

ANNO LX – N. 3

LUGLIO SETTEMBRE 2008

RASSEGNA
AVVOCATURA
DELLO STATO

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE DI SERVIZIO



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

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

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

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

SEGRETERIA DI REDAZIONE: *Francesca Pioppi e Antonella Quirini*

GESTIONE DISTRIBUZIONE E ABBONAMENTI: *Antonella Quirini*

HANNO COLLABORATO INOLTRE AL PRESENTE FASCICOLO: *Giacomo Aiello – Giuseppe Albenzio – Roberto Antillo – Massimo Bachetti – Alessandra Bruni – Valeria Camilli – Wally Ferrante – Sergio Fiorentino – Carolina Layek – Dimitris Liakopoulos – Giuseppe Mancini – Alessandro Nastro – Tiziana Pica – Daniele Rosato – Matteo Tullio Maria Rubera - Liliana Tessaroli.*

E-mail:

giuseppe.fiengo@avvocaturastato.it – tel. 066829313

maurizio.borgo@avvocaturastato.it – tel. 066829597

francesca.pioppi@avvocaturastato.it – tel. 066829431

antonella.quirini@avvocaturastato.it – tel. 066829205

Per abbonamenti ed acquisti inviare copia della quietanza di versamento di bonifico bancario o postale a favore della Tesoreria dello Stato specificando: codice IBAN: IT 60L 01000 03245 348 1 10 2368 00, causale di versamento, indirizzo ove effettuare la spedizione, codice fiscale del versante.

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

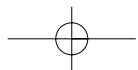
ABBONAMENTO ANNUO € 40,00
UN NUMERO € 12,00

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

Stampato in Italia – Printed in Italy

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

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



INDICE – SOMMARIO

TEMI ISTITUZIONALI

<i>Avvicendamenti alla Corte costituzionale.</i>	<i>pag.</i>	1
<i>Saluto dell'Avvocato generale dello Stato Oscar Fiumara al Presidente uscente della Corte costituzionale Franco Bile e al nuovo giudice Giuseppe Frigo – Corte costituzionale, udienza del 4 novembre 2008</i>		
<i>Saluto dell'Avvocato generale dello Stato Oscar Fiumara al nuovo Presidente della Corte costituzionale Giovanni Maria Flick e al nuovo giudice Alessandro Criscuolo – Corte costituzionale, udienza del 18 novembre 2008</i>		

CONTENZIOSO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE

<i>Dimitris Liakopoulos, Giuseppe Mancini, La direttiva n. 2005/56/CE e la nuova disciplina comunitaria delle fusioni transfrontaliere di società di capitali.</i>		7
<i>Liliana Tassaroli, Dossier - Nuove aperture negli appalti in house e nelle società miste.</i>		32
<i>Daniele Rosato, I servizi pubblici locali alla luce della recente riforma: un passo avanti verso la concorrenza?</i>		71
<i>1.- Le decisioni</i>		
<i>Carolina Layek, Appalti pubblici: legittimazione ad agire singulatum da parte di imprese membri di una associazione temporanea. (Corte di Giustizia CE, sent. 4 ottobre 2007 nella causa C-492/06)</i>		86
<i>2.- I giudizi in corso</i>		
<i>Wally Ferrante, Agricoltura, causa C-343/07.</i>		94
<i>Wally Ferrante, Aiuti di Stato, causa C-415/07</i>		101
<i>Wally Ferrante, Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, causa C-444/07</i>		105
<i>Sergio Fiorentino, Libera prestazione dei servizi, causa C-138/08.</i>		108
<i>Giuseppe Albenzio, Libera circolazione delle merci, causa C-158/08</i>		116
<i>Giuseppe Albenzio, Giustizia e affari interni, cause riunite da C-175/08 a C-179/08</i>		123
<i>Giuseppe Fiengo, Libera prestazione dei servizi, causa C-196/08</i>		131
<i>Giuseppe Fiengo, Ambiente e consumatori, causa C-218/08</i>		134
<i>Giuseppe Fiengo, Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, causa C-261/08</i>		138
<i>Giacomo Aiello, Ambiente e consumatori, causa C-297/08</i>		142
<i>Sergio Fiorentino, Aiuti di Stato, causa T-53/08</i>		156

CONTENZIOSO NAZIONALE

<i>Giuseppe Fiengo, Limiti alla capacità giuridica per le imprese pubbliche che gestiscono servizi pubblici locali (Corte Cost., sent. 1 agosto 2008 n. 326)</i>		167
--	--	-----

Alessandro Nastri, <i>Inderogabilità del foro erariale (anche a fronte di una eccezione incompleta)</i> (Cassaz., sez. III civ., ord. 7 agosto 2008 n. 21413) . . . pag.	181
Massimo Bachetti, Alessandra Bruni, Tullio Matteo Rubera, <i>Le forze multinazionali all'estero e l'immunità penale dei militari: il caso "Calipari"</i> (Corte d'Assise di Roma, sez. III, sent. 25 ottobre 2007 n. 21; Cassaz. Penale, sez. I, sent. 24 luglio 2008 n. 31171) »	184
Valeria Camilli, <i>La natura giuridica degli enti fiera</i> (T.A.R. Lazio, sez. III ter, sent. 1 aprile 2008 n. 2779) »	214
Alessandro Nastri, <i>Obbligo di motivazione sulla valutazione delle prove di concorso: il punteggio alfanumerico non basta</i> (T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, sent. 2 settembre 2008, n. 9992) »	226
PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO »	233
CONTRIBUTI DI DOTTRINA	
Roberto Antillo, <i>Considerazioni critiche e spunti di riflessione sul sistema delle notifiche a mezzo posta (Art. 7 della legge 20 novembre 1982 n. 890, come modificato dall'art. 36, co.2-quater e 2-quinques della legge 28 febbraio 2008 n. 31)</i> »	275
INDICI SISTEMATICI »	283

TEMI ISTITUZIONALI

Avvicendamenti alla Corte costituzionale

Saluto dell'Avvocato generale dello Stato Oscar Fiumara al Presidente uscente della Corte costituzionale Franco Bile e al nuovo giudice Giuseppe Frigo

“Signor Presidente, signori giudici,

È per me ancora una volta un onore ed un piacere porgere, a nome di tutta l'Avvocatura dello Stato e mio personale, un saluto a Lei, signor Presidente Franco Bile, in occasione del Suo commiato dalla Corte a distanza di oltre due anni dall'insediamento al vertice del supremo organo di garanzia costituzionale.

