudenziale

(22) La possibilità di configurare la sussistenza della responsabilità precontrattuale non solo in caso di recesso ingiustificato dalle trattative, ma anche nell'ipotesi in cui alle trattative viziate segua la stipulazione del contratto, era già stata ammessa da alcune pronunce: Cass. civ., sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024, *cit.*; Cass., 16 ottobre 1998, n. 10249, in *Contratti*, 1999, 329, con nota di MUCIO, *Ritardo nella conclusione e responsabilità precontrattuale*; Cass. 25 luglio 2006, n. 16937, in *Obbl. e Contr.*, 2007, 5, 407; Cass., 19 febbraio 1983, n. 1280, in *Mass. Foro it.*, 1983; App. Milano, 2 febbraio 1990, in *Giur. it.*, 1992, I, 49. Per la dottrina favorevole a tale orientamento si vedano: CUFFARO, voce "Responsabilità precontrattuale", in *Enc. del dir.*, 1988, 1270; BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, 1963, 13; TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, 1990, 250; SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*, in *Foro it.*, 2006, I, 1105; MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, 1995, 135; SACCO, *Il contratto*, I, in *Trattato di diritto civile*, a cura di Sacco, 2004, 625; PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da Busnelli, 1993, 95; GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 2004, 632; RESCIGNO, *Obbligazioni (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, XXIX, 1979, 133; MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, 2002, 239.

(23) Tale concezione della buona fede precontrattuale era stata accolta anche da Cass. civ., sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024, *cit.* Relativamente a tale pronuncia si vedano le osservazioni di MERUZZI, *La responsabilità precontrattuale tra regola di validità e regola di condotta*, *cit.*, il quale evidenziò che la posizione assunta dalla Suprema Corte è di notevole rilievo sistematico, "in quanto supera la tradizionale concezione della *culpa in contrahendo* secondo la quale gli artt. 1337 e ss. c.c. tipizzano, a livello normativo, le due sole fattispecie del recesso *sine causa* dalle trattative e della conclusione di un contratto invalido". Quest'idea della responsabilità precontrattuale, prosegue l'A., "è maturata nel vigore del previgente codice civile ed è stata tralaticamente recepita dalla giurisprudenza successiva alla codificazione del 1942, incurante della novità sistematica costituita dall'estensione del dovere di buona fede alla fase precontrattuale". Per la concezione restrittiva della buona fede precontrattuale si vedano: Cass. 30 ottobre 1963, n. 2920, in *Mass. Foro it.*, 1963; Cass. 18 maggio 1971, n. 1494, in *Mass. Foro it.*, 1971; Cass. 11 settembre 1989, n. 3922, in *Mass. Foro it.*, 1989. Per un'ampia disamina sull'argomento si rinvia a MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, *cit.*, 29.

ziale che postula, ai fini della sussistenza della responsabilità precontrattuale, la mancata conclusione di un contratto valido ed efficace (24).

Il riconoscimento di tale responsabilità in presenza di un contratto validamente concluso pone il problema della quantificazione del danno risarcibile. Secondo l'orientamento tradizionale, infatti, la responsabilità precontrattuale dà luogo al ristoro del solo interesse negativo, da intendersi come l'interesse del soggetto a non essere leso nella sua libertà negoziale (25) e che perciò si differenzia dall'interesse positivo, il quale rappresenta invece l'interesse della parte a vedere adempiuto il contratto. Pertanto, il risarcimento del danno da lesione dell'interesse negativo concerne esclusivamente le spese inutilmente sostenute dalla parte nel corso delle trattative (danno emergente) e la perdita di occasioni favorevoli che la stessa avrebbe potuto altrimenti realizzare (lucro cessante), rimanendo invece escluso il risarcimento dell'utilità che la parte avrebbe conseguito laddove il negozio avesse ricevuto esecuzione (26).

Il ricorso a tale criterio, nel caso preso in esame dalle Sezioni Unite, sarebbe però risultato evidentemente inadeguato, posto che le trattative, seppur svolte in maniera contraria a buona fede da parte dell'intermediario finanziario, avevano comunque portato al risultato finale cui esse erano preordinate, ovvero alla conclusione di un negozio giuridico valido ed efficace (27).

(24) In tal senso, Cass., SS. UU., 20 luglio 1971, n. 2363, in *Giur. it.*, 1972, I, 907; Cass. 12 ottobre 1970, n. 1948, in *Mass. Giust. civ.*, 1970; Cass., 9 ottobre 1956, n. 3414, *ivi*, 1956; Cass., 16 aprile 1994, n. 3621, in *Corr. giur.*, 1994, 986; Cass., 14 febbraio 2000, n. 1632, in *Giur. it.*, 2000, 2250; Cass., 5 febbraio 2007, n. 2479, in *Mass. Giur. It.*, 2007.

(25) Il primo a teorizzare la *culpa in contrahendo* fu lo Jhering il quale, avendo come punto di riferimento la fattispecie del contratto invalido, postulò la risarcibilità della diminuzione patrimoniale subita dal contraente incolpevole a seguito dell'invalidità dell'accordo. Tale concezione di responsabilità precontrattuale, tra il XIX ed il XX secolo, fu recepita dalla dottrina italiana, la quale ne adattò però il contenuto alla diversa fattispecie del recesso *sine causa*. Si vedano, a riguardo, COVIELLO, in *Giur. it.*, 1895, I, 1, c. 830; PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, IV, 1920, 471; DE RUGGERO, *Istituzioni di diritto civile*, III, 1935, 125; VERGA, *Errore e responsabilità nei contratti*, 1941, 290.

(26) Sul punto si vedano in dottrina: BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, 2000, 175; SACCO, *Il contratto*, *cit.*, 262; GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, *cit.*, 316. In giurisprudenza: Cass., 10 giugno 2005, n. 12313, in *Guida al dir.*, 2005, XXVIII, 78; Cass., 30 luglio 2004, n. 14539, in *Mass. Giust. civ.*, 2004; Cass., 14 febbraio 2000, n. 1632, *cit.*; Cass., 30 agosto 1995, n. 9157, in *Arch. civ.*, 1996, 189; Cass., 12 marzo 1993, n. 2973, in *Giur. it.*, 1994, I, 605; Cass., 23 febbraio 2005, n. 3746, in *Vita not.*, 2005, 977.

(27) Per analoghe considerazioni si vedano: ROPPO e AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, *cit.*, 29; BATELLI, *L'inadempimento contrattuale dell'intermediario finanziario*, *cit.*, 471. Nello stesso senso si era espressa anche Cass. civ., sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024, *cit.*, ove si afferma che "quando [...] il danno derivi da un contratto valido ed efficace ma 'sconveniente', il risarcimento, pur non potendo essere commisurato al pregiudizio derivante dalla mancata esecuzione del contratto posto in essere (il cd. interesse positivo), non può neppure essere determinato avendo riguardo all'interesse della parte vittima del

Di conseguenza, la sentenza in commento ha affermato che il danno risarcibile non può rimanere circoscritto al ristoro delle occasioni perdute o dell'infruttuosa contrattazione, ma deve essere rapportato "al minor vantaggio o al maggior aggravio economico subito dalla vittima per il comportamento sleale di controparte, salvo che sia dimostrata l'esistenza di ulteriori danni che risultino collegati a detto comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto" (28). L'accoglimento da parte delle Sezioni Unite di un siffatto criterio – che si fonda sulla comparazione tra gli effetti del negozio realmente stipulato e quelli che sarebbero scaturiti dal contratto che le parti avrebbero concluso in assenza del comportamento contrario a buona fede – rappresenta una rilevante novità all'interno del sistema rimediabile legato alla *culpa in contrahendo* (29). In tal modo, infatti, la

comportamento doloso (o comunque non conforme a buona fede) a non essere coinvolta nelle trattative, per la decisiva ragione che, in questo caso, il contratto è stato validamente concluso, sia pure a condizioni diverse da quelle alle quali esso sarebbe stato stipulato senza l'interferenza del comportamento scorretto".

(28) In tal senso, si vedano anche: Cass. civ., sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024, *cit.*; Cass., 11 luglio 1976, n. 2840, in *Mass. Giust. civ.*, 1971; Cass., 16 agosto 1990, n. 8318, *ivi*, 1990; Cass., 29 marzo 1999, n. 2956, in *Giur. it.*, 2000, 1192; App. Venezia, 31 maggio 2001, in *Corr. giur.*, 2001, 1199, con nota di DALLA MASSARA, *Sul risarcimento del danno per dolo incidente*.

(29) L'interesse risarcibile secondo il criterio del "minor vantaggio o maggior aggravio economico subito dalla vittima per il comportamento sleale di controparte" viene definito da CARINGELLA-DE MARZO, *Manuale di diritto civile. Il contratto*, 2007, 593, come "positivo differenziale", in quanto, pur non coincidendo con l'interesse positivo strettamente inteso, consiste nel vantaggio di cui la parte avrebbe goduto dall'esecuzione del contratto che sarebbe stato stipulato in assenza del comportamento scorretto dell'altra parte. Sul punto, ha poi osservato MERUZZI, *La responsabilità precontrattuale tra regola di validità e regola di condotta*, *cit.*, che un simile criterio "è indicativo dell'imbarazzo sistematico di chi, abbandonata l'idea che l'interesse negativo identifichi il solo danno da occasioni perdute, risente ancora del limite concettuale costituito dalla invalidabilità dell'interesse positivo". Il riferimento al minor vantaggio o al maggior aggravio economico direttamente consequenziale alla condotta sleale del contraente, prosegue l'A., "sembra in realtà adombrare il ricorso al principio del risarcimento integrale del danno", con la conseguenza che "la quantificazione dell'interesse negativo non è vincolata alla misura dell'interesse positivo", potendo il primo addirittura superare il secondo, essendo diverso l'oggetto del ristoro. Per l'applicabilità del principio del risarcimento integrale del danno in materia di responsabilità precontrattuale, si vedano: BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, *cit.*, 176; ID., *Diritto civile. La responsabilità*, 1994, 127; PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, *cit.*, 88; PINORI, *Il principio generale della riparazione integrale dei danni*, in *Contratto e impr.*, 1998, 1144; MUSY, *Il dovere di informazione. Saggio di diritto comparato*, in *Quaderni del dipartimento di scienze giuridiche dell'università di Trento*, n. 21, 1999, 210; ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato Bessone*, XIII, 2, 2000, 431; ROPPO e AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, *cit.*, 35. Per l'orientamento in base al quale l'interesse positivo è il limite oltre il quale non è ammissibile il risarcimento del danno precontrattuale, si vedano: Cass., 30 agosto 1995, n. 9157, *cit.*; Cass. Cass., 23 febbraio 2005, n. 3746, *cit.*; Cass., 10 giugno 2005, n. 12313, *cit.*; Tribunale Udine, 22 aprile 1996, in *Resp. civ. e prev.*, 1996, 985,

Cassazione ha aderito a quel diffuso orientamento dottrinario che ricostruisce l'interesse negativo come "formula lessicale di sintesi", ove si possono far rientrare tutte le tutele volte a porre rimedio alla violazione del dovere precontrattuale di correttezza, a prescindere dalle modalità con cui essa sia stata posta in essere (30).

5. La responsabilità contrattuale e risoluzione del contratto

La violazione dei doveri comportamentali posta in essere dall'intermediario nella fase di esecuzione del contratto quadro (ossia nel corso delle singole operazioni d'investimento o disinvestimento) assume, invece, i connotati dell'inadempimento contrattuale (31), poiché "quei doveri, pur essendo di fonte legale, derivano da norme inderogabili e sono quindi destinati ad integrare a tutti gli effetti il regolamento negoziale vigente tra le parti". Secondo il giudice di legittimità, in sostanza, non è necessario, ai fini della configurabilità della responsabilità *ex art. 1218 c.c. in capo all'intermediario*, che gli obblighi informativi previsti dalla disciplina di settore vengano trasfusi ad opera delle parti nel contratto quadro, dal momento che essi, stante la loro natura imperativa ed inderogabile, entrano comunque a far parte del regolamento contrattuale per via di integrazione, ai sensi dell'art. 1374 c.c. (32).

con nota di BASTIANON, *Responsabilità precontrattuale, recesso ingiustificato e risarcimento del danno*.

(30) Per tale ricostruzione del concetto di interesse negativo, si vedano: MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, cit., 308, ove si sostiene che l'interesse negativo individua un complesso eterogeneo di danni, il cui comune denominatore consiste nell'essere conseguenza della violazione degli artt. 1337 e ss. del c.c.; GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, cit., 350; SCOGAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario al codice civile di Scialoja-Branca*, 1970, 212; BENATTI, *Culpa in contrahendo*, in *Contratto e impr.*, 5, 1987, 306; ID., *Responsabilità precontrattuale. Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, 1991, 9; LUMINOSO, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile*, in *Contratto e impr.*, 1988, 792; MONATERI, *La responsabilità contrattuale e precontrattuale*, 1998, 470; MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, cit., 186; MUSY, *Il dovere di informazione. Saggio di diritto comparato*, cit., 210.

(31) Sulla configurabilità della responsabilità contrattuale dell'intermediario si vedano le osservazioni di BATTELLI, *L'inadempimento contrattuale dell'intermediario finanziario*, cit., 473, il quale evidenzia come l'ammissibilità del suddetto rimedio sembri confermata "dall'art. 23, sesto comma, T.U.F., secondo il quale 'nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi di investimento e di quelli accessori, spetta ai soggetti abilitati l'onere della prova di aver agito con la specifica diligenza richiesta'. Tale norma, infatti, opererebbe un chiaro riferimento ad una responsabilità di carattere risarcitorio, come tale riconducibile necessariamente ad un inadempimento contrattuale, e peraltro, ammettendo l'intermediario a dimostrare di aver tenuto una condotta diligente, escluderebbe in modo definitivo che il piano dell'indagine sia la validità del contratto e non, invece, l'adempimento di doveri scaturenti dal rapporto obbligatorio". Per la dottrina favorevole a tale orientamento si rinvia alla nota n. 15, per la giurisprudenza alla nota n. 6.

(32) Così PASSARO *Intermediazione finanziaria e violazione degli obblighi informativi: validità dei contratti e natura della responsabilità risarcitoria*, cit., 912; BATTELLI, *L'inadempimento contrattuale dell'intermediario finanziario*, cit., 472.

La possibilità per l'investitore di ricorrere a tale rimedio era stata in passato esclusa da quell'orientamento interpretativo che vedeva nelle singole operazioni finanziarie autonome fattispecie contrattuali, distinte dal precedente contratto quadro, e che, di conseguenza, affermava la ravvisabilità della responsabilità precontrattuale in tutti quei casi in cui la violazione dei doveri informativi fosse funzionale alla conclusione di singole operazioni svantaggiose per il cliente (33).

Le Sezioni Unite, disattesa tale ipotesi esegetica, hanno invece indicato in maniera chiara e precisa la linea di confine che separa la responsabilità precontrattuale da quella contrattuale: la prima si configura solo nella fase precedente o contestuale alla stipulazione del contratto di intermediazione mobiliare; dopo tale momento, ogni comportamento contrario a buona fede tenuto dall'intermediario rientra nell'alveo dell'art. 1218 c.c..

Ma la violazione dei doveri informativi riguardanti la fase successiva alla stipulazione del contratto quadro, "oltre a generare obblighi risarcitori in forza dei principi generali sull'inadempimento contrattuale, può, ove ricorrano gli estremi di gravità postulati dall'art. 1455 c.c., condurre anche alla risoluzione del contratto d'investimento in corso" (34).

Il rimedio risolutorio presenta però un inconveniente di non poco conto. Esso, stante la sua efficacia retroattiva (art. 1458 c.c.), determina l'automatica ed indiscriminata caducazione di tutte le operazioni di investimento effettuate in esecuzione del contratto quadro. Per tale ragione, come osservato da autorevole dottrina, la risoluzione del contratto d'intermediazione rappresenta uno strumento difficilmente applicabile nei casi in cui siano stati compiuti più investimenti, e l'investitore abbia interesse alla caducazione di alcuni soltanto di essi (35).

(33) Per tale orientamento si rinvia alla nota n. 4.

(34) Sulla possibilità di ricorrere a tale rimedio si era già espresso ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità e risoluzione*, cit., 628, il quale sottolineava come la scelta del rimedio risolutorio, stante la sua efficacia retroattiva, consente all'investitore di ottenere, alla stregua della nullità, la restituzione integrale delle somme investite. Sul punto si veda anche BATTELLI, *L'inadempimento contrattuale dell'intermediario finanziario*, cit., 473, il quale afferma che "l'importanza dell'inadempimento, che da luogo a risoluzione, dovrà, pertanto, valutarsi sulla base dell'entità del pregiudizio sofferto, dell'eventuale concorso di colpa del creditore (art. 1227 c.c.) e, soprattutto, verificando la sussistenza del nesso eziologico fra inadempimento e danno in ordine al quale non può dirsi invertito l'onere della prova ai sensi dell'art. 23, sesto comma, T.U.F."