È inoltre un privilegio dare il benvenuto al nuovo giudice costituzionale, Prof. Giuseppe Frigo, eletto con vastissimo consenso parlamentare, grazie al quale l'organico della Corte, che dal maggio 2007 ha lavorato a ranghi ridotti, è stato finalmente ricomposto.

1.1 Le qualità professionali e personali dell'insigne giurista Franco Bile sono state già ampiamente illustrate dal Prof. Flick e, al momento della sua nomina a Presidente della Corte costituzionale nel settembre 2006, avevo già ricordato il suo prezioso contributo scientifico prima quale alto magistrato giunto sino alla carica di Primo Presidente Aggiunto della Corte di Cassazione e poi come componente della Corte costituzionale, in seno alla quale, sin dal novembre 2005, ha ricoperto l'incarico di Vice Presidente.

In questa sede, mi limiterò a ricordare l'autorevole apporto fornito alla giurisprudenza costituzionale e l'equilibrato impulso impresso nell'affrontare le delicate questioni che si sono presentate all'esame della Corte durante il biennio in cui ha ricoperto l'incarico di Presidente.

Si è trattato di un mandato di un certo respiro temporale che ha consentito al Presidente Bile di conferire continuità e stabilità a principi vecchi e nuovi e di interpretare al meglio, a mezzo dei provvedimenti adottati sia in qualità di Presidente che di relatore, l'essenza dell'istituzione di garanzia posta direttamente dalla Costituzione a presidio dei diritti fondamentali dalla stessa proclamati.

L'imparzialità e l'indipendenza di giudizio hanno da sempre caratterizzato la funzione dei giudici costituzionali e il Presidente Bile è stato fedele a tale connaturale vocazione, assicurando alla Corte nel suo complesso quell'altissimo ruolo di custode e garante dei valori costituzionali che celebrano quest'anno il loro sessantennio.

In un sistema che sconta le strutturali carenze dell'amministrazione della giustizia, che assegnano all'Italia il triste primato nella durata dei processi, la Corte costituzionale, sotto la presidenza di Franco Bile, ha registrato un cospicuo aumento dei giudizi definiti, che consente di stimare in meno di un anno i tempi medi di durata del contenzioso costituzionale, anche grazie alla razionalizzazione della formazione del ruolo delle udienze mediante accorpamento di questioni identiche o simili.

Consentitemi una breve carrellata sulle decisioni più rilevanti pronunciate nell'ultimo biennio, quello appunto della presidenza di Franco Bile.

1.2 Tra i giudizi in via incidentale, possiamo ricordare le sentenze in tema di parità tra i coniugi in merito al cognome spettante al figlio legittimo (n. 61/2006 e 254/2006) e quelle in materia di immigrazione e di condizione giuridica degli stranieri non comunitari, che testimoniano l'evoluzione socio-culturale e la graduale apertura delle frontiere di un Paese che storicamente si caratterizzava per la sua forte emigrazione.

Particolarmente significative sono anche le decisioni che hanno tracciato i limiti di ammissibilità dello *spoil system* in ambito statale e regionale (sentenze n. 103/2007 e 104/2007).

In materia penale, hanno rivestito un notevole impatto nella riaffermazione del principio della parità delle parti e, rispettivamente, nella definizione del confine tra tutela della *privacy* ed esigenze processuali, da un lato, le declaratorie di incostituzionalità della inappellabilità da parte del pubblico ministero delle sentenze penali di proscioglimento (sentenze n. 26/2007 e 320/2007) e, dall'altro, la pronuncia in tema di utilizzabilità delle intercettazioni telefoniche nei confronti di indagati non parlamentari quando la conversazione sia avvenuta con un parlamentare (sentenza n. 390/2007).

Particolarmente innovativa è stata inoltre, nel delineare i rapporti e gli equilibri tra poteri dello Stato, la sentenza che, nel solco già tracciato in merito all'illegittimità della reiterazione dei decreti legge, ha sancito la sindacabilità, ad opera della Corte costituzionale, della sussistenza dei presupposti di necessità e urgenza di un decreto legge adottato dal Governo malgrado l'avvenuta conversione in legge da parte del Parlamento (n. 171/2007).

1.3 Nell'ambito del contenzioso regionale (che, come di consueto, ha particolarmente investito le leggi finanziarie, fenomeno che sembra puntualmente riproporsi con la nuova recentissima manovra finanziaria – d.l. 112/08 conv. in legge 133/08), va registrata una netta inversione di tendenza rispetto alla impennata che aveva caratterizzato i giudizi sui conflitti di attribuzione dopo la riforma del titolo V della Costituzione del 2001.

Nel corso del 2007 tali giudizi sono notevolmente diminuiti, tanto da consentire un ritorno alla consueta proporzione tra ricorsi in via principale e ricorsi in via incidentale, probabilmente grazie al graduale adeguamento,

tanto dello Stato quanto delle Regioni, ai principi enucleati dalla giurisprudenza costituzionale, in particolare al canone di leale collaborazione.

Circa i conflitti di attribuzioni tra poteri dello Stato, non si può non accennare alle decisioni, di cui pure è stato attento relatore il Presidente Bile, in tema di insindacabilità delle opinioni espresse dai parlamentari nell'esercizio delle loro funzioni ai sensi dell'art. 68 della Costituzione, notevolmente ridimensionata ove tali opinioni siano state manifestate *extra moenia* in assenza di un nesso funzionale con l'espletamento delle funzioni di parlamentare, come in una testimonianza in un processo penale (sentenza n. 329/2006) o in un articolo pubblicato su un settimanale (sentenza n. 373/2006).

1.4 La Corte costituzionale ha dovuto inoltre confrontarsi con il progressivo allargamento dello scenario in cui è chiamata ad operare, aprendosi ai più vasti orizzonti sopranazionali.

Fermo che il diritto comunitario direttamente applicabile prevale sul diritto interno incompatibile, con il solo limite della sua conformità ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana (da ultimo, sentenza n. 284/2007), la Corte ha per la prima volta affermato, la possibilità per essa di avvalersi, nei giudizi in via principale in cui è giudice unico della questione, del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea, ove sorgano dubbi di conformità della legge interna con la normativa comunitaria, prerogativa prima riservata esclusivamente, dalla stessa Corte, al giudice della causa *a quo*.

In tale contesto, sono altrettanto innovative le sentenze che hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme sui criteri di determinazione dell'indennità di espropriazione (n. 348/2007) e del risarcimento del danno in caso di occupazione appropriativa (n. 349/2007), ritenute non conformi alle disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, da considerarsi "norme interposte" integrative del parametro costituzionale, come interpretate dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Questi brevi cenni alle decisioni che ho ritenuto più significative nell'ultimo biennio rappresentano solo un'esemplificazione della ben più cospicua e complessa opera svolta dalla Corte, nella quale il presidente Bile ha potuto esprimere tutta la sua competenza e il suo equilibrio, lasciando un'impronta particolarmente marcata e duratura.

Grazie, quindi, Presidente Bile, per l'alta opera che Ella ha svolto a beneficio di tutti gli operatori del diritto e dei cittadini. E grazie – mi consenta Signor Presidente – per la Sua preziosa amicizia in questi anni, che mi ha particolarmente onorato.

2.1 Con la nomina del Prof. Giuseppe Frigo, la Corte si arricchisce del bagaglio di esperienza professionale di un eminente giurista, la cui personalità si è espressa autorevolmente nella vita concreta del diritto e nel mondo scientifico, sia come avvocato penalista che come docente universitario. Presidente dell'Unione delle Camere penali per due mandati consecutivi, ha contribuito alla stesura del codice di procedura penale ed è stato promotore della battaglia che ha portato all'inserimento nella Carta costituzionale del

principio del “giusto processo” sancito dal nuovo art. 111, fornendo un contributo decisivo alla definizione della linea di demarcazione tra il potere pubblico e le libertà individuali nell’ambito di un processo improntato al rispetto delle garanzie di imparzialità ed indipendenza.

Autore di numerosi scritti di diritto processuale penale, il Prof. Frigo, dando prova di una spiccata sensibilità internazionalistica, ha nel tempo orientato i suoi studi, i suoi insegnamenti ed i suoi preziosi contributi scientifici nel campo del diritto processuale penale comparato ed europeo, partecipando come relatore alla stesura del disegno di legge delega per l’attuazione in Italia della Decisione quadro del 13 giugno 2002 sul mandato d’arresto europeo.

2.2 Moltissimi i processi di grande rilievo in cui è stato protagonista: fra i tanti, dalla difesa del finanziere Gnutti nel processo per la scalata alla banca Antonveneta, alla costituzione di parte civile nel processo per il sequestro dell’imprenditore Soffiantini, alla difesa di Adriano Sofri per ottenere la revisione del processo per l’omicidio del commissario Calabresi. E in quest’aula – ricordo – ha rappresentato le ragioni del Governo degli Stati Uniti d’America in una questione attinente alla legittimità dell’extradizione verso quel Paese per delitti puniti con la pena capitale.

Grazie alle evidenti doti di equilibrio, al suo eccellente profilo professionale e alla vastissima competenza in un campo del diritto particolarmente delicato e rilevante, il Prof. Frigo certamente contribuirà a consolidare il ruolo insostituibile della Corte costituzionale di garante dei principi che fondano la società civile e lo Stato di diritto.

Al neo giudice e a tutti i suoi componenti, quindi, i miei migliori auguri di buon lavoro a beneficio dell’intera collettività”.

Corte costituzionale, udienza del 4 novembre 2008.

***Saluto dell’Avvocato generale dello Stato Oscar Fiumara al nuovo
Presidente della Corte costituzionale Giovanni Maria Flick e al nuovo
giudice Alessandro Criscuolo***

“Signor Presidente, signori giudici,
rivolgo, a nome di tutta l’Avvocatura dello Stato e mio personale, le più vive congratulazioni al nuovo Presidente della Corte costituzionale Prof. Giovanni Maria Flick e un caloroso benvenuto al nuovo giudice costituzionale eletto dalla Corte di cassazione, il magistrato Alessandro Criscuolo.

1. La vasta e multiforme esperienza professionale del Prof. Flick, sempre improntata all’eccellenza in ogni ruolo ed incarico ricoperto nel corso della brillante carriera di giurista a tutto tondo, ha costituito il naturale titolo per la nomina al vertice del supremo organo di garanzia costituzionale, dopo che lo stesso ha ricoperto da ormai tre anni la carica di Vice Presidente.

Da magistrato requirente e giudicante, a professore universitario di diritto penale e di procedura penale, da avvocato penalista a rappresentante del

Governo italiano nella Convenzione per la redazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il Prof. Flick ha altresì ricoperto la prestigiosa e delicata carica di Ministro Guardasigilli, arricchendo il mondo del diritto con i suoi preziosi contributi scientifici, dispensati nell'esercizio delle funzioni di volta in volta assunte.

La nomina a giudice costituzionale, e ora a Presidente della stessa, sono stati il logico coronamento di un percorso professionale contraddistinto dalla straordinaria capacità di cogliere i mutamenti della società e di adattare la norma astratta all'evoluzione dei tempi. Autore di monografie e di numerosi saggi ed articoli, il campo di elezione del Prof. Flick è stato prevalentemente quello del diritto penale che, più di ogni altra branca del diritto, segna quella cruciale frontiera tra autorità pubblica e libertà individuale del cittadino.

Grazie a questa non comune sinergia di esperienza pratica e di riflessione scientifica, il Prof. Flick ha offerto un insostituibile apporto, in particolare nelle materie del diritto penale dell'economia e della intermediazione finanziaria, della criminalità organizzata, dei diritti della persona e della pubblica amministrazione.

2. Con la nomina di Alessandro Criscuolo, la Corte si è arricchita dell'esperienza professionale sia nel campo civile che in quello penale di un alto magistrato, giunto a ricoprire le cariche prima di Presidente della sesta sezione penale e poi di Presidente della prima sezione civile della Suprema Corte.

Tra i vari ed importanti incarichi istituzionali ricoperti dal giudice Criscuolo, si possono ricordare inoltre quello di componente del Consiglio Superiore della Magistratura, di Presidente supplente del Tribunale superiore delle acque pubbliche e di Presidente dell'Associazione nazionale magistrati.

Autore di diversi scritti, è stato estensore di numerose sentenze, pubblicate su riviste giuridiche, in materia di diritto di famiglia, di diritto societario e fallimentare e di diritto comunitario.