(35) Per tali osservazioni si veda MUCCIOLI, *Intermediazione finanziaria e strumenti di tutela degli investitori*, in *Nuova giur. civ.*, 2006, XII, 1248, ove si afferma che "se la richiamata applicazione del principio *simul stabunt simul cadent* è teoricamente coerente, la configurazione della risoluzione del contratto quadro rischia, tuttavia, di rivelarsi non del tutto appagante. Essa sarebbe difficilmente applicabile nei casi in cui, in esecuzione del contratto quadro, siano stati compiuti più investimenti, dei quali, per ipotesi, solo uno non sia andato a buon fine, mentre gli altri abbiano prodotto risultati soddisfacenti per l'investitore. La risoluzione del contratto quadro, secondo la prospettata tesi, li renderebbe, del tutto ultroneamente, instabili tutti".

Il sindacato del Giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche e sui poteri sanzionatori dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato

di Susanna Screpanti^(*)

SOMMARIO: 1.- Premessa: il fatto e le questioni rilevanti. 2.- Il sindacato di legittimità sulle valutazioni tecniche dell'AGCM: il sindacato intrinseco. 2.1. - Il sindacato sul mercato rilevante: la "corroboration" e la "cumulative redundancy". 3.- Poteri sanzionatori nel diritto antitrust e sindacato giurisdizionale. 3.1.- Le sanzioni pecuniarie: un'ipotesi di giurisdizione di merito. 3.2.- Gli impegni. 3.3.- Le misure comportamentali, i rimedi strutturali e il sindacato giurisdizionale. 4.- Conclusioni.

1. Premessa: il fatto e le questioni rilevanti

Con provvedimento n. 15604 del 14 giugno 2006, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (di seguito AGCM o l'Autorità), ha sanzionato, per un totale di 315 milioni di euro, le principali società petrolifere operanti nel mercato della commercializzazione dell'avio carburante (*jet fuel*), per aver concluso un'intesa restrittiva della concorrenza, vietata dall'art. 81 del Tr. Ce.

In particolare, l'intesa restrittiva accertata tra Eni, Esso, Kuwait, Shell-Shell Iav, Tamoil, Total e altre società operative nel settore dei rifornimenti aeroportuali, veniva qualificata come un'intesa unica e complessa, avente per oggetto e per effetto la ripartizione del mercato della fornitura di *jet fuel* e l'impedimento all'ingresso di nuovi operatori. Le condotte anticoncorrenziali delle imprese, rilevate in istruttoria dall'Autorità, erano costituite da un intenso e continuato scambio di informazioni, strumentale al coordinamento delle rispettive strategie di gara per l'aggiudicazione dei rifornimenti, all'adozione di comportamenti punitivi nei confronti dei trasgressori del cartello e all'impedimento per l'ingresso al mercato di nuovi operatori, compresi i vettori aerei intenzionati ad intraprendere l'auto-fornitura di *jet fuel*. L'intesa restrittiva si era realizzata attraverso un intenso e continuato scambio d'informazioni sensibili soprattutto tramite le imprese comuni, Hub, Par, Ram, Rai, Disma, Seram, partecipate dalle società petrolifere e operanti nel segmento riguardante l'attività di stoccaggio e messa a bordo di *jet fuel*.

Il giudice amministrativo, con una serie di sentenze dello stesso tenore (1), si è pronunciato in modo piuttosto originale in tema di sindacato giuri-

(*) Dottore Giurisprudenza, ammessa alla pratica forense presso l'Avvocatura Generale dello Stato.

(1) Cons. Stato, VI, sentenze 8 febbraio 2008, n. 421, 422, 423, 424 rispettivamente su Seram s.p.a., Par s.r.l., Hub s.r.l.; Eni, Total, Tamoil, Kuwait. Cons. Stato, VI, sentenze 20

sdizionale sulle valutazioni tecniche complesse dell'AGCM, arricchendo e consolidando un recente filone giurisprudenziale. Inoltre, il giudice ha affrontato la questione del sindacato giurisdizionale sui poteri sanzionatori antitrust, prendendo posizione su profili particolarmente innovativi e delicati, quali le misure strutturali e comportamentali disposte dall'Autorità.

2. *Il sindacato di legittimità sulle valutazioni tecniche dell'AGCM: il sindacato intrinseco*

L'analisi della giurisprudenza in esame evidenzia il ruolo fondamentale del giudice amministrativo nazionale di fronte all'esigenza di tutelare la concorrenza nel mercato nazionale e, di riflesso, nel mercato unico europeo (2). In particolare, consente di verificare il grado d'intensità del sindacato giudiziale esercitato concretamente sui provvedimenti discrezionali dell'Autorità antitrust (3).

febbraio 2008, n. 594, 595, 596, 597 rispettivamente su Rai e Ram, Esso, Disma s.p.a., Shell Italia s.p.a. e Shell Italia Aviazione s.r.l. È opportuno ricordare che ciascuna sentenza presenta considerazioni specifiche, dovute alla posizione particolare di ciascuna società coinvolta nel giudizio. Tuttavia, la lettura complessiva delle sentenze consente di individuare linee comuni sulle tematiche generali, oggetto del presente contributo. In particolare, l'analisi di tale giurisprudenza permette di fare il punto sul sindacato esercitato dal giudice amministrativo in tema di discrezionalità tecnica e di poteri sanzionatori dell'AGCM.

(2) L'Autorità antitrust è chiamata in prima battuta a controllare il rispetto della disciplina della concorrenza, esempio significativo di "regolazione condizionale". Sui caratteri di tale regolazione v. L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in *I garanti delle regole*, a cura di S. CASSESE, C. FRANCHINI, Bologna, 1996, 59 ss. ID. *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1992, 418 ss. La tutela della concorrenza costituisce un principio generale dell'ordinamento e il giudice amministrativo si può misurare con i problemi di diritto della concorrenza in due diverse prospettive: quando valuta la legittimità degli atti dell'AGCM e quando valuta atti amministrativi, spesso ad effetti generali, che incidono sul funzionamento dei mercati. In tal senso si veda M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza e i giudici amministrativi nella recente giurisprudenza*, in *G.d.A.*, n. 6/2007, 632 ss.

(3) Sul sindacato giudiziale e la discrezionalità dell'AGCM si veda P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001, 307 ss.; E. FERRARI, M. ROMAJOLI e M. SICA, (a cura di) *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Torino, 2006; F. DENOZZA, *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti regolatrici*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2001, 471; G. F. FERRARI, *Il controllo giurisdizionale delle decisioni dell'Autorità antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 999 ss.; R. CARANTA, *Il giudice delle decisioni delle autorità indipendenti*, in *I garanti delle regole*, a cura di S. CASSESE e C. FRANCHINI, Bologna, 1996, 166 ss. Sulla "novità" del potere delle amministrazioni indipendenti, considerato nell'ottica delle situazioni giuridiche soggettive che entrano in rapporto con esso, si veda A. R. TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive e decisioni delle amministrazioni indipendenti*, in *Dir. amministrativo*, 2002, 459 ss., il quale rileva che si registrano tre posizioni dottrinali: quella che ritiene trattarsi sempre di diritti soggettivi; quella che parla solo di interessi legittimi; quella che scorge, a seconda dei casi, ora gli uni ora gli altri. Secondo F. G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, 2007, in www.giustizia-amministrativa.it, con rife-

Il profilo problematico più rilevante riguarda l'ampiezza e i limiti di tale sindacato sulle scelte tecniche complesse dell'AGCM (4).

Il Consiglio di Stato rileva che il sindacato sull'operato dell'Autorità deve essere pieno e penetrante, anche se al giudice amministrativo non spetta sostituire la decisione dell'Autorità, quanto piuttosto controllarne la correttezza e verificarne la validità.

Il giudice, dunque, condivide il recente orientamento giurisprudenziale sulla pienezza del sindacato giurisdizionale, dichiarandosi favorevole all'ampliamento dello scrutinio sulla discrezionalità tecnica dell'AGCM, caratterizzata dalla natura complessa dei fatti da accertare e dalla natura incerta e opinabile delle regole di valutazione (5). Secondo il Consiglio di Stato, il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche complesse dell'AGCM è uno scrutinio di tipo intrinseco, diretto a verificare, attraverso l'impiego di cognizioni tecniche e specialistiche, l'attendibilità dell'*iter* argomentativo seguito dall'Autorità amministrativa (6). A differenza del sindacato meramente estrin-

rimento agli atti dell'AGCM non si può parlare di veri e propri provvedimenti amministrativi, quanto di decisioni amministrative che incidono sempre su diritti soggettivi. Di discrezionalità tecnica, e non di discrezionalità amministrativa, si può correttamente parlare a proposito dell'indagine che il giudice deve compiere sugli atti dell'Autorità. Non possono esservi scelte tecnico-discrezionali riservate all'Autorità, dato il carattere neutrale del suo potere, la natura decisoria dei provvedimenti e la loro incidenza su diritti soggettivi. Correlativamente, quello che viene qualificato come giudizio di legittimità, si rivela in realtà essere un giudizio di verità e di fondatezza o di persuasività sul piano tecnico delle decisioni dell'Autorità".

(4) Per un primo esame delle recenti decisioni del Cons. Stato, VI, 20 febbraio 2008, n. 594-597, si veda F. LIGUORI, *Le valutazioni tecniche complesse dell'Agcm e il Consiglio di Stato: un percorso apparentemente incompiuto*, 2008, in www.giustamm.it. Per un'analisi degli orientamenti più significativi del giudice amministrativo in materia d'interpretazione e applicazione delle disposizioni della l. n. 287/1990 si rinvia a A. POMELLI, *Il giudice e l'Antitrust. Quanto "self restraint"?*, in *Mercato, concorrenza e regole* n. 2/2003, 239 ss.

(5) Già M.S. GIANNINI, in *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, con riferimento all'amministrazione pubblica tradizionale, rilevava "il carattere fortemente valutativo dei giudizi tecnici in cui la materia è solo relativamente certa o, addirittura, opinabile. Tale possibilità è particolarmente evidente quando devono essere applicati canoni delle discipline non esatte, come le scienze economiche e aziendalistiche", 54-58.

(6) L'estensione del sindacato del G.A. sulla discrezionalità tecnica della p.a., e, in particolare, sulle valutazioni tecniche opinabili è stata affermata dalla nota decisione del Cons. Stato, IV, n. 601 del 9 aprile 1999, che distingue tra opinabilità e opportunità. Con riferimento ai provvedimenti dell'AGCM, Cons. Stato, VI, n. 2199 del 2002, nell'affermare in via generale il pieno accesso al fatto da parte del giudice amministrativo, ha distinto le valutazioni tecniche in senso stretto dalle valutazioni complesse, risultanti dall'applicazione di concetti giuridici indeterminati. Cons. Stato, VI, 18 giugno 2002, n. 5156 ha aggiunto che l'accertamento di fatto implica, in via di principio, l'accertamento, sul piano storico o naturalistico, dell'esistenza di un elemento fattuale, che costituisce il presupposto per le scelte da effettuarsi con il provvedimento dell'Amministrazione e che, proprio perché tale, si colloca normalmente "all'esterno" della valutazione da questa effettuata. Al contrario, la valutazione tecnica complessa implica l'apprezzamento di una serie di elementi di fatto – defi-

seco, volto ad evidenziare, senza l'impiego di cognizioni tecniche, difetti d'istruttoria e di motivazione, il sindacato intrinseco può essere di tipo "debole" o "forte", a seconda del differente grado di intensità e profondità del controllo giurisdizionale sulle vicende amministrative (7).

Solo di recente, il giudice amministrativo ha inteso abbandonare la terminologia "sindacato forte o debole", per attestarsi su di un sindacato particolarmente penetrante, che consenta al giudice, non tanto di esercitare un potere in materia antitrust, quanto di verificare senza alcun limite se il potere attribuito all'Autorità antitrust sia stato correttamente esercitato. Di particolare interesse risulta, dunque, il consolidamento del recente filone giurisprudenziale, a favore di un sindacato intrinseco, pieno e penetrante, volto a garantire una tutela giurisdizionale effettiva (8). Nonostante la pienezza del sindacato giurisdizionale sembri evocare la giurisdizione di merito, il giudizio amministrativo sulle valutazioni tecniche dell'AGCM configura un'ipotesi di giurisdizione amministrativa esclusiva, volta all'annullamento dei

niti nella loro consistenza storica o naturalistica – in relazione fra di loro ed alla stregua di regole che, nel caso delle valutazioni tecniche dell'AGCM, non hanno il carattere di regole scientifiche, esatte e non opinabili, ma sono il frutto di scienze inesatte ed opinabili, di carattere prevalentemente economico, con cui si provvede alla definizione dei concetti giuridici indeterminati (quali quelli di mercato rilevante, di dominanza, di intesa restrittiva della concorrenza) cui fa riferimento la normativa a tutela della concorrenza. Il sindacato giurisdizionale su tali elementi si conduce perlopiù alla stregua di un giudizio di compatibilità e di ragionevolezza. In tal senso v. in dottrina F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e Autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2002, n. 2, 195.

(7) La IV Sezione del Consiglio di Stato ha chiarito la differenza tra "un controllo di tipo "forte", che si traduce in un potere sostitutivo del giudice, il quale si spinge fino a sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile a quella dell'amministrazione" ed un "controllo di tipo "debole", in base al quale le cognizioni tecniche acquisite (eventualmente) grazie al consulente vengono utilizzate solo allo scopo di effettuare un controllo di ragionevolezza e coerenza tecnica della decisione amministrativa" (Cons. Stato, IV, n. 5287 del 6 ottobre 2001). Si attestano su un sindacato di tipo debole, Cons. Stato, Sez. VI, n. 2199 del 2002 e Cons. Stato, VI, 18 giugno 2002, n. 5156 secondo cui "nell'esercizio di tale sindacato, il giudice può solo verificare la logicità, congruità, ragionevolezza ed adeguatezza, del provvedimento e della sua motivazione, la regolarità del procedimento e la completezza dell'istruttoria, l'esistenza e l'esattezza dei presupposti di fatto posti a fondamento della deliberazione, ma non può anche sostituire proprie valutazioni di merito a quelle effettuate dall'Autorità e ad essa riservate". Sul sindacato forte e debole e sul rapporto con il principio di ragionevolezza, si veda F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato: poteri tecnici e giurisdizionalizzazione*, Milano, 2005, 199 ss.

(8) Secondo F. G. SCOCA, in *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, cit. "un controllo giurisdizionale pieno ed effettivo è necessario perché funzionale ad impedire che l'Autorità sviluppi una sua politica della concorrenza, travalicando la sua funzione di controllo neutrale. Inoltre, è idoneo ed utile perché gli interventi dell'Autorità, se errati o eccessivi, possono a loro volta falsare il giuoco della concorrenza". Si veda anche F. G. SCOCA, F. DEGNI, *Autorità amministrative indipendenti e sindacato giurisdizionale: il complesso rapporto tra esercizio del potere ed effettività della tutela*, in *Authorities imparzialità e indipendenza*, Roma, Donzelli, 2007.

provvedimenti antitrust per vizi di legittimità (9). Ciò che rileva è il grado d'intensità del sindacato giurisdizionale qualificato come pieno, penetrante, intrinseco ed effettivo.

Il giudice amministrativo non si limita, dunque, ad un sindacato estrinseco, volto a verificare la correttezza procedurale e la ragionevolezza delle scelte discrezionali, ma estende la sua cognizione *sino al controllo dell'analisi economica o di altro tipo svolta dall'Autorità, potendo sia rivalutare le scelte tecniche compiute da questa, sia applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta in esame* (10). Il giudice amministrativo, perciò, può sindacare le scelte tecnico-discrezionali dell'AGCM sia con riferimento a questioni di fatto, potendo accedere ai fatti prospettati dalle parti grazie alla CTU e all'assunzione di tutti i mezzi di prova previsti dal c.p.c. (11), sia con riferimento a questioni di diritto, potendo valutare i fatti acquisiti alla luce della corretta interpretazione delle norme tecnico-scientifiche applicabili al caso di specie (12).