Grazie alle sue evidenti qualità professionali e culturali e alle doti di equilibrio proprie di chi ha sempre operato in veste di terzietà ed imparzialità, il giudice Criscuolo certamente contribuirà a rafforzare il compito fondamentale della Corte costituzionale di garante dei principi democratici e dei valori della libertà e dell'uguaglianza.

Al neo Presidente, al nuovo giudice e a tutti i componenti della Corte, esprimo tutti i complimenti e gli auguri, miei e dell'intera Avvocatura dello Stato, nella consapevolezza che essi sanno mettere a frutto nel migliore dei modi le differenti esperienze tecniche maturate nelle singole professioni e le diverse sensibilità culturali ed ideali, che consentono di rispondere compiutamente alle istanze di equità e di giustizia sostanziale dei cittadini”.

Corte costituzionale, udienza del 18 novembre 2008.

IL CONTENZIOSO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE

La direttiva n. 2005/56/CE e la nuova disciplina comunitaria delle fusioni transfrontaliere di società di capitali

di Dimitris Liakopoulos^(*) e Giuseppe Mancini^()**

SOMMARIO: -1. Le radici storiche e normative di una legge non più procrastinabile; -2. Brevi cenni storici in merito all'adozione della XIV direttiva societaria; -3. Lo sviluppo del mercato, della concorrenza e dell'occupazione come basi dell'intervento legislativo; -4. Gli elementi sostanziali della direttiva n. 2005/56/CE. Ambiti di applicazione e fonti regolatrici; -5. La procedura di fusione nei suoi tratti essenziali. La redazione del progetto comune di fusione e gli adempimenti pubblicitari interni ed esterni; -6. Le relazioni degli organi di amministrazione e degli esperti indipendenti; -7. L'approvazione del progetto comune di fusione; -8. La supervisione preventiva e successiva sulla legittimità dell'intera procedura; -9. Efficacia, registrazione dell'avvenuta fusione ed i relativi effetti; -10. Profili di specialità delle fusioni transfrontaliere. La partecipazione dei lavoratori ed il regime fiscale applicabile. Il necessario richiamo alla società europea a garanzia dei diritti partecipativi; -11. L'applicazione del regime di neutralità fiscale alle operazioni cross-border; -12. Considerazioni finali.

1. La direttiva n. 2005/56/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 ottobre 2005, entrata in vigore con il D.Lgs. 30 maggio 2008 n. 108 del 27 febbraio 2008 (1) ha accettato un compito particolarmente arduo: colma-

^(*) Avvocato, Professore a contratto in diritto dell'Unione europea ed internazionale – Università della Toscana.

^(**) Dottore in Scienze Politiche – Università della Toscana.

(1) GU 17 giugno 2008 n. 140, cfr. anche: ARNÒ, FISCHETTI, *Le fusioni transfrontaliere. Esame della direttiva 2005/56/CE e del D.Lgs. 108/2008*, ed. Egea, 2008.

re una lacuna importante in materia di diritto delle società per facilitare le fusioni transfrontaliere delle imprese commerciali evitando che le legislazioni nazionali loro applicabili (in generale quella dello Stato della sede principale) venissero vissute come un ostacolo. In particolare, lo sguardo del legislatore si è rivolto a tutte le società di capitali di medie e grandi dimensioni desiderose di operare in più di uno Stato membro ma non in tutta Europa, e quindi riluttanti ad adottare lo statuto di Società Europea.

Infatti, come si avrà modo di analizzare approfonditamente in seguito, la direttiva n. 2005/56/CE arriverà proprio a coinvolgere non solo le società per azioni, ma anche quelle aventi altre forme sociali come, ad esempio, le S.r.l., agevolando le alleanze all'interno dell'Unione tramite un meccanismo molto semplice: assimilando la procedura di fusione transfrontaliera a quella applicabile alle operazioni di concentrazione in ambito nazionale tra imprese soggette alla normativa del medesimo Stato membro. In breve, gli *shareholders* dovranno confrontarsi soltanto con la normativa del Paese in cui hanno la loro sede statutaria senza dover necessariamente prendere in considerazione la paralizzante pluralità di legislazioni nazionali.

Inoltre, una volta creata la nuova entità, dovranno applicarle una sola legislazione nazionale: quella dello Stato membro in cui la società risultante dalla fusione avrà stabilito la propria sede. E quindi facile notare come questa nuova normativa si inserisca perfettamente nel progetto di modernizzazione del diritto societario europeo, processo avente come obiettivo finale la creazione di un *benchmark* normativo positivo, improntato ad una fattiva protezione degli azionisti e dei terzi in un quadro di regole in grado di rinviare la competitività e l'efficienza delle società europee, consentendo loro di operare liberamente in tutto il territorio dell'Unione (2).

2. La complessità e la portata dello sforzo richiesto al legislatore comunitario non potrebbero essere meglio rappresentati se non guardando ad un lungo *iter* politico-dottrinale della XIV Direttiva. L'emanazione di una nuova normativa che fosse capace di colmare un vuoto rilevante in tema di diritto societario, rivolgendosi a tutte le società di capitali, cercando allo stesso tempo di rilanciare e rafforzare la competitività dell'economia europea nell'ottica della "Strategia di Lisbona" è stata soltanto l'ultima tappa di una trattativa addirittura trentennale.

Infatti, l'impossibilità di eludere il confronto tra molteplici discipline quali l'economia politica, le differenti legislazioni nazionali a sfondo tributario ed in tema di intese, si accompagnava con il crescente bisogno di predisporre uno strumento, alternativo all'assunzione di partecipazioni ed all'alleanza tra imprese tramite contratti, che fosse in grado di concentrare una pluralità di società in una singola unità giuridico-economica.

Si deve, quindi, risalire fino al lontano 1965 per individuare la prima proposta inviata dalla Commissione ai governi dei singoli Stati membri in tema di

(2) TESAURO, *Diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2008.

fusioni transfrontaliere tra imprese di Paesi diversi: si fa riferimento al Memorandum sulle concentrazioni dell'allora Commissario per la concorrenza von der Groeben, nel quale la creazione di società di respiro europeo veniva già concepita come una necessità in rapporto sia alla struttura del mercato comune, sia al crescente "peso" delle imprese dei paesi terzi. Si deve, tuttavia, ancora una volta sottolineare come i singoli ordinamenti giuridici nazionali non si prestassero a tale tipo di aggregazione causa l'assenza di norme di diritto internazionale privato individuanti una precisa legge regolatrice (c.d. norme di conflitto), rendendo necessario ricercare la soluzione caso per caso.