(9) L'art. 33 della l. n. 287/1990 prevede, infatti, che *i ricorsi avverso i provvedimenti amministrativi adottati sulla base delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV della presente legge rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Essi devono essere proposti davanti al Tribunale amministrativo regionale del Lazio*. Mentre i ricorsi avverso i provvedimenti amministrativi adottati dall'Autorità antitrust rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, le controversie tra privati (contrattuali o risarcitorie) appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario. Cass. sez. III civile, sentenza 12 febbraio-10 marzo 2008, n. 6297 stabilisce che *la competenza a giudicare in materia di richiesta di risarcimento dei danni derivanti da intese restrittive della concorrenza è della Corte d'Appello*.

(10) Cons. Stato, VI, n. 926/2004, Buoni pasto Consip, con cui la Sezione ha inteso abbandonare la terminologia, utilizzata in precedenza, "sindacato forte o debole", per porre l'attenzione unicamente sulla ricerca di un modello rispettoso del quadro comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità di controversie dove il giudice deve verificare se il potere di decisione attribuito all'Autorità sia stato correttamente esercitato.

(11) Artt. 16 e 7, comma 1, lett. c) l. n. 205/2000.

(12) Di particolare interesse risulta Cons. Stato, n. 2199/2002, che scompone le fasi del procedimento antitrust e le raccorda al sindacato giurisdizionale. "I provvedimenti dell'Autorità antitrust hanno natura atipica e sono articolati in più parti, che corrispondono alle fasi del controllo svolto dall'Autorità: a) una prima fase di accertamento dei fatti; b) una seconda di "contestualizzazione" della norma posta a tutela della concorrenza, che facendo riferimento a "concetti giuridici indeterminati" (quali il mercato rilevante, l'abuso di posizione dominante, le intese restrittive della concorrenza) necessita di una esatta individuazione degli elementi costitutivi dell'illecito contestato (le norme in materia di concorrenza non sono di "stretta interpretazione", ma colpiscono il dato sostanziale costituito dai comportamenti collusivi tra le imprese, non previamente identificabili, che abbiano oggetto o effetto anticoncorrenziale (v. sul punto Cons. Stato, VI, n. 1189/2001, Rischi Comune Milano); c) una terza fase in cui i fatti accertati vengono confrontati con il parametro come sopra "contestualizzato"; d) un'ultima fase di applicazione delle sanzioni, previste dalla disciplina vigente. Con riferimento alla fase a), il G.A. ha il potere di conoscere pienamente le questioni di fatto, la cui risoluzione è necessaria per verificare l'esistenza dei vizi dell'atto impugnato. Ciò presuppone la valutazione degli elementi di prova raccolti dall'Autorità e delle

L'unico limite a siffatto sindacato consiste nell'impossibilità per il giudice di esercitare direttamente e autonomamente il potere antitrust, rimesso dal legislatore all'Autorità amministrativa. In particolare, il Supremo Collegio tenta di conferire basi dogmaticamente più solide al recente orientamento giurisprudenziale sul sindacato intrinseco, facendo riferimento alla *struttura logica dell'azione amministrativa autoritativa (norma-potere-fatto)*. Il potere di applicare la norma di legge al caso concreto spetta all'autorità amministrativa, sia sotto il profilo dell'interpretazione della fattispecie astratta, che sotto quello dell'accertamento dei fatti in essa sussumibili. Talvolta, la norma prende in considerazione fatti il cui accertamento richiede l'impiego di regole extragiuridiche, la cui applicazione può richiedere all'autorità amministrativa di dover scegliere tra differenti soluzioni possibili. Il cattivo esercizio di un tale potere si risolve in un vizio di legittimità del provvedimento antitrust, sindacabile dal giudice sotto il profilo dell'interpretazione della regola extragiuridica o del modo di formazione del giudizio tecnico (13). Il Consiglio di Stato ha precisato che tanto più la norma extragiuridica è relativa, tanto più il giudizio tecnico dell'Autorità è opinabile. Il sindacato intrinseco del giudice amministrativo non può tradursi in una valutazione sull'opportunità e sull'attendibilità della scelta dell'amministrazione, poiché ciò implicherebbe la neutralizzazione del potere antitrust attribuito dalla legge esclusivamente all'Autorità, con conseguente spostamento di tale potere in capo al giudice (14). Il Consiglio di Stato sembrerebbe, dunque, delimitare l'estensione del sindacato intrinseco possibile e configurare la

prove a difesa offerte dalle imprese senza che l'accesso al fatto del giudice possa subire alcuna limitazione. Con riferimento alle fasi *b)* e *c)*, il giudice esercita un sindacato di legittimità sull'individuazione del parametro normativo da parte dell'Autorità e sul raffronto con i fatti accertati. In tale ultimo ambito il G.A. può censurare le valutazioni tecniche, compreso il giudizio tecnico finale, che, attraverso un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza tecnica, appaiono inattendibili.

(13) Secondo F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e Autorità amministrative indipendenti*, cit. "la giurisdizione del giudice amministrativo è connessa alla sequenza logica norma – potere – fatto e in tale rapporto il giudice non si può sostituire ad un potere già esercitato, ma deve solo stabilire, nell'ipotesi che l'esercizio del potere sia regolato da concetti giuridici indeterminati e/o da norme tecniche, se la valutazione complessa operata nell'esercizio del potere sia una delle valutazioni compatibili con quel concetto giuridico o con quella norma tecnica. Si tratta di un giudizio di compatibilità, che è una costante nei giudizi di legittimità", 186-195.

(14) Cons. Stato, n. 926/2004 specifica che "con la proposizione del ricorso, la materia controversa non passa interamente dall'Autorità al giudice; un tale modello, non introdotto nel nostro ordinamento, radicherebbe in capo al giudice l'esercizio di un potere relativo ad interessi di particolare rilievo, la cui tutela è stata attribuita dal legislatore ad una Autorità caratterizzata da particolare competenza tecnica, oltre che dall'esercizio di poteri neutrali, cui è correlata l'indipendenza della stessa Autorità. Il fatto che si tratti di un'Autorità posta al di fuori del circuito dell'indirizzo politico rende ancor più necessario che il sindacato del giudice sia pieno, ma non anche che al giudice sia consentito di sostituirsi all'Autorità nell'esercizio del potere ad essa spettante".

possibilità di un sindacato giurisdizionale a geometria variabile, a seconda del grado d'indeterminatezza e relatività del parametro normativo. Sebbene la norma attribuisca il potere antitrust esclusivamente all'Autorità amministrativa, un sindacato giudiziale pieno e intrinseco sull'esercizio di tale potere risulta necessario anche per bilanciare l'assenza di responsabilità politica e la carenza di legittimazione democratica dell'Autorità stessa (15).

2.1. *Il sindacato sul mercato rilevante: la corroboration e la cumulative redundancy*

Nel caso in esame, la definizione del mercato rilevante di *jet fuel* e delle sue caratteristiche economiche costituiva una questione controversa, con differenti effetti sull'ipotesi anticoncorrenziale. Secondo l'Autorità garante, il mercato per la fornitura di *jet fuel* avrebbe una dimensione nazionale, mentre le società petrolifere, invocando la revisione della scelta dell'AGCM, sostenevano la dimensione locale o anche internazionale (16).

La determinazione del mercato rilevante e dei suoi caratteri costituisce un concetto giuridico indeterminato, la cui definizione è necessaria per misurare l'impatto sulla concorrenza dell'intesa restrittiva. La definizione del concetto di mercato rilevante, che integra la fattispecie normativa antitrust, è rimessa alla valutazione complessiva dell'AGCM, competente a definire la regola economica nel caso concreto (17). A tal fine, l'Autorità deve applica-

(15) Secondo F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, cit. "il sindacato giurisdizionale deve saper svolgere la sua funzione di contrappeso, in quanto non spetta all'Autorità antitrust elaborare una propria linea di direzione politica del mercato. Ciò contribuisce ad arricchire il vaglio di ragionevolezza-proporzionalità, che consente di formulare un giudizio conclusivo di legittimità. Il divieto di sostituzione giudiziale si specifica nell'impossibilità che il giudice scelga un proprio modello astratto, unico e assoluto di libera concorrenza e che la imponga al di sopra di ciò che il vaglio di ragionevolezza e proporzionalità richiede. Per altro verso, il controllo del giudice è globale sul dato economico e sulle conseguenze ragionevolmente comprovabili. Se la sostituzione del giudice è preclusa, nondimeno il controllo deve essere effettivo sulla concreta regola economica di buon funzionamento del mercato che ha guidato la decisione amministrativa", 385-410.

(16) Secondo l'Autorità, la dimensione nazionale si ricava sia dall'offerta di *jet fuel* da parte delle società petrolifere, operanti su una pluralità di scali aeroportuali in tutto il territorio nazionale, sia dalla domanda di *jet fuel* da parte delle compagnie aeree, che si avvalgono di procedure di gare nazionali per l'approvvigionamento del carburante. Per le imprese petrolifere, invece, il mercato rilevante sarebbe da calcolare solo sul singolo scalo aeroportuale o su scala mondiale. Gli effetti sulla restrizione della concorrenza sono diversi perché, ai fini dell'accertamento dell'intesa, la stabilità delle quote di mercato varia a seconda della dimensione nazionale, locale, o internazionale del mercato di riferimento.

(17) Secondo Cons. Stato, 6469/2007 "l'individuazione del mercato di riferimento è funzionale al tipo di indagine in corso: in ipotesi di un'operazione di concentrazione, l'accertamento della posizione dominante di un'impresa sul mercato dipende strettamente dalla struttura dell'impresa oggetto dell'indagine; mentre con riferimento ad un caso di intesa restrittiva della concorrenza, l'individuazione del mercato è invece funzionale alla delimitazione dell'ambito nel quale l'intesa può restringere o falsare il meccanismo concorrenziale. Nella sostanza, in caso di abuso di posizione dominante la delimitazione del mercato di rife-

re regole frutto di scienze inesatte e opinabili, di carattere prevalentemente economico, che implicano valutazioni complesse e discrezionali, potenzialmente sostituibili con altre valutazioni complesse. Secondo una tradizionale posizione giurisprudenziale, la definizione del mercato rilevante non può essere autonomamente individuata dal giudice amministrativo, in quanto si tratterebbe di un'attività discrezionale riservata nel merito all'Autorità, solo indirettamente sindacabile dal giudice amministrativo (18). Successivamente, si è affermata la tesi secondo cui il sindacato del giudice amministrativo può essere diretto e intrinseco, ben potendo il g.a. sindacare la delimitazione del mercato rilevante operata dall'Autorità, anche sotto il profilo tecnico. Nel caso di specie, il giudice ritiene che *le valutazioni tecniche, anche quando riferite ai c.d. "concetti giuridici indeterminati", devono essere sottoposte ad un controllo giurisdizionale intrinseco, potendosi avvalere il giudice anche di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'amministrazione* (19).

Con riferimento all'attività di contestualizzazione dei concetti giuridici indeterminati e di raffronto con i fatti accertati, il sindacato intrinseco potrebbe configurarsi come un controllo di tipo "debole", da svolgere secondo i canoni della ragionevolezza, logicità e coerenza, o in alternativa di tipo "forte", in base al quale il giudice amministrativo può sia rivalutare le scel-

rimento inerisce ai presupposti del giudizio sul comportamento che potrebbe essere anticoncorrenziale (posto che occorre preventivamente accertare l'esistenza di una dominanza nel mercato stesso), mentre nella materia delle intese la problematica dell'individuazione del mercato rileva in un momento successivo dal punto di vista logico, quello dell'inquadramento dell'accertata intesa nel suo contesto economico giuridico, in modo che l'individuazione del mercato non appartiene più alla fase dei presupposti dell'illecito, ma è funzionale alla decifrazione del suo grado di offensività. Ciò non significa che vi sono tanti mercati di riferimento quante sono le operazioni economiche avvenute o che sia irrilevante procedere ad una corretta individuazione del mercato rilevante, ma comporta solamente la diversità del criterio di individuazione del mercato, che non assume mai valore assoluto, ma relativo. (Cfr. Trib. I CE, 21 gennaio 1995, T 29/92, par. 73 e ss.; Cons. Stato, VI, n. 926/2004). Secondo Cons. Stato, 550/2007 "il carattere complesso ed opinabile delle valutazioni sottese all'individuazione del mercato rilevante esclude che il sindacato giurisdizionale sulla relativa configurazione possa spingersi al punto da negarne l'esistenza sulla base di valutazioni economiche diverse da quelle dell'Autorità, dovendosi il giudice limitare a verificare soltanto l'eventuale esistenza di vizi logici o di ragionevolezza, difetto istruttorio o di motivazione, in conformità al criterio adottato dalla Corte comunitaria che, in più occasioni, ha fatto riferimento alla discrezionalità della Commissione nella determinazione del mercato rilevante come limite al sindacato del giudice comunitario in sede di controllo giurisdizionale".

(18) In tal senso Cons. Stato, VI, 14 marzo 2000, n. 1348; Cons. Stato, VI, 12 febbraio 2001, n. 652; Cons. Stato, VI, 8 aprile 2000, n. 2036.

(19) In tal senso Cons. Stato, VI, 23 aprile 2002, n. 2199, Rc Auto con nota di R. CARANTA, *I limiti del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'AGCM*; Cons. Stato, VI, 18 giugno 2002, n. 5156 Enel/Infostrada; Cons. Stato, VI, n. 926/2004, Buoni pasto Consip; Cons. Stato, 17 dicembre 2007, n. 6469; Cons. Stato, VI, 8 febbraio 2007 n. 515; Cons. Stato, n. 1099/2007; Cons. Stato, VI, 10 gennaio 2007 n. 29.

te tecniche compiute, sia applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta (20).

Nel caso in esame, le parti in causa (Autorità e società petrolifere) hanno sostenuto tutte le possibili configurazioni geografiche del mercato di commercializzazione del *jet fuel*, (locale, nazionale, sopranazionale), traendone differenti conclusioni sull'impatto concorrenziale. A fronte di una pluralità di alternative prospettate dalle parti e di effetti differenti sulla concorrenza, la posizione del giudice amministrativo non è quella di assumere una decisione come se fosse un giudice penale, ovvero verificando le tesi dell'accusa e della difesa. Il proposito del giudice è piuttosto quello di verificare la correttezza e la "congruenza narrativa" della decisione assunta dall'Autorità, alla luce di indizi coerenti e concordanti, raccolti in sede processuale, e alla stregua dell'analisi delle alternative proposte dalle parti (21). Alla luce di tali considerazioni, il giudice ritiene che la determinazione del mercato rilevante effettuata dall'Autorità nel caso in esame è congruente, in quanto sorretta da una pluralità di indizi convergenti verso la stessa soluzione, e preferibile alle alternative proposte dalle parti (22). La valutazione giudiziale sulla con-

(20) Secondo P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, cit., "il giudice amministrativo definisce in via interpretativa le ipotesi normative e opera la sussunzione della situazione di fatto nell'ambito di estensione dei concetti giuridici indeterminati". L'autore rileva anche che "l'Autorità, che pur non vanta una riserva di valutazione in ordine all'accertamento dell'infrazione, appare avvantaggiata nell'opera di convincimento del giudice, avendo a disposizione tutti i risultati già acquisiti in sede procedimentale. Sul piano processuale, dunque, l'Autorità conduce il giudizio secondo una logica accusatoria, in quanto cerca di dimostrare la bontà e la fondatezza della propria attività", 429-439. Si veda anche Id., *Discrezionalità tecnica e autorità indipendenti*, in *Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, *Annuario* 2002, 339 ss; Id., *Discrezionalità tecnica e situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. dir. proc. amm.*, 2000, 212 ss.

(21) Si ritiene utile riportare i passaggi logici seguiti dal giudice amministrativo nella quasi totalità delle sentenze in commento: "*la ricostruzione dei fatti, operata dall'Autorità, deve essere verificata in virtù dei requisiti generali che presiedono alla valutazione dell'ipotesi, dell'assenza di valide spiegazioni alternative o di elementi che contraddicano la tesi seguita. Nell'ambito dei procedimenti antitrust, dove vengono in gioco leggi economiche ed anche massime di esperienza, il criterio guida per prestare il consenso all'ipotesi ricostruttiva formulata dall'Autorità è quello della congruenza narrativa, in virtù del quale l'ipotesi sorretta da plurimi indizi concordanti può essere fatta propria nella decisione giudiziale quando sia l'unica a dare un senso accettabile alla "storia" che si propone per la ricostruzione della intesa illecita.*

(22) Il giudice condivide la dimensione geografica del mercato dell'Autorità, anche alla luce della struttura oligopolistica del mercato, dell'elevato grado di concentrazione delle società petrolifere, integrate verticalmente e presenti in tutte le fasi della filiera produttiva italiana del mercato petrolifero. Inoltre, la presenza di forti barriere all'entrata di nuovi operatori, anche legate all'obiettiva necessità che le imprese interessate a penetrare nel mercato della fornitura di *jet fuel* dispongano di quelle infrastrutture logistiche (impianti di stoccaggio e di messa a bordo) che sono gestiti dalle società comuni costituite dalle società petrolifere già operanti nel settore, costituisce un elemento che depone a favore dell'intesa restrittiva della concorrenza accertata dall'Autorità.

gruenza narrativa della decisione amministrativa viene condotta alla stregua di due criteri ermeneutici particolarmente innovativi: la “*corroboration*”, ovvero l’acquisizione d’informazioni coerenti con la tesi dell’Autorità e la “*cumulative redundancy*”, ovvero la verifica di ipotesi alternative a quella proposta dall’Antitrust (23).