Nonostante i diversi impedimenti esistenti, tanto di natura sostanziale quanto procedurale, il fatto che soltanto due anni dopo la pubblicazione della summenzionata relazione il legislatore comunitario avesse tentato un nuovo intervento era sintomatico dell'urgenza di approdare ad una normativa nuova ed omogenea. Nel 1967, infatti, parallelamente ai lavori che avrebbero condotto all'emanazione della dir. n. 78/855/CEE proprio in tema di fusioni, un gruppo di esperti nazionali coadiuvato da alcuni responsabili della Comunità diede alla luce un primordiale progetto di convenzione sulle fusioni internazionali. La base giuridica di tale proposta era da individuarsi nell'allora art. 220 linea 4 Tr. CE (oggi art. 293): "Gli Stati membri avvieranno fra loro (...) negoziati intesi a garantire (...) la possibilità di fusione di società soggette a legislazioni nazionali diverse". In particolare ai padri della proposta in parola deve essere riconosciuto il merito di aver cercato di accompagnare il presente principio con una vera e propria normativa uniforme in materia di fusioni internazionali.

Tale disciplina sarebbe stata assunta, nel 1973, come punto di riferimento per un ulteriore progetto di convenzione in materia, il quale, sebbene subito abbandonato, avrebbe aperto la strada a quella che sarebbe dovuta essere la X Direttiva societaria, riguardante proprio le fusioni transfrontaliere. Risale, quindi, al 14 dicembre 1984 la prima vera proposta di direttiva in materia di alleanze fra società situate in Stati membri diversi. Come tutte le altre direttive cronologicamente antecedenti e successive, anche questa individuava il proprio fondamento normativo nell'art. 44 n. 2 lett. g), che attribuisce al Consiglio ed alla Commissione un ruolo primario nel concretizzare la libertà di stabilimento per le attività commerciali. Ben si comprendono le ragioni che hanno spinto le istituzioni comunitarie ad optare per una fonte come la direttiva: così facendo, *ex art. 2* della proposta, i singoli Stati avrebbero potuto disciplinare una fusione transfrontaliera riferendosi, ove non fosse stato disposto diversamente alla dir. n. 78/855/CEE. Ciò significava che, oltre a lasciare ai governi nazionali una certa libertà quanto alle modalità di attuazione concreta, in un'ottica di praticità sarebbe stato sufficiente attingere alla III Direttiva tramite semplici rinvii. In questo modo la nuova proposta si differenziava da tutte quelle precedenti anche in termini strettamente quantitativi: infatti, nonostante la complessità del suo contenuto sostanziale sintomo dell'evoluzione della situazione giuridica europea, nel contempo si osservava una drastica diminuzione del numero di articoli proposti (da una media di 69 a soli 17).

In questo modo la futura decima direttiva avrebbe trovato la sua naturale collocazione nell'opera di armonizzazione ed omogeneizzazione del diritto europeo delle società in tema di fusioni iniziata proprio dalla direttiva del 1978. Come anticipato, una fusione transfrontaliera sarebbe quindi dovuta soggiacere in larga parte alla stessa identica procedura prevista per una fusione interna, fatte salve alcune disposizioni specifiche improntate ad un maggior rigore procedurale: ad esempio, secondo il dettato dell'art. 5.2 della proposta, il progetto di fusione si sarebbe dovuto redigere con atto pubblico se imposto dalla legislazione di una delle imprese coinvolte; oppure la previsione *ex art. 11*, che l'operazione sarebbe rimasta inefficace fino a quando le società non avessero proceduto all'espletamento dei controlli e delle formalità previste.

Nonostante il contenuto particolarmente variegato e garantista la proposta di X Direttiva societaria non incontrò mai il parere favorevole del Parlamento. La giustificazione addotta dagli Stati riluttanti alla nuova normativa era la stessa che aveva ostacolato le iniziative legislative precedenti: le imprese avrebbero potuto usufruire di una operazione straordinariamente potente come la fusione per sottrarsi all'applicazione di norme nazionali per loro svantaggiose o penalizzanti.

Si fa riferimento, in particolare, alle numerose e per molti versi antitetiche leggi in materia di partecipazione dei lavoratori nella gestione dell'impresa vigenti in ciascun Paese della Comunità. Per siffatte ragioni, la proposta di X Direttiva venne ufficialmente cancellata dall'agenda dei lavori della Commissione nel 2001. La scelta dell'Istituzione di non concentrarsi su tale proposta avrebbe facilmente potuto costituire una valida ragione per accusare il legislatore comunitario di scarsa autorevolezza ed incapacità nel bilanciare i differenti interessi nazionali: tuttavia, la decisione di non abbandonare, bensì semplicemente di rimandare l'adozione di una direttiva in tema di fusioni *cross-border* si rivelò corretta. L'8 ottobre del medesimo anno vide infatti l'approvazione sia dello statuto della Società europea, sia della relativa direttiva che lo integrava proprio in riferimento alla partecipazione dei lavoratori alla vita sociale.

Proprio a tale direttiva si deve la predisposizione di alcuni principi di riferimento che, nel 2003, hanno aperto le porte ad una nuova proposta in tema di fusioni transfrontaliere concretizzatasi, due anni dopo, proprio nella XIV Direttiva. In conclusione, come si avrà modo di analizzare in maniera più diffusa nei paragrafi successivi, la dir. n. 2005/56/CE non è altro che il risultato della combinazione di diverse normative precedenti: le dir. n. 78/855/CEE, sulle fusioni di società per azioni, il regolamento CE n. 2001/2157 sullo statuto della S.E. e la dir. n. 2001/86/CE che lo completa in merito al coinvolgimento dei lavoratori ed, infine, le dir. n. 90/434/CEE e n. 2005/19/CE relative al regime fiscale applicabile.

3. Come si è avuto modo di anticipare nel capitolo precedente, si poteva effettivamente parlare di fusioni solo quando le società interessate erano stabilite in un determinato Stato membro, quello che nel proprio ordinamento giuridico contemplava la possibilità di allearsi con imprese di un Paese

diverso senza incappare in ostacoli come, ad esempio, la liquidazione delle persone giuridiche coinvolte. Negli altri, invece, le differenze tra le legislazioni nazionali erano tante e tali da obbligarle a ricorrere a complesse, costose e non sempre efficaci e trasparenti, costruzioni giuridiche. Secondo quanto sostenuto già da diversi anni dalle imprese della Comunità e dall'unione delle Confederazioni industriali europee (UNICE), dotare tutte le società di capitali di uno strumento giuridico adeguato che eliminasse qualsiasi ostacolo alle fusioni era quanto mai doveroso.