La congruenza narrativa, la *corroboration* e la *cumulative redundancy* costituiscono parametri del tutto originali, che il giudice amministrativo impone a se stesso nel sindacato sulle scelte complesse effettuate dall’Autorità sulla base di regole opinabili (24). La valutazione del giudice amministrativo sull’attività tecnico-economica svolta dall’Autorità, dunque, è riconducibile ad un sindacato giurisdizionale intrinseco, pieno, particolarmente penetrante, effettivo. Tale sindacato, inoltre, si può effettuare alla stregua di molteplici criteri generali, quali la ragionevolezza, la proporzionalità, la logicità e la coerenza; procedurali, quali la correttezza procedurale e motivazionale ed infine tecnici, quali appunto la congruenza narrativa, la *corroboration* e la *cumulative redundancy* (25). Il giudice amministrativo può “entrare nelle pieghe delle scelte tecniche opinabili”, ma il sindacato sulla scienza specialistica applicata dall’Autorità alla fattispecie concreta deve seguire un percorso logico disseminato da una molteplicità di parametri da seguire e da verificare (26).

(23) Sul punto il Consiglio di Stato rileva che “*il tasso di equivocità del risultato, che dipende dal meccanismo a ritroso con cui si procede all’accertamento del fatto e dal carattere relativo della regola impiegata, viene colmato attraverso una duplice operazione, interna ed esterna: la corroboration, che consiste nell’acquisire informazioni coerenti con quella utilizzata nell’inferenza, e la cumulative redundancy, che consiste nella verifica di ipotesi alternative. La prima operazione fornisce un riscontro alla conclusione, la seconda ne aumenta la probabilità logica grazie alla falsificazione di interpretazioni divergenti degli elementi acquisiti. In tale quadro i vari “indizi” costituiscono elementi del modello globale di ricostruzione del fatto, coerenti rispetto all’ipotesi esplicativa, coincidente con la tesi accusatoria. Unitamente all’acquisizione di informazioni coerenti con le contestazioni mosse (riscontri), deve essere esclusa l’esistenza di valide ipotesi alternative alla tesi seguita dall’Autorità. L’ipotesi accusatoria potrà essere considerata vera quando risulti l’unica in grado di giustificare i vari elementi, o sia comunque nettamente preferibile rispetto ad ogni ipotesi alternativa astrattamente esistente*”.

(24) Tali clauseole sembrano richiamare alcuni sistemi di *common law*, in particolare quello americano in cui si è affermato il principio *Wednesbury*, in base al quale è insindacabile la decisione che non sia “così irragionevole che nessuna ragionevole Autorità avrebbe potuto pervenirvi”.

(25) Secondo F. LIGUORI, in *op. cit.* “in concreto gli esiti di un siffatto esame sono quasi sempre conservativi e, quando interviene un annullamento di un provvedimento antitrust, la motivazione è da ricercarsi nella violazione del principio di proporzionalità. Resta, dunque, l’ancoraggio al principio di ragionevolezza, spinto, però, fino ad avvicinare la sostanza economica delle questioni nella ricerca della soluzione più ragionevole e perciò più convincente”, 5.

(26) Secondo D. IELO, *Autorità indipendenti e giudice: cooperazione e sindacato*, in *Amministrare*, 2006, “se il giudice entra nelle pieghe della scelta tecnica opinabile, diventa a sua volta un’Autorità indipendente ed esercita un compito che non appartiene alle proprie funzioni istituzionali; se rinuncia a farlo, contribuisce a creare minacciosi poteri autorefe-

Il quadro delineato evidenzia una piena e completa conoscibilità e sindacabilità delle valutazioni tecniche complesse effettuate dall'Autorità antitrust, competente ad adottare provvedimenti di significativo impatto economico. Il tradizionale sindacato di legittimità, volto al controllo del rispetto formale delle leggi, si arricchisce di nuovi contenuti e si evolve, in presenza di provvedimenti dell'Autorità, verso un approccio sostanziale che coniuga l'analisi di regole giuridiche con questioni di rilievo tecnico-economico. Il giudice affronta la complessità della vicenda e la tecnicità delle questioni senza alcuna limitazione, contribuendo alla definizione dei concetti giuridici indeterminati.

3. *Poteri sanzionatori nel diritto antitrust e sindacato giurisdizionale.*

Il provvedimento dell'Antitrust, in cui si accerta la violazione dell'art. 81 Tr. CE, risulta particolarmente interessante dal punto di vista sanzionatorio, non solo perché l'Autorità ha comminato sanzioni pecuniarie particolarmente elevate, ma anche perché ha disposto rimedi comportamentali e strutturali, di cui non è pacifica l'applicabilità da parte delle autorità nazionali ai sensi del reg. CE n. 1/2003 (27). Inoltre, l'analisi di tali profili consente di verificare il tipo di sindacato giurisdizionale che il giudice amministrativo esercita sui poteri sanzionatori dell'Antitrust (28).

In base al provvedimento suddetto, *le imprese si devono astenere dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto dell'infrazione accertata, con particolare riferimento alle condotte di ripartizione e a quelle che hanno comportato la creazione di barriere all'accesso al mercato del jet fuel* (punto b del provvedimento). Si tratta della diffida, di cui all'art. 15 l. n. 287/1990.

In particolare, *le società Eni, Esso e Kuwait per Hub e Par, le Società Shell Iav, Tamoil, e Total per Rai e le Società Eni, Esso, Kuwait, Shell Iav e Total per Disma e Seram devono definire le iniziative atte a eliminare la compresenza di più società petrolifere nel capitale sociale delle imprese comuni perfezionando tali iniziative entro il 30 giugno 2008, dando altresì comunicazione all'Autorità entro novanta giorni dalla notifica del presente*

renziali di Autorità che operano in autentiche zone franche. Questo dilemma spinge i giudici ad entrare con circospezione nello spiegamento del potere discrezionale (fondato su scienze opinabili) delle Autorità, creando quello che spesso si definisce deferenza dei giudici rispetto alle autorità", 245 ss.

(27) Riferimento al provvedimento n. 15604 del 14 giugno 2006 dell'AGCM, consultabile sul sito www.agcm.it

(28) Sulle sanzioni antitrust, si veda M. ANTONIOLI, *Concorrenza*, in *Trattato di Diritto amministrativo europeo*, a cura di M. P. CHITI, G. GRECO, 895 ss.; M. GRILLO, *L'ottimalità delle sanzioni antitrust*, Conferenza su Analisi economica e diritto amministrativo, Venezia, 28-29 settembre, 2006; P. FATTORI, *La nuova disciplina delle sanzioni in Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, 2003, 175; CINTIOLI FABIO – DONATI FILIPPO, a cura di, *Recenti innovazioni in materia di sanzioni antitrust*, *Quaderni Cesifin*, n. 34, Torino, 2008.

provvedimento delle iniziative definite al riguardo (punto c). Si tratta di una misura strutturale, a carattere ordinatorio, idonea ad incidere sul regime proprietario delle società private, in quanto volta a configurare in modo diverso le partecipazioni azionarie delle società petrolifere nel capitale sociale delle imprese comuni. In questo caso, l'Autorità non impone una diretta dismissione delle partecipazioni azionarie, ma lascia alle società private la libertà di scegliere le modalità.

Inoltre, *le società petrolifere summenzionate devono comunicare entro novanta giorni dalla notifica del provvedimento le nuove modalità di conduzione delle imprese comuni tali da assicurare la piena autonomia gestionale delle imprese comuni rispetto alle società madri; impedire che l'attività delle imprese comuni comporti uno scambio di informazioni tra le imprese stesse e tra queste e i soci non strettamente indispensabile per l'operatività delle imprese stesse; impedire che i rappresentanti dei soci negli organi direttivi, nel management e nei quadri operativi delle società comuni vengano a conoscenza di informazioni relative ai concorrenti non strettamente indispensabili per l'operatività delle imprese stesse; impedire che i medesimi rappresentanti dei soci nelle società comuni mantengano, comunque, rapporti con gli esponenti delle funzioni commerciali delle società di appartenenza (punto d).* L'Autorità ha inteso sanzionare le società petrolifere ricorrendo a misure comportamentali, a carattere ordinatorio, volte all'imposizione di una condotta che elimini concretamente l'accertata presenza degli elementi distorsivi della concorrenza. In particolare, l'Autorità ha disposto tali rimedi solo in via transitoria, privilegiando, invece, i rimedi strutturali.

In ragione della gravità e durata dell'infrazione accertata, l'Autorità commina alle società petrolifere Eni S.p.A., Esso Italiana S.r.l., Kuwait Petroleum Italia S.p.A., Shell Italia S.p.A., Tamoil Italia S.p.A. e Total Italia S.p.A. sanzioni amministrative pecuniarie particolarmente elevate (punto e).

La delibera dell'Autorità, infine, dà conto degli impegni, strutturali e comportamentali, presentati dalle società petrolifere ai fini della graduazione della sanzione pecuniaria irrogata, considerando positivamente solo gli impegni proposti da Total, l'unica società che ha condotto delle trattative concrete con una compagnia area per agevolare l'autofornitura del *jet fuel*. Gli impegni non costituiscono un rimedio sanzionatorio, costituendo, piuttosto, una deroga alle regole generali del procedimento amministrativo sanzionatorio. Tuttavia, se gli impegni presentati dalle imprese vengono valutati positivamente dall'Autorità possono comportare una riduzione del *quantum* della sanzione pecuniaria.

3.1. Le sanzioni pecuniarie: un'ipotesi di giurisdizione di merito

In base all'art. 15 della legge n. 287/1990, rubricato *diffide e sanzioni*, l'AGCM può disporre sanzioni amministrative pecuniarie, in misura non inferiore all'uno e non superiore al dieci per cento del fatturato realizzato. L'Autorità può esercitare tale potere nei casi di infrazioni gravi della concorrenza, oltre che nelle ipotesi di inottemperanza alla diffida. Ai fini della graduazione della sanzione, l'Autorità deve tenere in debito conto della gravità

e della durata della lesione accertata. L'art. 11, comma 4 della legge n. 57/2001, modificando l'art. 15 citato, ha ampliato il margine di discrezionalità dell'Autorità antitrust nella quantificazione delle sanzioni, attraverso l'eliminazione di una percentuale minima della sanzione, rapportata ora all'intero fatturato dell'impresa (29). In materia di sanzioni pecuniarie, inoltre, è fondamentale l'art. 31 della legge n. 287, che rinvia alle disposizioni della legge n. 689/1981, capo I, sezioni I e II, in quanto applicabili (30).

Nel caso *jet fuel*, il primo giudice aveva condiviso sia l'irrogazione che la graduazione della sanzione pecuniaria disposta per le società petrolifere coinvolte, le quali lamentavano in appello la violazione e falsa applicazione degli artt. 15 legge n. 287/1990 e 11 legge n. 689/1981, nonché l'illegittima commisurazione della sanzione pecuniaria inflitta, in particolare sotto i profili della violazione del legittimo affidamento e del principio di proporzionalità.

Il giudice di secondo grado, prima di entrare nel merito della questione, si pronuncia a favore della tesi dell'applicabilità ai giudizi in materia antitrust dell'art. 23, comma 11, della legge n. 689/1981, che conferisce, dunque, il potere al giudice amministrativo di annullare in tutto o in parte il provve-

(29) A livello sopranazionale, la Commissione UE può disporre ammende in base all'art. 23 del reg. Ce n. 1/2003, che ha eliminato il minimo edittale, previsto dalla precedente norma (art. 15 del reg. CEE n. 17 del 1962), e ha previsto che il limite del 10% si riferisca al fatturato totale dell'impresa. In applicazione dell'art. 23 menzionato, la Commissione UE ha adottato la decisione 2006/C210/02, in *GUCE* C 210 del 1 settembre 2006, recante *Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 23, paragrafo 2, lett. a) del regolamento CE n. 1/2003*, che ha modificato i precedenti orientamenti, adottati con decisione 98/C 9/03, in *GUCE* C 9 del 14 gennaio 1998. Con tali orientamenti, la Commissione UE ha inteso predefinire la metodologia di calcolo delle ammende, autolimitando l'ampia discrezionalità di cui gode nella definizione delle sanzioni pecuniarie, volendo garantire la trasparenza, la certezza del diritto e la parità di trattamento. Per una disamina delle ammende antitrust a livello comunitario, si veda P. MANZINI, M.F. PORTINCASA, *La discrezionalità della Commissione nella determinazione delle ammende antitrust*, in *Diritto dell'Unione europea*, n. 3/2007.

(30) Il rinvio rilevante nel caso di specie è all'art. 11, secondo cui *nella determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria fissata dalla legge tra un limite minimo ed un limite massimo e nell'applicazione delle sanzioni accessorie facoltative, si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche*. Rileva anche l'art. 23 l. n. 689/1981 sul giudizio di opposizione, in base al quale al giudice ordinario spetta un sindacato di merito sulle sanzioni pecuniarie. In particolare, l'art. 23, comma 11 dispone che *con la sentenza il giudice (ordinario) può rigettare l'opposizione, ponendo a carico dell'opponente le spese di procedimento o accoglierla, annullando in tutto o in parte l'ordinanza o modificandola anche limitatamente all'entità della sanzione dovuta*. Secondo parte della dottrina, tale rinvio radicherebbe la competenza giurisdizionale civile a conoscere delle opposizioni alle sanzioni pecuniarie irrogate dall'Autorità. In tal senso v. A. BARONE, *Commento all'art. 31 in Diritto antitrust italiano*, in AA.VV. (a cura di), Bologna, 1993, II. Cass. Sez. Un., 5 gennaio 1994 n. 52 ha risolto la questione affermando la giurisdizione del giudice amministrativo a conoscere dei ricorsi contro gli atti dell'Autorità antitrust, compresi le sanzioni amministrative.

dimento sanzionatorio o di modificarlo anche limitatamente all'entità della sanzione dovuta (31). L'applicabilità dell'art. 23 suddetto alle sanzioni pecuniarie disposte dall'AGCM configura il giudizio amministrativo su tali sanzioni come un'ipotesi di giurisdizione di merito, in quanto l'opposizione alla sanzione instaura un giudizio di accertamento della pretesa sanzionatoria e il sindacato giudiziale riguarda sia l'illegittimità che l'opportunità della sanzione irrogata (32). Ciò implica il potere del giudice amministrativo di modificare in sede processuale l'ammontare delle sanzioni pecuniarie irrogate dall'Antitrust all'esito del procedimento amministrativo svolto (33). Il controllo del giudice amministrativo risulta, quindi, più penetrante rispetto al controllo sulle altre scelte tecnico-discrezionali dell'Autorità, in quanto il sindacato si sposta dalla legittimità al merito e si può spingere fino alla sostituzione della sanzione concretamente irrogata (34).

Tale potere, inoltre, fondandosi sulla base di parametri normativi (artt. 11 e 23 della legge n. 689/81 ed artt. 15 e 31 della legge n. 287/90) rispetta

(31) In tal senso v. Cons. Stato, VI, 24 maggio 2002, n. 2869; 30 agosto 2002 n. 4362; 2 agosto 2004, n. 5368; n. 926/2004; 21 febbraio 2008, n. 636. Sembra, dunque, ormai consolidata la configurabilità della giurisdizione amministrativa per le sanzioni pecuniarie irrogate dall'Antitrust. Fondamentale è stata in tale settore la pronuncia della Cass., sez. unite, n. 52/1994 in tema di riparto di giurisdizione in presenza di atti a carattere sanzionatorio. Successivamente è possibile registrare il graduale affermarsi di una prassi giurisprudenziale tesa ad allineare il giudizio amministrativo sulle sanzioni delle Autorità a quello civile, sia per l'accesso al fatto, presupposto dell'irrogazione della sanzione, sia per il contenuto delle statuizioni giudiziali a carattere ordinatorio o anche sostitutivo.