Nello specifico, tale intervento avrebbe dovuto trovare la propria ispirazione in un principio molto semplice: ridurre i costi di tali operazioni in un clima generalizzato di certezza giuridica. Già analizzando il contenuto della proposta di emanazione della dir. n. 2005/56/CE (3) è chiaramente possibile notare come questa si distingua da tutte le iniziative antecedenti; questo, in particolare, spicca in merito a tre aspetti: il campo d'applicazione sul quale la futura normativa avrebbe dovuto dispiegare i propri effetti, le fonti legislative a cui avrebbe fatto riferimento, sia nazionali che di diritto comunitario derivato, e la tutela delle minoranze.

Per quanto concerne il primo aspetto, come si è già accennato, la proposta prevedeva di estendere il campo d'applicazione fino a ricomprendere tutte le società di capitali, soprattutto quelle piccole e medie imprese non interessate alla creazione di una Società europea; unico comune denominatore sarebbe stato solo il fatto di essere dotate di personalità giuridica e di avere un patrimonio sociale distinto col quale rispondere dei debiti sociali. Riguardo, invece, alla normativa di riferimento il principio dell'applicazione della legislazione nazionale sarebbe stato integrato dagli elementi fondanti la costituzione di una S.E.

Infatti, oltre ad assumere come punto cardine le procedure di fusione insite nelle singole legislazioni nazionali già ben conosciute agli operatori del settore, è importante notare come non si fossero trascurate le soluzioni poste dal regolamento CE n. 2157/2001 del Consiglio relativo allo statuto della Società europea, e della direttiva n. 2001/86/CE sempre del Consiglio che lo completa, per quanto riguarda la partecipazione dei lavoratori negli organi decisionali della società incorporante o della nuova società derivante dalla fusione.

Quanto, infine, alla tutela delle minoranze avrebbero trovato protezione secondo la legislazione nazionale gli interessi dei creditori, degli obbligazionisti, dei possessori di titoli diversi dalle azioni, dei soci di minoranza e dei lavoratori per quanto riguarda i diritti diversi da quelli di partecipazione nella società, nei confronti di ciascuna delle società partecipanti alla fusione (4).

(3) COM (2003) 703 definitivo n. 2003/0277, del Parlamento europeo e del Consiglio sulle fusioni transfrontaliere di società di capitali presentata alla Commissione il 18 novembre 2003.

(4) Nello specifico ci si riferisce alla direttiva n. 2001/23/CE del Consiglio del 12 marzo 2001 relativa al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, alla direttiva n. 2002/14/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 marzo 2002 istitutiva di un quadro generale in merito all'informazione e alla consultazione dei

Tuttavia, oltre a tali incombenze, la futura direttiva avrebbe dovuto assolvere ad un ulteriore compito, decisamente più complesso e generalizzato: l'accrescimento della mobilità dei capitali nel mercato interno allo scopo di favorirne lo sviluppo e la progressiva integrazione.

Si trattava dunque, di procedere nel solco già tracciato dalla XIII direttiva societaria in tema di offerte pubbliche d'acquisto, ossia continuare nel consolidamento di un vero e proprio *level playing field*, un terreno di gioco comune caratterizzato da regole omogenee e vincolanti per tutti i soggetti economici presenti nel territorio dell'Unione. Il risultato ultimo che si intendeva perseguire era quello di rafforzare la tendenza alla specializzazione dei sistemi economici consentendo da un lato di usufruire di economie di scala e, dall'altro, di creare terreno fertile per gli investimenti stranieri in territorio comunitario.

Come puntualmente sottolineato dal Benchmark Definition of Foreign Direct Investment (BDFDI) dell'Ocse e dall'European Union Balance of Payments dell'ECB, la situazione riguardante i *foreign direct investments* in Europa è sempre stata caratterizzata da una forte discontinuità. È bene specificare come con il termine "Investimenti di Diritto Estero" si faccia riferimento a tipologie di investimento internazionali effettuate da soggetti (società di capitali, privati, ecc.) residenti in un determinato Paese destinati ad imprese site in uno Stato diverso: lo scopo è di ottenere interessi nel medio-lungo periodo partecipando fattivamente alla gestione dell'impresa. Si possono facilmente intuire le molteplici situazioni che rischiano di mettere a repentaglio tali operazioni.

Si pensi ad esempio ad atteggiamenti nazional-protezionistici ostili alla penetrazione straniera quali, ad esempio, le cd. *golden shares*, ossia la subordinazione delle transazioni concernenti imprese operanti in settori strategici per l'interesse nazionale ad autorizzazioni amministrative; oppure, ed è questa la situazione alla quale la direttiva sulle fusioni ha posto rimedio, alla concomitanza di un vuoto legislativo comunitario in materia ed una pluralità di normative nazionali discordanti e paralizzanti.

In realtà, quest'ultimo era soltanto l'impedimento più macroscopico che si presentava agli occhi degli operatori del settore: non si deve, infatti, dimenticare che proprio la Commissione stessa, durante il Consiglio Europeo ECOFIN tenutosi a Sheveningen nel 2004, aveva lanciato una vera e propria consultazione pubblica per analizzare gli ulteriori ostacoli alle fusioni transfrontaliere esistenti.

Il panorama che ne derivò fu, invero, poco incoraggiante: oltre agli impedimenti di natura strettamente giuridica spiccavano anche gli abusi di

lavoratori, nonché alle direttive n. 94/45/CE del Consiglio del 22 settembre 1994 e n. 97/74/CE del Consiglio del 15 dicembre 1997 riguardanti entrambe l'istituzione di un comitato aziendale europeo e di una procedura per l'informazione e la consultazione dei lavoratori nelle imprese e nei gruppi di imprese di dimensioni comunitarie.

potere delle autorità di vigilanza nazionali, le incertezze procedurali, le diversità in tema di *corporate governance* presenti in ogni Paese, l'eccessiva frammentazione dei mercati azionari europei.

Tuttavia, l'ambito fiscale era la concretizzazione maggiormente rappresentativa di tali ostacoli. Ben nota, infatti, era la prassi invalsa in diversi Paesi di applicare una *exit tax* nel caso in cui una società trasferisse la propria sede all'estero, imposizione questa che trovava la propria giustificazione nel tentativo di trattenerla nel territorio nazionale nel timore di perdere gettito fiscale. Barriere di siffatta natura si ponevano in palese contrasto con l'aspirazione di creare un mercato europeo perfettamente integrato, come è stato puntualmente sottolineato, oltre che dal diritto positivo, anche dalla giurisprudenza comunitaria (5). Infatti, sul primo versante è recentemente intervenuto il legislatore europeo in prima persona: tramite la direttiva n. 2005/19/CE del 17 marzo 2005 si sono approntate modifiche sostanziali alla dir. n. 90/434/CEE proprio in riferimento al regime fiscale comune da applicarsi alle fusioni, ed alle altre operazioni straordinarie, intercorrenti fra società di Stati membri diversi.

Sul versante giurisprudenziale, invece, uno dei *leading cases* in materia è stata la causa C-9/02 *Hughes*, nella quale al soggetto in questione, persona fisica di nazionalità francese, era stata applicata una tassa d'uscita su plusvalenze non realizzate proprio per il fatto di aver trasferito la sede fiscale all'estero.

Basandosi sulle conclusioni dell'Avvocato Generale J. Mischo, la Corte non ha potuto non rilevare l'incompatibilità della norma contenuta nell'art. 167 bis del Code Général des Impôts con i principi fondamentali del diritto comunitario. Al punto n. 45 della sentenza, infatti, sancisce chiaramente che "... anche se l'art. 167 bis del CGI non vieta ad un contribuente francese di esercitare il suo diritto di stabilimento, questa disposizione non è tuttavia idonea a limitare l'esercizio di tale diritto avendo, perlomeno, un effetto dissuasivo nei confronti dei contribuenti che desiderano andare a stabilirsi in un altro Stato membro".

Non trova accoglimento nelle parole della Corte neppure la giustificazione addotta dal Conseil d'État in sede di rinvio pregiudiziale relativa allo scopo di evitare l'evasione fiscale, dal momento che "... l'art. 167 bis del CGI eccede ampiamente quanto è necessario per raggiungere lo scopo che esso persegue..." (punto n. 52).

Sulla base di tali considerazioni è facile comprendere la pronuncia finale della Corte di giustizia: "Il principio della libertà di stabilimento posto dall'art. 43 del Trattato CE deve essere interpretato nel senso che esso osta a che uno Stato membro introduca, a fini di prevenzione di un rischio di evasione fiscale, un meccanismo d'imposizione delle plusvalenze non ancora realizzate, in caso di trasferimento del domicilio fiscale di un contribuente al di fuori di questo Stato".

(5) Sentenza dell'11 marzo 2004 relativa alla causa C-9/02 *Hughes de Lasteyrie du Saillant v. Ministère de l'Economie, des Finances e de l'Industrie*.

È dunque facile notare come, allo stesso modo delle precedenti direttive societarie anche la n. 2005/56/CE sia stata modellata sull'impronta dell'art. 44.2 lett. g) Tr. CE. Infatti, anche in questo caso l'azione comunitaria nel mondo delle imprese non solo è stata autorizzata ma di fatto incoraggiata: lo sviluppo della concorrenza e dei mercati, la crescita delle economie nazionali e, di riflesso, di quella europea ed un sensibile incremento delle prospettive occupazionali nella massima tutela della libertà di stabilimento erano proprio i compiti che la XIV Direttiva societaria era chiamata ad assolvere. In essa, quindi, la coordinazione ed il raggruppamento di società di capitali di Stati membri diversi si accompagna ad una tutela uniforme degli interessi pubblici coinvolti nel pieno rispetto dell'art. 43 Tr. CE.

4. Venendo all'analisi degli elementi sostanziali della nuova normativa è necessario operare, in via preliminare, una distinzione tra un ambito di applicazione oggettivo ed uno soggettivo. Sotto il primo punto di vista ricadono nel campo d'azione della direttiva tanto le fusioni per incorporazione quanto quelle proprie. Infatti, alle lettere a) e b) dell'art. 2 si stabilisce che con il termine "fusione" si debba far riferimento sia alla circostanza in cui "una o più società trasferiscano, a causa e all'atto dello scioglimento senza liquidazione, la totalità del loro patrimonio attivo e passivo ad altra società preesistente (la società incorporante)" sia all'eventualità che, nelle medesime circostanze "due o più società (lo) trasferiscano ad una società da loro costituita (la nuova società)".

Il conferimento patrimoniale potrà avvenire, in entrambe le fattispecie mediante l'assegnazione ai rispettivi soci di titoli o quote rappresentativi del capitale sociale dell'incorporante o della nuova società, fatta salva la possibilità di un eventuale conguaglio in contanti non superiore al 10% del loro valore nominale o della loro parità contabile; questo, naturalmente sempre che la legislazione di almeno uno degli Stati membri interessati lo consenta (art. 3 lett. a)). Da ultimo, la lettera c) del medesimo articolo contempla anche la possibilità che una società, la controllata trasferisca sempre a causa e all'atto dello scioglimento senza liquidazione le sue attività e passività all'impresa che detiene il 100% delle quote o dei titoli rappresentativi del suo capitale sociale, ossia la controllante. Dal punto di vista strettamente soggettivo invece, si evince chiaramente come la nuova normativa abbia ottemperato alla necessità di rivolgersi a tutte le tipologie di società di capitali per favorirne la coordinazione ed il raggruppamento. Sul punto il legislatore comunitario è stato particolarmente preciso: nel novero delle società di capitali interessate debbono ricomprendersi tanto quelle costituite ai sensi dell'art. 1 della dir. n. 68/151/CEE, la prima direttiva societaria quanto, più in generale, quelle che rispettino le condizioni di garanzia previste dalla medesima a tutela degli interessi dei soci e dei terzi, quindi anche le S.r.l. Si può facilmente notare come la dir. n. 2005/56/CE presenti un campo d'applicazione soggettivo decisamente più ampio della III Direttiva, la n. 78/855/CE, la quale si limitava alle sole società per azioni. È comunque pacifico che tali imprese debbano disporre di capitale sociale, personalità giuridica e di un patrimonio distinto con il quale rispondere dei loro debiti. La direttiva, dun-

que, si applica alle fusioni intercorrenti tra società di capitali che siano costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro (art. 1). Le suddette società, inoltre, dovranno avere la loro sede sociale, l'amministrazione centrale o il loro centro di attività principale in territorio comunitario e, ovviamente, dovranno essere soggette alla legislazione di Stati membri differenti. Sono anche previste delle ipotesi di esclusione: gli Stati membri infatti conservano il diritto di non applicare la presente direttiva nel caso in cui nella fusione transfrontaliera sia coinvolta una società cooperativa, anche se quest'ultima rientrasse nella definizione di "società di capitali" di cui sopra (art. 3.2) (6).