(32) Cons. Stato, n. 926/2004 "sentenza Pellegrini" ribadisce che "il sindacato sulle sanzioni pecuniarie irrogate dall'Autorità si atteggia in modo diverso, potendo spingersi fino alla sostituzione della sanzione irrogata dall'Autorità anche attraverso un accertamento della congruità della sanzione. La diversità del sindacato sulle sanzioni pecuniarie si giustifica sia in base alla compatibilità con i principi della legge n. 287/1990 dell'art. 23 della legge n. 689/1981, sia tenuto conto della diversità del potere esercitato dall'Autorità per l'applicazione di una sanzione amministrativa tipicamente punitiva, quale quella pecuniaria".

(33) In base a Cons. Stato, 21 febbraio 2008, n. 636, gli interessi legali sulle sanzioni non sono dovuti nel caso in cui la sanzione sia stata rideterminata in sede giurisdizionale. In particolare, "il pagamento degli interessi legali non è dovuto nel caso in cui una sanzione pecuniaria irrogata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato sia stata rideterminata dal giudice amministrativo, relativamente al periodo anteriore alla rideterminazione, atteso che solo dal momento in cui è intervenuta quest'ultima il credito vantato dalla P.A. è divenuto liquido ed esigibile".

(34) Una recentissima sentenza della Corte Suprema di Cassazione, Sez. Unite del 17 marzo 2008 n. 7063, ha chiarito che "in sede di giudizio avverso sanzioni pecuniarie applicate dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, non è consentito al Giudice amministrativo esercitare un controllo c.d. di tipo "forte" sulle valutazioni tecniche opinabili, *id est* l'esercizio, da parte del suddetto Giudice, di un potere sostitutivo, spinto fino a sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile a quella dell'Amministrazione, fermo restando anche sulle valutazioni tecniche il controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza". Tale sentenza sembra voler contenere il sindacato del giudice amministrativo nella rideeterminazione processuale della sanzione, mantenendo però l'ipotesi di una giurisdizione di merito.

il principio di legalità, che tutela il diritto del privato a non subire imposizioni patrimoniali al di fuori dei casi previsti dalla legge (art. 23 Cost.) (35).

Il riconoscimento di un sindacato di merito da parte del giudice amministrativo, inoltre, è coerente con l'ordinamento comunitario, in particolare con l'art. 31 del reg. CE n. 1/2003 in cui si prevede che, a fronte di una forte discrezionalità della Commissione, la *Corte di Giustizia ha competenza giurisdizionale anche di merito, potendo estinguere, ridurre o aumentare le ammende o le penalità di mora irrogate* (36).

Il Consiglio di Stato, entrando, dunque, nel merito delle sanzioni irrogate nel caso di specie, ritiene che l'AGCM abbia correttamente applicato alla fattispecie in esame i criteri della Commissione sul calcolo delle ammende, nonché il nuovo art. 15 legge n. 287 (37). Quanto alla misura della sanzione inflitta, il giudice ritiene corretto il *quantum* in considerazione della gravità e della durata dell'infrazione, delle condizioni economiche delle imprese coinvolte, nonché delle loro eventuali iniziative volte a eliminare o attenua-

(35) Si veda nello stesso senso, Corte di Cassazione, Sez. Unite *cit.* secondo cui “si deve interpretare il rinvio operato dall'art. 31 della l. n. 287 del 1990, alle disposizioni della l. n. 689 del 1981 – in ottemperanza al principio di legalità posto dall'art. 23 Cost – come esteso anche al tipo di cognizione prevista dall'art. 23 della richiamata l. n. 689 del 1981; pertanto si deve ritenere consentita anche al Giudice amministrativo, al pari di quanto già da tempo e ripetutamente riconosciuto al giudice ordinario nei giudizi d'opposizione introdotti ai sensi dell'art. 23 *cit.*, la verifica dei fatti posti a fondamento dei provvedimenti dell'Autorità antitrust sotto il profilo della verità degli stessi, e pertanto la valutazione degli elementi di prova raccolti dall'Autorità e delle prove a difesa offerte dalle imprese, senza che l'accesso al fatto del giudice possa subire alcuna limitazione, al fine di annullare in tutto o in parte il provvedimento o di modificarlo anche solo limitatamente all'entità della sanzione dovuta”.

(36) La giurisprudenza comunitaria ha sottoposto le sanzioni imposte dalle autorità comunitarie alle imprese ad un rigoroso scrutinio (sentenza *Federation Charbonnière de Belgique*) verificandone, in particolare, la proporzionalità rispetto alla gravità della condotta anti-giuridica, a sua volta commisurata all'importanza della norma violata, alla durata della condotta, agli illeciti vantaggi conseguiti. Il sindacato del giudice incide, dunque, sul merito delle decisioni prese dall'amministrazione, dando luogo sovente a una riduzione dell'entità delle sanzioni pecuniarie in termini assoluti o relativi. Le decisioni della Commissione UE sono, dunque, soggette ad un sindacato di merito del giudice comunitario. In tal senso v. Corte giust. 7 giugno 1983, cause riunite da 100/80 a 103/80 *Music Diffusion Francaise*; Tribunale di primo grado, T-1/89 causa *Rhone Poulenc*; Trib. I grado, 6 aprile 1995, T-148/89, *Tréfilunion*, in cui la Corte riconobbe alla Commissione una discrezionalità in senso forte. Inoltre, in Trib. Ce, 11 marzo 1999, T-141/94, *Thyssen Stahl AG*, par. 646 e 674 e Corte Giust. CE, 16 novembre 2000, C-291/98, *Sarriò – Cartoncino*, par. 70-71; Trib. I grado, 5 aprile 2006, *Degussa*.

(37) Secondo Cons. Stato, 17 dicembre 2007 n. 6469, “il nuovo art. 15 della l. n. 287/1990 implica la necessità di una più adeguata motivazione della quantificazione della sanzione pecuniaria da irrogare, attraverso l'indicazione di criteri di ordine generale o in alternativa mediante specifiche e più approfondite spiegazioni relative ai singoli casi anche confrontati con le sanzioni già irrogate. Ciò, per una esigenza di uniformità, al fine di evitare che la quantificazione delle sanzioni venga decisa caso per caso con intervento, poi, del giudice, anche esso privo di uniformità”.

re le conseguenze delle violazioni. Secondo il giudice, dunque, l'Autorità ha fatto buon governo dei criteri necessari per definire il *quantum* della sanzione, differenziando altresì le posizioni delle singole imprese protagoniste dell'illecito. La verifica di tali parametri implica una riflessione del giudice sul principio di proporzionalità, che né la normativa comunitaria, né quella nazionale antitrust codificano esplicitamente. La proporzionalità delle sanzioni richiede la dimostrazione dell'idoneità delle stesse a raggiungere lo scopo perseguito e la relativa adeguatezza, nel duplice senso della corrispondenza alla situazione considerata e della non eccedenza rispetto allo scopo perseguito (38).

Con riferimento alle sanzioni pecuniarie applicate dall'AGCM, l'esigenza d'una tutela giurisdizionale piena (39) richiede un sindacato giurisdizionale esteso al merito, che consenta al giudice amministrativo di sostituire la propria decisione con quella dell'Autorità, potendo ristabilire l'*an* e il *quantum* della sanzione comminata (40).

3.2. *Gli impegni*

L'AGCM, ai sensi dell'art. 5 del reg. Ce n. 1/2003 e dell'art. 14 *ter*, primo comma legge n. 287/1990, può adottare decisioni di accettazione degli impegni, presentati dalle imprese interessate a far chiudere un procedimento antitrust a loro carico, senza l'accertamento dell'illecito anti-concorrenziale (41). Dopo aver valutato l'idoneità degli impegni a rimuovere gli effetti

(38) Si veda in tal senso Cons. di Stato, VI, 12 febbraio 2007, n. 550 che si è pronunciato sulla proporzionalità delle misure correttive con riferimento ad un abuso di posizione dominante, sostenendo che “le misure da adottare devono essere in grado di risolvere in maniera effettiva e duratura il problema concorrenziale causato rendendo contendibili i mercati su cui, diversamente, si costituirebbe o si rafforzerebbe la posizione dominante”.

(39) In tal senso, v. Cons. Stato, 23 aprile 2002, n. 2199 e Corte Cassazione, SS.UU., sentenza 29 aprile 2005 n. 8882, con commento di P. LAZZARA, *Le competenze comunitarie e i limiti al sindacato giurisdizionale in materia antitrust*, in *G.d.A.*, n. 2, 2006, 179 ss. Secondo F. MERUSI, in *op. cit.* “nel caso delle sanzioni pecuniarie delle Autorità indipendenti, si succedono la sequenza norma – potere – fatto, per quanto attiene all'esercizio del potere sanzionatorio, e la sequenza norma – fatto per quanto attiene all'accertamento della violazione e alla determinazione di un'obbligazione pecuniaria a carico dell'autore della violazione”, 189.

(40) Secondo F. G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, cit. “non si tratta di un vero e proprio sindacato di merito, ossia di valutazione delle scelte discrezionali, quanto di una nuova determinazione in ordine alla fondatezza della parte della decisione dell'Autorità che riguarda le sanzioni. Il giudice, dunque, si limiterebbe ad applicare le disposizioni di legge senza alcuna valutazione di opportunità amministrativa. Il potere del giudice di sostituzione costituisce un potenziato potere di decisione piuttosto che un più o meno allargato potere di cognizione”

(41) Per l'analisi approfondita dell'art. 14 *ter* si rinvia a M. LIBERTINI, *La decisione di chiusura dei procedimenti per illeciti antitrust a seguito d'impegni delle imprese interessate*, in *I nuovi strumenti antitrust, misure cautelari, impegni e programmi di clemenza*, a cura di F. CINTIOLI, G. OLIVIERI, Giuffrè, 2007, 11, ss., Id., *Le decisioni patteggiate nei procedimenti per illeciti antitrust* in *G.d.A.*, 2006, n. 1, 1283; C. LACAVA, *Misure cautelari, decisio-*

negativi sulla concorrenza delle condotte oggetto d'istruttoria, l'Autorità antitrust può chiudere la procedura d'indagine e rendere obbligatori gli impegni presentati. Tale decisione consente la chiusura dell'istruttoria, senza l'accertamento positivo o negativo di un'eventuale infrazione degli artt. 81 e 82 Tr. Ce o della normativa nazionale sulla concorrenza (42). Gli impegni, che in concreto possono essere di natura comportamentale o strutturale, devono essere proporzionati e necessari per risolvere il problema concorrenziale, al fine di consentire la chiusura anticipata del procedimento sanzionatorio. È evidente che l'Autorità pubblica può chiudere il procedimento antitrust con provvedimento, solo dopo un negoziato con le imprese "indagate" (43). Tuttavia, l'Autorità può, d'ufficio, riaprire il procedimento d'indagine

ni con impegni, programma di clemenza: la prima attuazione nel diritto antitrust italiano, in G.d.A. n. 6/2007, 673, ss.; M. BOCCACCIO – A. SAIJA, La modernizzazione dell'antitrust. La decisione con impegni, in Mercato Concorrenza Regole, 2002, 298 ss.; G. LECCASI, Brevi note in tema d'impegni antitrust, in www.giustamm.it; M. SIRAGUSA, E. GUERRI, G. FAELLA, Gli impegni e le misure cautelari in Convegno su recenti innovazioni in materia di sanzioni antitrust, Fondazione Cesifin, Firenze 2 marzo 2007.

(42) La disciplina sovranazionale degli impegni è prevista dal regolamento CE n. 1/2003, del Consiglio del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, *GUCE* L 1/1 del 4 gennaio 2003. In particolare, l'art. 9 disciplina il potere della Commissione di rendere obbligatori gli impegni presentati dalle imprese, che rendono non più giustificato l'intervento della Commissione, con conseguente chiusura del procedimento; l'art. 5 prevede per le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri, competenti ad applicare direttamente gli articoli 81 e 82 Tr. Ce a casi individuali, la possibilità di adottare decisioni di accettazioni d'impegni. La disposizione, secondo la tesi dominante, si limita ad elencare le decisioni che le autorità nazionali possono adottare, senza, tuttavia, attribuire il relativo potere di applicazione e senza specificare le procedure, gli effetti e i presupposti. L'art. 23, secondo comma lett. c) del reg. n. 1/2003 dispone la possibilità per la Commissione d'infliggere ammende in casi di violazione di impegni resi obbligatori. Di particolare rilievo, risultano anche i considerando 13 e 22, in cui si prevede che le decisioni concernenti gli impegni adottate dalla Commissione UE non pregiudicano la facoltà delle Autorità garanti della concorrenza e delle giurisdizioni nazionali di applicare gli artt. 81 e 82 e di procedere ad un accertamento dell'infrazione e di prendere una decisione. Infine, l'art. 35, primo comma, del regolamento suddetto prevede il termine del 10 maggio 2004 per adottare le misure necessarie per conferire alle autorità nazionali il potere di applicare gli articoli 81 e 82, rimettendo, perciò, anche la disciplina degli impegni al legislatore nazionale. Solo con il decreto legge 223/2006 (Decreto Bersani), convertito con modifiche dalla legge 4 agosto 2006 n. 248, è stato riconosciuto all'AGCM il potere di adottare decisioni con impegni, che consentono di chiudere un procedimento istruttorio senza accertare l'infrazione della concorrenza. Sugli impegni nel diritto comunitario si veda P. MENGOZZI, *Decisioni con impegni e diritto comunitario, in I nuovi strumenti di tutela antitrust*, cit., 1 ss.

(43) La negoziazione degli impegni ai sensi dell'art. 14 *ter* della l. n. 287 richiama il modello dell'art. 11, l. n. 241/1990 e s.m. sugli accordi procedurali, anche se l'art. 14 *ter* è una norma speciale, con un ambito di applicazione specifico. Sul punto si veda A. POLICE, *I nuovi poteri dell'Autorità garante della concorrenza e le prospettive in termini di tutela giurisdizionale* e M. LIBERTINI, *La decisione di chiusura dei procedimenti per illeciti antitrust a seguito d'impegni delle imprese interessate*, entrambi in *I nuovi strumenti di tutela*

se si modifica la situazione di fatto posta a base della decisione, se le imprese interessate contravvengono agli impegni assunti o se la decisione si basa su informazioni incomplete, inesatte o fuorvianti (art. 14 *ter*, terzo comma, conforme all'art. 9 del reg. Ce n. 1/2003). Infine, l'Autorità nazionale può irrogare una sanzione amministrativa pecuniaria fino al 10 per cento del fatturato, in caso di mancato rispetto degli impegni resi obbligatori, la cui verifica è rimessa all'Autorità stessa (così l'art. 14 *ter*, secondo comma, conforme all'art. 23 del reg. Ce n. 1/2003).

L'Autorità antitrust non è obbligata ad adottare una decisione di accettazione degli impegni, anche se astrattamente idonei a far cessare l'effetto distorsivo della concorrenza e se presentati dalle imprese nei termini di legge, ovvero tre mesi dalla notifica dell'apertura dell'istruttoria (44). L'Autorità, dunque, gode di un'ampia discrezionalità sia nell'*an*, che nella valutazione della proporzionalità e dell'idoneità degli impegni. L'art. 14 *ter* dispone che l'Autorità debba valutare l'idoneità degli impegni e possa renderli obbligatori nei *limiti previsti dall'ordinamento comunitario* (45). Inoltre, secondo una prassi giurisprudenziale consolidata, gli impegni possono essere valutati dall'Autorità anche nel caso in cui il procedimento antitrust si concluda con un provvedimento sanzionatorio. In tal caso gli impegni saranno valutati ai fini di un'eventuale riduzione della sanzione che s'intende comminare (46).

antitrust, cit., 15, 94 ss.. Sulle oscillazioni dell'attività amministrativa tra l'autorità e il consenso, v. F. G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Diritto amministrativo*, 2002, 431 ss.

(44) L'onere per le imprese di presentare gli impegni entro tre mesi dall'avvio dell'istruttoria, è un elemento di crisi con la disciplina comunitaria, che, invece, non prevede alcun limite temporale per la presentazione degli impegni, se non quello della conclusione del procedimento e dell'adozione delle sanzioni. La scelta del legislatore nazionale è, dunque, quella di consentire la presentazione degli impegni solo nella fase iniziale del procedimento antitrust. Il termine ha carattere perentorio.

(45) Il riferimento è ai principi, alla normativa, nonché alla prassi comunitaria. In particolare, si veda la *Comunicazione della Commissione sugli orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 23, paragrafo 2, lett. a) del reg. n. 1/2003*, in *GUCE* 1° settembre 2006, nonché la *Comunicazione sull'applicazione dell'art. 81.3 del trattato in GUCE* C101 del 27 aprile 2004 e *MEMO/04/217* del 17 settembre 2004 esplicativo delle decisioni con impegni *ex art. 9* del regolamento Ce n. 1/2003. In base a questo *corpus* normativo, l'Autorità antitrust italiana si è mossa nel senso di escludere dall'ambito di applicazione delle decisioni con impegni, gli accordi segreti *hard-core* di fissazione dei prezzi, di spartizione dei mercati e di limitazione della produzione. Esiste una prassi comunitaria della Commissione UE, volta al dialogo con le imprese per la determinazione del contenuto degli impegni, che le società petrolifere ritengono violata. Nel caso di specie, il giudice nazionale non ha preso in diretta considerazione tale censura, per l'esclusione in radice degli impegni a fronte di un'intesa *hard-core*.

(46) Per una disamina particolareggiata sulla prassi decisionale di applicazione delle disposizioni comunitarie e nazionali in materia d'impegni si veda L. DI VIA, *Le decisioni in materia d'impegni nella prassi decisionale dell'Autorità garante*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2007, n. 2. Diversa dagli impegni è l'ipotesi prevista dall'art. 15, comma 2-bis, in base al quale l'Autorità, in conformità all'ordinamento comunitario, definisce con proprio

Nel caso *jet fuel*, le società petrolifere presentavano all'Autorità anti-trust, anche successivamente alla comunicazione delle risultanze dell'istruttoria, impegni comportamentali e/o impegni strutturali, quali ad esempio l'impegno a ridurre il flusso informativo all'interno delle imprese comuni e l'impegno a dismettere quote di minoranza delle imprese comuni a favore di terzi (47). Sia gli impegni comportamentali che strutturali presentati venivano valutati inidonei a porre fine alle infrazioni contestate nell'istruttoria, anche alla luce del *market test* effettuato dall'Autorità, ovvero la consultazione pubblica dei soggetti interessati al mercato del *jet fuel*, quali ad esempio le compagnie aeree (48). L'Autorità valutava positivamente solo l'impegno presentato dalla Società Total S.p.A., volto a consentire l'apertura a monte del mercato del *jet fuel* e a favorire lo sviluppo del *self supply* da parte delle compagnie aeree. Infatti, tale società aveva concluso concretamente un accordo con Alitalia per favorire il ricorso all'auto-fornitura del carburante per aviazione.

Bisogna considerare che al momento in cui l'Autorità garante della concorrenza adottava il provvedimento n. 15604, non era ancora entrato in vigore l'art. 14 *ter*, con cui il legislatore nazionale ha introdotto la disciplina delle decisioni con impegni nel nostro ordinamento. Tuttavia, il giudice amministrativo ritiene che *anche all'epoca dell'adozione dell'impugnato provvedimento era possibile adottare una decisione di accettazione di impegni*, sulla scorta di alcune rilevanti considerazioni. In primo luogo, il Consiglio di Stato rileva che la Commissione europea, confortata in ciò dalla Corte di giustizia (49), già prima del reg. n. 1/2003, art. 9, aveva utilizzato le decisioni con impegni per archiviare alcuni procedimenti istruttori. Inoltre, l'art. 5 dello stesso Regolamento prevede che le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri sono competenti ad applicare direttamente gli articoli 81 e 82 del Trattato a casi individuali e che a tal fine, agendo d'ufficio o in seguito a

provvedimento generale i casi in cui, in virtù della qualificata collaborazione prestata dalle imprese nell'accertamento di infrazioni alle regole di concorrenza, la sanzione amministrativa pecuniaria può essere non applicata ovvero ridotta nelle fattispecie previste dal diritto comunitario.

(47) Sugli impegni presentati e sulla valutazione degli stessi da parte dell'Autorità, si veda il Punto VI e VII del Provvedimento n. 15604 del 14 giugno 2006, paragrafi 278-307; 377-383.

(48) Con provvedimento n. 16015 del 12 ottobre 2006, in *Bollettino* n. 39/2006, l'Autorità anti-trust ha adottato la "*Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'art. 14 ter della l. n. 287/1990*", che regola i criteri generali del procedimento relativo alle decisioni con impegni. In base a tale delibera, tutti i soggetti interessati possono presentare osservazioni entro 30 giorni dalla pubblicazione della dichiarazione degli impegni sul sito dell'Autorità. Le imprese che hanno presentato gli impegni possono formulare le proprie controdeduzioni, dopo le quali l'Autorità potrà adottare il provvedimento definitivo di accettazione o meno degli impegni. Si tratta di una consultazione pubblica degli operatori del mercato – *market test* – funzionale alla garanzia del contraddittorio con i soggetti interessati che vogliono esprimere le proprie osservazioni prima della valutazione finale degli impegni.

(49) cfr., Corte Giust. CE, 17 novembre 1987, C-142 e 156/84, Philip Morris.

denuncia, possono adottare alcune decisioni, tra cui appunto quella di accettare impegni. Secondo il giudice amministrativo, dunque, deve ritenersi che l'art. 5 non si limiti a elencare le decisioni che le autorità nazionali possono adottare, ma attribuisca poteri immediatamente esercitabili da parte di quest'ultime. Per analogia, il giudice ricorda la legittimità riconosciuta all'utilizzo delle misure cautelari da parte dell'Autorità già prima dell'entrata in vigore dell'art. 14 *bis* della legge n. 287/1990, introdotto dalla legge n. 248/2006 (50). Alla luce di ciò, il giudice amministrativo ritiene legittimo il ricorso a decisioni con impegni anche prima dell'entrata in vigore dell'art. 14 *ter*.

Secondo il giudice, solo con l'introduzione dell'art. 14-*ter* l'Autorità ha il potere di sanzionare con ammenda il mancato rispetto degli impegni resi obbligatori, dato che l'art. 23 del reg. n. 1/03, che prevede tale possibilità, riguarda solo la Commissione e non le Autorità nazionali. Di conseguenza, l'Autorità, *fino all'introduzione del citato articolo, godeva di una maggiore discrezionalità nel procedere all'accettazione di impegni, trattandosi di uno strumento sfornito di potere sanzionatorio*. L'esercizio di tale discrezionalità risulta, inoltre, soggetta al sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo, il quale ha la possibilità di conoscere sia della mancata accettazione degli impegni, lamentata dalle imprese coinvolte nel procedimento d'indagine, sia dell'accettazione degli impegni, che invece potrebbe essere contestata dalle imprese controinteressate rispetto a quelle assoggettate al procedimento istruttorio. Il giudice può anche sindacare se la valutazione degli impegni effettuata dall'Autorità è avvenuta nel rispetto del principio di proporzionalità e, dunque, secondo i criteri della idoneità, necessità ed adeguatezza (51).

In virtù di tali considerazioni, il giudice ritiene che, nel caso in esame, l'Autorità aveva il potere di adottare decisioni con impegni con conseguente chiusura dell'istruttoria, senza un accertamento dell'infrazione, pur nel-

(50) Il richiamo è al provvedimento AGCM n. 14388 del 15 giugno 2005 – caso Merck principi attivi, con cui l'Autorità aveva fatto uso dei poteri cautelari antitrust, prima dell'adozione della normativa nazionale. Tale provvedimento è stato confermato dal Tar Lazio, I, n. 1713/2006, secondo cui il reg. Ce n. 1/2003, art. 5, ha attribuito un autonomo potere cautelare in capo all'AGCM. Si veda anche TAR Lazio, I, 7 marzo 2006, n. 6629, con cui il Giudice ammette l'uso di poteri cautelari in capo all'AGCM. I poteri cautelari della Commissione sono, invece, previsti all'art. 8 del regolamento CE. Sul caso Merck si veda G. FAELLA, *Il caso Merck*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2006. Sui poteri cautelari, si veda G. OLIVIERI, *I nuovi poteri cautelari dell'Agcm tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2007, n. 1, ora anche in *I nuovi strumenti di tutela antitrust*, cit. 33 ss.

(51) Il principio di proporzionalità, cardine dell'ordinamento comunitario, entra nel nostro ordinamento grazie all'art. 1 della l. n. 241/1990, come modificato dalla l. n. 15/2005, e grazie all'elaborazione giurisprudenziale del giudice amministrativo. In materia d'impegni, il Tribunale di Primo grado delle Comunità Europee, 11 luglio 2007, Alrosa Company c. Commissione UE, T-170/06, ha annullato la decisione della Commissione europea con cui erano stati resi obbligatori gli impegni presentati da De Beers, in quanto la valutazione discrezionale degli impegni deve essere necessariamente condotta nel rispetto del principio di proporzionalità.

l'assenza di una disciplina nazionale in tal senso. Tuttavia, il giudice ritiene corretta la tesi dell'Autorità secondo cui il potere di valutare gli impegni delle imprese può essere esercitato con ampi margini di discrezionalità, tanto più che al momento dell'adozione dell'impugnato provvedimento non era sanzionabile il mancato rispetto degli impegni. Il giudice, infine, ritiene che nel caso in esame sia da escludere l'applicabilità concreta di una decisione di accettazione di impegni, in quanto l'illecito verificato è stato qualificato e accertato come molto grave. Il giudice giunge a una tale conclusione ragionando sulla *ratio* del considerando n. 13 del reg. 1/2003 e sulla prassi comunitaria, secondo cui le decisioni concernenti gli impegni non sono opportune nei casi in cui la Commissione (in questo caso, l'Autorità nazionale) intende comminare un'ammenda, ovvero nei casi di gravi infrazioni delle norme sulla concorrenza. In particolare, *l'applicabilità delle decisioni con impegni alle ipotesi meno gravi di lesione della concorrenza avrebbe il fine di evitare che l'accettazione degli impegni diventi solo un modo per evitare la sanzione, con conseguente diminuzione dell'efficacia deterrente*. Nel caso di specie, dunque, gli impegni presentati dalle società petrolifere, pur astrattamente ammissibili, non possono essere concretamente presi in considerazione a fronte dell'accertamento di un'intesa gravemente restrittiva della concorrenza, avente per oggetto e per effetto la ripartizione del mercato della fornitura di *jet fuel* e l'impedimento all'ingresso di nuovi operatori (intesa *hard core*).

Esclusa l'applicabilità al caso di specie di decisioni con impegni al fine della chiusura dell'indagine antitrust, il giudice amministrativo si occupa degli impegni proposti dalle società al fine della graduazione della sanzione (52). L'Autorità aveva già valutato gli impegni proposti come manifestazione di collaborazione, con conseguente riduzione della sanzione pecuniaria inflitta e con specifica considerazione della posizione di ciascuna società coinvolta. Il giudice, sia di primo che di secondo grado, ritiene corretta la valutazione discrezionale operata dall'Autorità sugli impegni proposti, confermando, dunque, il *quantum* disposto.

Le società petrolifere censuravano in appello che l'annullamento giudiziale delle misure strutturali imponeva una rivalutazione del giudice sugli impe-

(52) In base all'art. 11 della legge n. 689/1981, applicabile alle sanzioni antitrust in virtù del richiamo contenuto nell'art. 31 della legge n. 287/90, nella determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria si può tener conto dell'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione. In via di prassi, l'Autorità nazionale, pur avendo accertato l'infrazione, ha valutato gli impegni proposti dalle imprese al fine di ridurre la sanzione. Il giudice amministrativo ha riconosciuto la legittimità di alcune decisioni dell'Antitrust di ridurre le sanzioni a fronte di impegni presentati nel corso di un procedimento istruttorio. In particolare, si veda Cons. Stato, VI, n. 4001/2002; Cons. Stato, VI, n. 3408/2005; Cons. Stato, n. 1397/2006; Cons. Stato, VI, n. 1271/2006, in cui la Sezione ha interpretato restrittivamente l'art. 11 della legge n. 689/1981 con riferimento ai procedimenti antitrust, affermando che gli impegni validi per il futuro non sono idonei a essere apprezzati quale circostanza attenuante dell'abuso già consumato, riferendosi il citato art. 11 agli impegni relativi agli abusi progressivi

gni strutturali e/o comportamentali presentati. Il giudice di secondo grado, dopo aver affermato che gli impegni e i rimedi strutturali si pongono su due piani diversi, ritiene che a fronte dell'annullamento giurisdizionale della misura strutturale imposta dall'Autorità, non è legittimo chiedere una rivalutazione degli impegni. Secondo il giudice, infatti, il contenuto della diffida e gli impegni si pongono su due piani diversi, in quanto la diffida non costituisce uno strumento per imporre misure estranee al contenuto dell'illecito accertato, mentre gli impegni possono anche riguardare misure estranee al contenuto della diffida. Alla diversità di contenuti consegue che *l'annullamento delle misure strutturali non travolge le considerazioni svolte dall'Autorità con riguardo agli impegni proposti dalle parti, anche laddove con tali valutazioni sia stata espressa una preferenza per gli impegni strutturali.*

Infine, il giudice si pronuncia sulla contestata disparità di trattamento nella valutazione degli impegni presentati dalla maggior parte delle società petrolifere rispetto a quello presentato da Total S.p.A., valutato positivamente dall'Antitrust (53). Secondo il giudice, non sussiste nel caso di specie una tale disparità di trattamento, in quanto gli impegni di Total hanno riguardato non comportamenti futuri, ma concrete determinazioni idonee a consentire il superamento delle barriere all'accesso nel mercato del *jet fuel*. Si tratta, infatti, di un impegno ben diverso da quelli proposti dalle altre imprese, idoneo ad attenuare le conseguenze dell'illecito antitrust posto in essere. Le altre imprese avrebbero dovuto proporre impegni caratterizzati da maggiore concretezza e da un *quid pluris* rispetto alla semplice promessa di ottemperare al disposto dell'Autorità. In definitiva, gli appelli delle società petrolifere nella parte in cui lamentavano l'inadeguata valutazione fatta dall'Autorità con riguardo agli impegni proposti, la disparità di trattamento e l'insufficiente peso attribuito allo sforzo collaborativo sostenuto, sono respinti perché ritenuti dal giudice privi di fondamento.

3.3. Le misure comportamentali, i rimedi strutturali e il sindacato giurisdizionale

La violazione della normativa antitrust, sia nazionale che europea, potrebbe derivare non solo da specifiche condotte anticoncorrenziali, ma anche dall'assetto strutturale delle imprese operanti in un medesimo mercato. Nel caso di specie, l'intesa restrittiva della concorrenza, vietata ai sensi dell'art. 81 Tr., si era realizzata soprattutto grazie allo scambio d'informazioni tra le imprese di stoccaggio e messa a bordo (Disma, Seram, Hub, Par, Rai), compartecipate dalle società petrolifere oggetto d'indagine. Ai fini del-

(53) Si vedano in proposito i paragrafi 283-288; 301-303;383. L'Autorità ha disposto, inoltre che l'impegno assunto da Total abbia un carattere stabile nel tempo e ha inflitto alla società la sanzione pecuniaria più bassa, dal momento che risulterebbe l'unica società, partecipante all'intesa restrittiva della concorrenza ad aver posto in essere un vero e proprio ravvedimento operoso.

l'eliminazione dell'infrazione, l'Autorità ha imposto alle società petrolifere di aprire il capitale sociale di tutte le imprese comuni a soggetti terzi, quali le compagnie aeree, in capo alle quali è ragionevolmente predicabile la presenza di diversi o contrapposti interessi. L'imposizione di una diversa configurazione azionaria delle imprese comuni di stoccaggio e messa a bordo costituisce una misura strutturale, che incide direttamente sulla struttura societaria e indirettamente sull'assetto del mercato per il rifornimento dell'avio carburante.

L'Autorità antitrust ha imposto alle società petrolifere anche una misura comportamentale, disponendo nuove modalità di conduzione delle imprese comuni tali da assicurare la piena autonomia gestionale dalle società madri (le società petrolifere) (54). Di particolare interesse risulta innanzitutto la questione della configurabilità di un potere dell'AGCM di ricorrere a rimedi strutturali e comportamentali, in assenza di una normativa nazionale in tal senso. In secondo luogo, è utile verificare la posizione del giudice amministrativo al riguardo e il tipo di sindacato concretamente esercitato, considerando che l'obiezione di fondo dell'AGCM è l'ingerenza del giudice amministrativo nella discrezionalità dell'amministrazione.

(54) La tesi difensiva delle società petrolifere e delle imprese comuni al riguardo s'incarna sulla carenza di potere dell'Autorità ad emettere misure sia strutturali che comportamentali, in quanto nessuna disposizione normativa, nazionale o comunitaria, legittimerebbe l'emanazione di prescrizioni come quelle del caso in esame. In particolare, l'attività delle Autorità indipendenti soggiace al principio di legalità, con conseguente preclusione per l'adozione di atti atipici, non sorretti da adeguata base normativa. Inoltre, nel caso di specie le misure comportamentali imposte dall'Autorità esproprierebbero i soci delle imprese comuni della loro autonomia negoziale, collocando i medesimi in una entità non solo diversa da quella che avevano ipotizzato, ma non corrispondente persino ai modelli previsti dal codice civile; in tale contesto le imprese comuni vedrebbero limitata la propria autonomia imprenditoriale, con riferimento alle strategie di impresa, alla nomina delle figure chiave del proprio management ed allo svolgimento delle attività quotidiane, senza un corrispondente potere dell'Autorità, riconducibile agli articoli 12, 13, 14 e 15 della legge n. 287/90 (diverso essendo il regime delle intese restrittive e dell'abuso di posizione dominante, rispetto a quello delle concentrazioni, ex artt. 6 e 18 della medesima legge n. 287/90). In conclusione, l'Autorità avrebbe avuto solo poteri di inibitoria della condotta lesiva, mentre avrebbe dovuto essere lasciata alle parti interessate la scelta delle iniziative concrete per conformarsi alla diffida. La tesi difensiva dell'AGCM, invece, si basa sulla possibilità che il potere di diffida per illeciti antitrust, ex art. 15 della legge n. 287/90, si estrinsechi in misure correttive di carattere sia comportamentale che strutturale. Inoltre, non vi sarebbe alcuna violazione dei principi di proporzionalità e adeguatezza, in quanto nel caso di specie si tratterebbe solo una misura strutturale di risultato, con possibilità per le imprese petrolifere di scegliere le iniziative e le soluzioni più idonee, per eliminare la propria compresenza nelle imprese comuni, senza alcun dissolvimento di queste ultime. Infine, l'Autorità deduce di avere attentamente considerato i rimedi alternativi e la gravosità di quelli comminati, sia nell'ambito del più generale contesto della valutazione dell'intesa illecita e del ruolo che vi hanno avuto le società comuni, sia con specifico riguardo alle proposte formulate dalle società petrolifere negli impegni. Rileva, altresì, che le misure comportamentali applicate (lettera *d* della determinazione) sarebbero insufficienti.

Allo stato attuale, l'art. 7 del reg. Ce n. 1/2003, prevede solo per la Commissione UE il potere di ricorrere ai rimedi strutturali e comportamentali per porre fine all'infrazione accertata, mentre l'art. 5 del medesimo regolamento non prevede lo stesso potere in capo alle autorità nazionali. Secondo il Consiglio di Stato, inoltre, i poteri delle autorità nazionali indicati dall'art. 5 del Reg. n. 1/03 sono immediatamente esercitabili da queste, mentre le ulteriori misure previste dagli artt. 7 e ss., che si riferiscono alla sola Commissione, necessitano di un intervento normativo interno. Considerando, infine, che nella legge n. 287/1990 non è previsto tra i poteri sanzionatori antitrust quello di comminare misure strutturali o comportamentali, sembrerebbe che l'AGCM non possa imporre né misure strutturali, né comportamentali, fino a che non intervenga una disposizione nazionale in tal senso.

Nonostante tali considerazioni, il giudice amministrativo, sia di primo che di secondo grado, annulla il provvedimento antitrust solo nella parte relativa alle misure strutturali, riconoscendo, quindi, implicitamente il potere dell'AGCM di comminare le misure comportamentali. Inoltre, il giudice amministrativo annulla la parte del provvedimento sulle misure strutturali, non tanto per la carenza di potere in capo all'Autorità, quanto perché le misure disposte risultano sproporzionate e non adeguatamente motivate rispetto all'imposizione delle misure comportamentali, disposte solo in via temporanea. Anche con riferimento alle misure strutturali, dunque, il giudice amministrativo sembra ammettere implicitamente il potere dell'Autorità antitrust di disporle, pur in assenza di una specifica disposizione normativa nazionale (55).

La tesi del giudice amministrativo è che il potere di adottare misure strutturali e comportamentali è compreso nel generale potere di diffida dell'antitrust, di cui all'art. 15 legge n. 287/1990. In particolare, le misure comportamentali sarebbero necessarie ai fini dell'ottemperanza alla diffida *non essendo, in caso contrario, in alcun modo verificabile (se non a distanza di molto tempo e in base all'andamento generale del mercato) il superamento dei patti occulti, indirizzati al sovvertimento della libera concorrenza*. La diffida, infatti, è volta all'eliminazione delle infrazioni (art. 15 della legge n. 287/90) o alla cessazione delle stesse (art. 5 del Reg. CE n. 1/03), per cui può implicare sia la rimozione, ove possibile, delle conseguenze anticoncorrenziali dell'intesa, sia la prescrizione per le imprese di astenersi dal porre in essere analoghi comportamenti *pro futuro* (56).

(55) Secondo Cons. Stato, 594/2008 *non costituisce oggetto di giudizio, in assenza di appello incidentale sul punto, la questione, risolta in senso favorevole dal Tar, relativa all'ammissibilità dell'imposizione in sede di diffida di rimedi strutturali in assenza del recepimento nella normativa interna della previsione contenuta nell'art. 7 del Reg. n. 1/2003, fermo restando quanto detto in precedenza sul punto. L'oggetto del giudizio è, quindi limitato alla proporzionalità di tali misure, ritenuta insussistente dal giudice di primo grado*. Tale argomentazione potrebbe risultare contraddittoria, dato che una pronuncia sulla proporzionalità della misura strutturale implica necessariamente la considerazione positiva dell'esercizio del relativo potere.

(56) Già in tal senso, Cons. Stato, VI, n. 926/2004, Buoni pasto Consip. Sul carattere atipico del potere di diffida si veda, inoltre, Cons. Stato, VI, n. 5368/04.

Il potere di adottare i rimedi comportamentali, disposti nel caso in esame, risulta implicito nel contenuto della diffida, avente lo scopo di intimare alle imprese di astenersi per il futuro dagli accertati comportamenti anticoncorrenziali (57). Ne consegue che l'adozione di misure comportamentali costituisce logico corollario del carattere atipico del potere di diffida e legittima applicazione del principio teleologico dell'effetto utile, dato che consente un intervento dell'Autorità antitrust flessibile e adeguato per un'effettiva tutela della concorrenza.

In relazione ai rimedi strutturali, il giudice amministrativo ritiene, *a priori*, che incidano sul diritto di proprietà e di impresa in modo più penetrante rispetto alle misure comportamentali. Il giudice amministrativo effettua, dunque, un giudizio di valore, considerando più onerose e più pervasive le misure strutturali, se confrontate con quelle comportamentali, manifestando implicitamente una preferenza per queste ultime (58). Il giudice amministrativo ha, dunque, manifestato la propria preferenza per le misure correttive comportamentali, diverse da quelle concretamente stabilite e preferite dall'Autorità nel caso di specie, ovvero quelle strutturali. Tuttavia, l'art. 7 e il dodicesimo considerando del reg. CE 1/2003 prevedono che *i rimedi strutturali possono essere imposti solo quando non esiste un rimedio comportamentale parimenti efficace o quando un rimedio comportamentale parimenti efficace risulterebbe più oneroso, per l'impresa interessata, del rimedio strutturale* (59).

(57) Nella sentenza 423/2008, il Consiglio di Stato rileva che *le misure comportamentali, di cui al punto d) del provvedimento sono meramente esplicative di limiti, ritenuti discrezionalmente insuperabili, perché il possesso delle imprese comuni da parte delle società petrolifere non si traduca in strumento per l'alterazione delle regole di mercato. In tale ottica, evidentemente, non vi è ragione – né logica, né testuale – perché le regole di condotta indicate, alla cui concreta definizione debbono concorrere le società interessate, debbano avere carattere suppletivo e temporaneo, spettando ai soggetti coinvolti trovare, nel proprio interesse, modalità di azione idonee a rimuovere le deviazioni registrate dall'Autorità Garante, di cui permane il controllo.*

(58) In particolare, nelle sentenze 421 e 423/2008, è stabilito che *l'art. 15 della più volte ricordata legge n. 287/90, nonché l'art. 5 del Reg. CE n. 1/03 appaiono testualmente finalizzati alla eliminazione delle infrazioni ed alla cessazione delle medesime e non consentono, ad avviso del Collegio, di aggiungere all'ordine di rimozione della condotta anti-giuridica una modifica strutturale del sistema, ove non strettamente funzionale alle finalità anzidette (come appunto escludendo nel caso di specie – con intervento limitativo dell'autonomia privata – che delle società possano costituirne altre in compartecipazione). Non può ritenersi, come sostenuto dall'Autorità Garante, che la dismissione delle quote di cui trattasi sia soltanto una ulteriore misura comportamentale “di risultato”: tale argomentazione risulterebbe sostenibile solo in presenza di una mera possibilità di dismissione delle quote fra le altre misure previste (o proponibili dalle stesse società), mentre la fissazione di una scadenza temporale inderogabile ed il tenore del provvedimento impugnato implicano, viceversa, che venga di fatto introdotta una nuova regola restrittiva circa il possesso delle infrastrutture logistiche da parte delle ricordate società petrolifere.*

(59) La Commissione CE ha adottato rimedi strutturali anche prima dell'entrata in vigore dell'art. 7 del Reg. CE 1/03; si veda in proposito il caso *Gillette*, nel quale la Commissione impose all'operatore in posizione dominante la dismissione di un partecipa-

È evidente, dunque, la neutralità della normativa comunitaria rispetto alla scelta tra le misure strutturali e quelle comportamentali, dato che anche queste ultime possono essere particolarmente onerose e pervasive, a seconda delle circostanze del caso concreto. L'indagine sulla maggiore onerosità di una misura correttiva innanzitutto spetterebbe all'Autorità amministrativa e si dovrebbe svolgere caso per caso, all'esito di una valutazione approfondita in termini di efficacia nel far cessare gli effetti dell'infrazione accertata. Il giudizio di valore favorevole alle misure comportamentali, espresso dal giudice amministrativo nel caso di specie, sembrerebbe contrario alla *ratio* della normativa europea sulla concorrenza (60).

Dopo aver stabilito in via pretoria la maggiore onerosità delle misure strutturali, il Consiglio di Stato conduce il sindacato giurisdizionale su tali misure alla stregua del paradigma della proporzionalità e della ragionevolezza, nell'ottica del principio del "giusto mezzo". In particolare, il sindacato sulla proporzionalità della misura strutturale concretamente adottata, prevede l'analisi dei già noti profili: l'idoneità, riguardante il rapporto tra il mezzo adoperato e l'obiettivo perseguito, la necessità, ovvero l'assenza di qualsiasi altro mezzo idoneo ma tale da incidere in misura minore sulla sfera del singolo e l'adeguatezza o tollerabilità della restrizione per il privato (61).

zione di minoranza in una società concorrente Decisione della Commissione, *Warner-Lambert/Gillette and BIC/Gillette*, GUCE 1993 L 116, pag. 21. Secondo il giudice, nella sentenza 422/2008, *non si tratta, di un caso di misura strutturale imposta prima dell'entrata in vigore dell'art. 7 del Reg. Ce n. 1/03, che attribuisce alla sola Commissione il potere di imporre tali misure, ma di una misura di cessione di determinate quote, determinata da condotte illecite, consistenti proprio nell'acquisto di quote societarie ed attività.*

(60) Maggiormente aderenti alla *ratio* di neutralità della normativa comunitaria nella scelta delle sanzioni antitrust risultano le pronunce del giudice di primo grado. Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sezione I, sentenza 27 febbraio 2007 n. 1745 secondo cui *l'Autorità garante della concorrenza, conformemente al Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, può adottare le misure sanzionatorie di carattere "comportamentale" che si risolvono nell'imposizione di una condotta – eventualmente suscettibile di essere articolata in una pluralità di comportamenti – volta ad eliminare la dimostrata presenza di elementi aventi rilevanza concretamente distorsiva ai fini concorrenziali, ovvero, misure di carattere strutturale che dimostrano, nella loro astratta configurazione, una più pervasiva valenza, attesa la loro idoneità ad incidere sul regime proprietario sottostante alle strutture societarie, attraverso la prescrivibilità di comportamenti puntualmente veicolati dall'esigenza di diversamente configurare (quando non, addirittura, di dismettere) partecipazioni sociali in atto vantate e/o detenute...in primo luogo, l'opzione verso una misura "comportamentale", ovvero "strutturale" deve avvenire verificando quale, fra l'uno – o l'altro – dei diversi tipi di sanzione, sia intrinsecamente idoneo al raggiungimento dello scopo perseguito; laddove, invece, fra essi dovesse dimostrarsi concretamente sussistente un rapporto di alternatività, allora il secondo step della scelta dovrà risolversi all'interno della verifica della minore onerosità della misura e, comunque, della migliore adeguatezza di essa rispetto all'assetto al quale si intenda pervenire; comunque imponendosi, all'interno (ed a seguito) della intervenuta scelta verso uno dei due ordini di misure di cui sopra, di attuarne l'applicazione con carattere di proporzionalità rispetto alla condotta che si intenda sanzionare (evitando, quindi, che essa trasmodi verso l'imposizione di obblighi aventi connotazione ingiustificatamente afflittiva).*

Nel caso di specie, il giudice rileva il mancato rispetto del principio di proporzionalità da parte dell'Autorità amministrativa in virtù dell'assenza, all'interno delle valutazioni operate dall'AGCM, di una motivata valutazione di inefficacia dei rimedi comportamentali comminati e di una comparazione fra i rimedi strutturali e comportamentali in termini di "onerosità" a carico delle imprese interessate. Ad avviso del Consiglio di Stato, inoltre, il sindacato giurisdizionale sulle sanzioni si può estendere all'analisi di soluzioni praticabili, ma effettivamente non praticate dall'Autorità. È evidente che il controllo sulla proporzionalità consente al Consiglio di Stato un sindacato intrinseco piuttosto penetrante sull'esercizio di poteri sanzionatori antitrust, in quanto il giudice amministrativo può ripercorrere le valutazioni svolte dall'AGCM alla luce dell'idoneità, adeguatezza, necessità delle sanzioni irrogate, potendo anche controllare se l'Autorità ha ommesso di valutare soluzioni alternative astrattamente possibili e maggiormente adeguate a rimuovere gli effetti anticoncorrenziali con riferimento allo specifico mercato rilevante. È chiaro che non si tratta di un'ipotesi di giurisdizione di merito, in quanto il giudice amministrativo non può adottare, in sostituzione all'Autorità, misure diverse da quelle comminate.

Un ulteriore profilo sollevato dalle società petrolifere, particolarmente interessante, è la contraddittorietà intrinseca nell'adozione di misure strutturali nei confronti di imprese comuni, la cui compagine sociale è stata previamente autorizzata dalla stessa AGCM. L'Antitrust si difende ritenendo in contestazione non tanto la mera costituzione delle imprese comuni, quanto l'illecito utilizzo delle stesse da parte delle società petrolifere. L'Autorità, inoltre, irroga misure strutturali in quanto il mantenimento della compresenza delle società petrolifere nelle imprese comuni sarebbe incompatibile con l'eliminazione dell'infrazione. Dato che la condotta illecita è costituita da un uso distorto delle imprese comuni, il Consiglio di Stato ritiene che il contenuto della diffida non può consistere nell'eliminazione delle imprese comuni, ovvero nell'eliminazione della compresenza delle società petrolifere nelle imprese comuni, ma solo nell'ordine di cessare i comportamenti che hanno consentito la realizzazione dell'intesa illecita, con particolare riguardo allo scambio di informazioni sensibili.

Alla luce di tali considerazioni, il giudice amministrativo annulla il provvedimento dell'Antitrust nella parte riguardante le misure strutturali, perché ritiene che le prescrizioni consentite all'AGCM nel caso di specie possano riguardare solo le modalità di gestione delle imprese comuni ed i rapporti

(61) Nello stesso senso v. Cons. Stato, VI, sentenza n. 1736/07. Il sindacato sulla proporzionalità è consentito al giudice anche grazie al richiamo formale dell'art. 1 legge n. 241/1990 e s.m. al principio del diritto comunitario. Secondo Cons. Stato, VI, sent. n. 423/2008, *il principio di proporzionalità deve considerarsi commisurato alla mera rimozione delle condotte antigiuridiche, nei termini di cui al predetto art. 15 della legge n. 287/90. Bisogna condividere l'interpretazione che riconduce il principio di proporzionalità agli stretti limiti applicativi di tale disposizione.*

con le società controllanti, senza poter, invece, intaccare le modalità costitutive delle *joint ventures*, già ritenute legittime in sede autorizzatoria.

4. Conclusioni

In conclusione, le recenti sentenze sulla vicenda *jet fuel* evidenziano la volontà del giudice amministrativo di affrontare senza timore questioni tecnico-economiche particolarmente complesse, rimesse in prima battuta all'Autorità garante della concorrenza. In particolare, il sindacato intrinseco, il vaglio sull'eccesso potere e il controllo di proporzionalità, consentono al giudice di penetrare nel vivo delle vicende economiche e di contribuire alla costruzione di un mercato nazionale concorrenziale, necessario per garantire la concorrenza del mercato europeo.

L'esigenza di garantire la concorrenza a livello comunitario, la necessità che le giurisdizioni nazionali implementino il diritto antitrust insieme alle autorità garanti (art. 15 e 16 del reg. 1/2003), l'influenza dell'approccio sostanzialista della giurisprudenza europea, legittimano il giudice amministrativo nazionale a estendere la propria cognizione in materia antitrust e a rafforzare gli strumenti di tutela, anche nell'ottica di un'applicazione uniforme del diritto comunitario.

L'analisi svolta sul sindacato del giudice amministrativo, sotto il profilo delle valutazioni tecniche e dei poteri sanzionatori dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, consente di evidenziare la costante tensione tra due opposte esigenze nella materia antitrust. Da un lato, il giudice amministrativo non si vuole appiattare sulle tesi dell'Autorità pubblica di settore, adottando un atteggiamento di totale *deference*. A tal fine, il giudice ha superato la distinzione tra sindacato forte e debole a favore di un sindacato intrinseco effettivo e penetrante. Dall'altro lato, però, il giudice amministrativo si preoccupa di non sviluppare un'autonoma *policy* delle concorrenza, diventando un regolatore di seconda istanza, pur potendo entrare nel merito delle sanzioni pecuniarie irrogate.

INDICI SISTEMATICI

1. ARTICOLI, NOTE, DOTTRINA, RECENSIONI

DIEGO AROCCHI, <i>Applicabilità della normativa della Regione Friuli Venezia Giulia in materia di lavori pubblici</i> pag.	159
GIUSEPPE ARPAIA, <i>Clausola compromissoria nulla per contrasto con norme imperative ed inserzione automatica di clausole</i> »	281
MAILA BEVILACQUA, <i>La responsabilità ambientale da cosa in custodia</i> »	347
VALERIA CAMILLI, RITA TUCCIO, dossier: <i>Ingresso - soggiorno dello straniero e tutela dell'ordine pubblico: il problema dell'effetto delle precedenti condanne penali</i> »	133
MARIA ANTONIA CHIECO, <i>Violazione alla concorrenza - Imputazione responsabilità in caso di successione di imprese: il caso tabacchi italiani</i> »	114
CINZIA F. CODUTI, <i>La centralità del rischio nella concessione di servizio pubblico</i> »	298
ROBERTO COLLACCHI, <i>Annotazione dei dati nel casellario imprese: disapplicazione della delibera di esclusione dalla gara di appalto</i> »	289
FEDERICO DINELLI, <i>Ancora "organi dello Stato con personalità giuridica"? »</i>	188
MAURIZIO FIORILLI, <i>Sentenze rese dalla Corte di giustizia nell'anno 2007, cause che hanno interessato l'Italia. Breve sintesi</i> »	15
OSCAR FIUMARA, <i>Discorso dell'Avvocato Generale dello Stato in occasione della Cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario – Roma, 25 gennaio 2008</i> »	1
OSCAR FIUMARA, PAOLO GENTILI, <i>Aspetti giuridici del multilinguismo – Intervento dell'Avvocato Generale al convegno tenutosi nella sede della Accademia della Crusca. Firenze, 10 maggio 2008</i> »	11
RICCARDO GAI, <i>Alcune riflessioni sulla tutela giurisdizionale nei confronti delle Autorità amministrative indipendenti</i> »	364
DAVIDE GIOVANNELLI, <i>Lex est araneae tela: l'esercizio della giurisdizione U.S.A. e l'accertamento delle violazioni dello ius in bello</i> »	262

GREGORIO MATTERA, <i>Intermediazione finanziaria e violazione degli obblighi di informazione</i>	pag. 378
ALFONSO MEZZOTERO, GIUSEPPE ZUCCARO, <i>La notificazione della sentenza di primo grado all'amministrazione statale costituita personalmente ex art. 417 bis c.p.c.: la Cassazione non persuade</i> »	208
FLAVIA PIQUÈ, <i>I reati ambientali: le problematiche emerse di recente in materia di sequestro</i> »	244
VALERIA SANTOCCHI, dossier: <i>L'autorizzazione del Prefetto agli Istituti di vigilanza</i> »	77
SUSANNA SCREPANTI, <i>Il sindacato del Giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche e sui poteri sanzionatori dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato</i> »	393
GIUSEPPE STUPPIA, <i>L'inammissibilità del regolamento preventivo di giurisdizione nei procedimenti cautelari</i> »	184

2. SENTENZE

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE

Sent. 13 dicembre 2007 nella causa C-465/05 »	84
Sent. 11 dicembre 2007 nella causa C-280/06 »	124

CORTE COSTITUZIONALE

Sent. 23 novembre 2007 n. 401 »	166
Sent. 14 dicembre 2007 n. 431 »	181

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

Sez. I penale, sent. 8 settembre 2006 n. 29855 »	256
Sez. III penale, sent. 12 giugno 2007 n. 22826 »	258
SS.UU., ord. 20 giugno 2007 n. 14293 »	186
SS.UU., sent. 8 febbraio 2008 n. 3004 »	205
Sez. lav., sent. 22 febbraio 2008 n. 4690 »	234

CORTE D'ASSISE DI ROMA

Sez. III, sent. 25 ottobre 2007- 3 gennaio 2008 n. 21 »	269
---	-----

ARBITRO UNICO

Lodo Napoli 24-26 novembre 2007 »	282
---	-----

CONSIGLIO DI STATO

Sez. VI, dec. 27 giugno 2007 n.3704 »	291
Sez. IV, sent. 5 settembre 2007 n. 4647 »	100
Sez. V, sent. 15 gennaio 2008 n. 36 »	299
Sez. VI, sent. 8 febbraio 2008 n. 415 »	151
Sez. VI, 13 marzo 2008 n. 1031 »	154

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DELL'UMBRIA Perugia, sez. I, sent. 6 giugno 2007 n. 505	<i>pag.</i> 156
---	-----------------

3. ARGOMENTI

AMBIENTE E CONSUMATORI – Reati ambientali – Sequestro di siti inquinati – Effetti sul decorso della prescrizione del diritto al risarcimento del danno ambientale »	258
AMBIENTE E CONSUMATORI– Reati ambientali – Sequestro di siti inquinati – Incidenza sulla cessazione della permanenza del reato di omessa bonifica . . »	258
AMBIENTE E CONSUMATORI – Reati ambientali – Sequestro di siti inquinati – Incidenza sulla cessazione della permanenza del reato di omessa bonifica – Responsabilità dello Stato italiano di fronte alla Comunità europea »	258
CLAUSOLA COMPROMISSORIA – Arbitrato – Collegialità dell'organo giudicante – Inserimento di diritto della parola "arbitrato" in luogo di "arbitro unico" nella clausola compromissoria – Artt. 1419, 2° co., e 1339, c.c. – Principio di conservazione del negozio giuridico »	282
CONCORRENZA – Appalti pubblici – Competenze Stato–Regioni – Principio leale collaborazione – Violazione – Insussistenza – Tutela della concorrenza – Competenza statale – Competenza regionale – Limiti »	166
CONCORRENZA – Appalti pubblici – Esecuzione di contratto di appalto di lavori di opere pubbliche – Risoluzione di controversia devoluta ad arbitro unico – Nullità della clausola compromissoria »	282
CONCORRENZA – Appalti pubblici – Leggi regionali – Illegittimità costituzionale – Sussistenza »	181
CONCORRENZA – Applicazione di sanzioni in caso di successione di imprese – Principio della responsabilità personale – Enti dipendenti dalla stessa autorità pubblica – Diritto nazionale che qualifica come fonte di interpretazione il diritto comunitario della concorrenza – Questioni pregiudiziali – Competenza della Corte »	124
GIUSTIZIA E AFFARI INTERNI – Fermo amministrativo – Carenza di potere di AGEA – Questione di giurisdizione – Natura di amministrazione statale di AGEA – Limiti interni della giurisdizione – Inammissibilità »	205
GIUSTIZIA E AFFARI INTERNI –Giurisdizione – Procedimenti cautelari – Regolamento preventivo di giurisdizione – Inammissibilità del ricorso »	186
GIUSTIZIA E AFFARI INTERNI – Giustizia amministrativa – Disapplicazione – Dati casellario imprese – Annotazione – Impugnazione – Giudizio di annullamento – Doppia impugnativa »	291

GIUSTIZIA E AFFARI INTERNI – Pubblica amministrazione – Questioni processuali – Rappresentanza in giudizio in primo grado a mezzo di dipendente della P.A. – Conferimento all’amministrazione pubblica della difesa diretta – Notifica della sentenza di primo grado direttamente allo stesso dipendente – Decorrenza del termine breve per la proposizione dell’appello – Mancanza della sede dell’amministrazione nella circoscrizione del giudice adito – Mancata elezione del domicilio in detta circoscrizione da parte del dipendente – Possibilità di notifica della sentenza di primo grado presso la cancelleria del giudice.	<i>pag.</i>	234
GIUSTIZIA E AFFARI INTERNI – Procedimento penale – Reato commesso fuori dal territorio – Giurisdizione italiana – Carenza »		269
LIBERA CIRCOLAZIONE DELLE PERSONE - Stranieri – Ingresso-soggiorno – Tutela dell’ordine pubblico - Permesso di soggiorno – Diniego del rinnovo per condanna penale »		151
LIBERA PRESTAZIONE DEI SERVIZI – Concessione di servizio pubblico – Procedura di affidamento – Patrimonio stradale – Servizio di gestione, manutenzione e sorveglianza – Centralità del rischio di gestione »		299
LIBERA PRESTAZIONE DEI SERVIZI – Inadempimento di uno Stato – Diritto di stabilimento – Professione di operatore della vigilanza – Servizi di vigilanza privata – Giuramento di fedeltà alla Repubblica italiana – Autorizzazione prefettizia – Sede operativa – Numero minimo di personale – Versamento di una cauzione – Controllo amministrativo dei prezzi dei servizi forniti . . . »		84

4. PARERI, COMUNICAZIONI, CIRCOLARI

A.G.S. – Parere del 5 novembre 2005 n. 146882.

Soggetti passivi dei tributi speciali catastali. Natura del termine per l’azione di accertamento in tema di tributi speciali catastali e tasse ipotecarie (*consultivo 50705/04, avvocato G. Albenzio*) » 309

A.G.S. – Parere del 21 gennaio 2008 n. 8612.

Utilizzo improprio di gasolio agricolo ad uso agevolato. Provvedimento di confisca degli autoveicoli (*consultivo 28129/07, avvocato G. Albenzio*) . . . » 311

A.G.S. – Parere del 21 gennaio 2008 n. 8694.

Causa contro Ministero dell’Economia e delle Finanze e Ministero delle Comunicazioni. Decisione Consiglio di Stato del 16 ottobre 2007, n. 5413/07 (*contenzioso 21860/00, avvocato A. De Stefano*) » 313

A.G.S. – Parere del 28 gennaio 2008 n. 11867.

D.Lgs. 18 settembre 2006, n. 267: “Norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione Sardegna concernente modifiche al decreto del

Presidente della Repubblica 19 maggio 1949, n. 250 in materia di demanio e patrimonio” - Trasferimento all’Ente Parco Nazionale dell’Arcipelago di La Maddalena di beni immobili dismessi dallo Stato (*consultivo 25855/06, avvocato M. Fiorilli*) pag. 316

A.G.S. – Parere del 5 febbraio 2008 n. 16175.

Applicazione interessi sui debiti delle società concessionarie di autostrade nei confronti dello Stato in conseguenza della operatività della garanzia statale in favore delle società medesime per il pagamento delle rate di mutui e di obbligazioni diverse effettuato dal soppresso Fondo Centrale di Garanzia (*consultivo 41464/07, avvocato C. Linda*) » 320

A.G.S. – Parere del 19 febbraio 2008 n. 22979.

Riscossione coattiva dei tributi comunali mediante ingiunzione fiscale ai sensi del Regio decreto 14 aprile 1910 n. 639. Possibilità di iscrizione di ipoteca legale ai sensi dell’art. 77 del d.P.R. 602/1973 e trattamento tributario (*consultivo 13635/07, avvocato C. Colelli*) » 323

A.G.S. - Parere del 19 febbraio 2008 n. 23172.

Contenzioso in materia di invalidità civile – Nuove problematiche sorte in relazione ai giudizi incardinati in data successiva al 1 aprile 2007 (*consultivo 47758/07, avvocato M.Russo*) » 5

Ministero dell’Interno – Circolare 29 febbraio 2008 n. 557/PAS/2731/10089.d(1)

Corte di Giustizia delle Comunità europee – Sent. 13 dicembre 2007 nella causa C-465/05 (Commissione c/Repubblica italiana), concernente l’ordinamento della sicurezza privata. » 102

A.G.S. – Parere del 17 marzo 2008 n. 35666.

Legge 27 dicembre 2006, n. 296: “Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato”, art. 1, commi da 250 a 258 recanti nuove norme in materia di demanio marittimo (*consultivo 2566/08, avvocato C. Colelli*) » 325

A.G.S. – Parere del 20 marzo 2008 n. 37023.

Utilizzo della garanzia nelle operazioni di transito comunitario (*consultivo 2571/08, avvocato G. Albenzio*) » 329

A.G.S. – Parere del 9 aprile 2008 n. 45266.

Mutui erogati da Enti, Istituti, fondi e casse previdenziali per l’acquisto di case di abitazione – Applicabilità degli artt. 15,17 e 18 del d.P.R. n. 601/1973 – Art. 2, comma 1 bis del DL n. 220/2004, convertito con modificazioni dalla L. n. 257/2004 (*consultivo 40285/07, avvocato A.L. Caputi Iambrenghi*) » 330

A.G.S. – Parere del 10 aprile 2008 n. 46819.

Apparecchiature semaforiche (*consultivo 3330/08, avvocato F.M. Patierno*) . . » 331

A.G.S. – Parere del 14 aprile 2008 n. 48170.

Assegnazione ore di sostegno scolastico per situazione di handicap (*contenzioso 43171/07, avvocato S. Varone*) pag. 334

A.G.S. - Comunicazione di servizio del 23 aprile 2008 prot. 54340 n. 48 – Circolare 23 aprile 2008 prot. 54346 n. 19.

Contenzioso in materia di invalidità civile » 5

A. G. S. – Parere del 9 maggio 2008 n. 62026.

Fondo per il soddisfacimento dei debiti dei partiti e movimenti politici in attuazione dell'art. 6 *bis* della legge 3 giugno 1999, n. 157 (*consultivo 27769/07, avvocato G. Palmieri*) » 337

A.G.S. – Parere del 14 maggio 2008 n. 65178.

Applicazione della sanzione della confisca dei motocicli o ciclomotori utilizzati per commettere reati, introdotta con l'art. 5 *bis* L. 17 agosto 2005, n. 168 (*consultivo 5255/08, procuratore dello Stato A.Vitale*) » 339

A.G.S. – Parere del 26 maggio 2008 n. 70457.

Liquidazione degli usi civici su terre private gravate (*consultivo 16254/08, avvocato F. Lettera*) » 344

ERRATA CORRIGE

A parziale rettifica di quanto indicato in nota all'articolo "Le competenze complementari dal Trattato costituzionale della Comunità europea al Trattato di Lisbona", pubblicato in questa Rassegna, n. 4/07, p. 65, si riportano le esatte qualifiche degli Autori:

Dimitris Liakopoulos, professore a contratto in Diritto internazionale e Diritto dell'Unione europea, Università della Tuscia;

Marco Vita, professore a contratto in Diritto internazionale, Università della Tuscia.

Finito di stampare nel mese di luglio 2008
Stabilimenti Tipografici Carlo Colombo S.p.A.
Via Roberto Malatesta n. 296 - Roma