Inoltre, in un'ottica cautelare nei confronti degli investitori, resistono le discipline comunitarie specifiche per gli intermediari finanziari e per gli organismi di investimento collettivo di valori mobiliari. In merito al diritto applicabile alle operazioni di fusione transfrontaliera ad una prima lettura sembrerebbe che la XIV Direttiva si ponga in netta antitesi con l'obiettivo di armonizzazione ed omogeneizzazione dei diritti nazionali che intende perseguire. La contraddizione in questione si può facilmente riscontrare già nel preambolo della legge stessa. Se, infatti, nel primo e secondo punto si valuta come necessaria "... al fine di garantire il completamento ed il funzionamento del mercato unico (l'adozione) di disposizioni comunitarie volte a facilitare la realizzazione di fusioni transfrontaliere tra diversi tipi di società di capitali soggette alle legislazioni di Stati membri", immediatamente dopo pare che il legislatore comunitario ritorni sui suoi passi asserendo che "... ogni società partecipante ad una fusione transfrontaliera ed ogni terzo interessato restino soggetti alle disposizioni e alle formalità della legislazione nazionale che sarebbe applicabile in caso di fusione nazionale (...)"

In sostanza, anche se sarebbe potuta sembrare maggiormente auspicabile l'emanazione di una normativa che regolasse l'intera procedura di fusione in modo assolutamente identico per ogni Paese membro eliminando qualsiasi problema di conflitto di leggi, la scelta è stata invece quella di non ricondurre tutte le legislazioni nazionali ad un'unica disciplina. La *ratio* di tale decisione, solo apparentemente antitetica, si sostanzia nell'esigenza di preservare il principio di sussidiarietà. Infatti, in base all'assunto dell'art. 5 Tr. CE, la Comunità è legittimata a legiferare in materie non di sua esclusi-

(6) Secondo il terzo comma dell'art. 3 la direttiva: "...non si applica alle fusioni transfrontaliere a cui partecipa una società avente per oggetto l'investimento collettivo di capitali raccolti presso il pubblico, che opera secondo il principio della ripartizione del rischio e le cui quote, a richiesta dei possessori, sono riscattate o rimborsate, direttamente o indirettamente, attingendo alle attività di detta società. Gli atti o le operazioni compiuti da tale società per garantire che la quotazione in borsa delle sue quote non vari in modo significativo rispetto al valore netto d'inventario sono considerati equivalenti a un tale riscatto o rimborso". Per quanto concerne tali imprese si vedano le direttive n. 85/611/CE (in GUCE L. 375 del 31 dicembre 1985), e le n. 2001/107/CE e n. 2001/108/CE (in GUCE L. 41/20 e L. 41/35 del 13 febbraio 2002).

va competenza soltanto se gli obiettivi da perseguire posti dal Trattato possono essere realizzati in modo più efficace a livello comunitario, ma la sua azione non potrà mai travalicare quanto strettamente necessario al loro raggiungimento.

Sulla base di siffatte considerazioni l'art. 4 della direttiva enuncia che, in linea di principio, si potrà assistere ad una fusione transfrontaliera tra imprese solo se consentita dalle rispettive legislazioni nazionali.

Inoltre, qualora non fosse disposto altrimenti, "...una società che partecipa ad una fusione transfrontaliera rispetta le disposizioni e le formalità della legislazione nazionale cui è soggetta". Questa disposizione, invero, è improntata alla maggior tutela possibile dei creditori, degli azionisti e dei lavoratori delle imprese interessate: le normative nazionali in materia dovranno, infatti, pervadere tutto l'iter decisionale relativo alla fusione. Viene, inoltre, fatta salva la possibilità che lo Stato membro possa adottare disposizioni volte ad assicurare una protezione adeguata dei soci di minoranza che si sono opposti all'operazione straordinaria.

Allo stesso modo "se la legislazione di uno Stato membro consente alle autorità nazionali di opporsi, per motivi di interesse pubblico, ad una fusione a livello nazionale, tale legislazione si applica anche a una fusione transfrontaliera se almeno una delle società che partecipano alla fusione è soggetta al diritto di tale Stato membro". Come più volte sottolineato anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, tali restrizioni potranno essere attuate solo se giustificate da esigenze imperative di interesse generale e, sempre e comunque, a queste proporzionate. In chiusura è, inoltre, stabilito che le presenti disposizioni non sono applicabili qualora lo fosse anche l'art. 21 del già noto regolamento CE n. 139/2004 relativo al controllo sulle concentrazioni tra imprese.

5. Agli art. 5 e seguenti della direttiva viene dettagliatamente descritta l'intera procedura di fusione. Punto di partenza, come anche si è avuto modo di osservare in merito alla disciplina della III Direttiva, è la predisposizione di un progetto comune. Il legislatore comunitario ha demandato tale incombenza agli organi di direzione e di amministrazione di ciascuna impresa coinvolta, non senza evidenziarne i requisiti essenziali (art. 5 lettere da *a*) a *l*). Agli Stati membri viene comunque lasciata la possibilità di derogare in *melius* introducendo ulteriori vincoli, soprattutto se funzionali ad una maggiore tutela dei creditori, dei soci e dei terzi.

Nello specifico si dovranno evidenziare: la forma, la denominazione e la sede statutaria delle società che partecipano alla fusione e quelle previste per la società finale; il concambio di titoli e quote degli *shareholders*, il loro eventuale conguaglio, nonché le modalità di assegnazione di quelli rappresentativi del capitale sociale della società derivante dalla fusione e la data a decorrere dalla quale danno diritto alla partecipazione agli utili.

Questo è, invero, il punto più delicato in quanto è essenzialmente dalla convenienza dei rapporti di cambio che dipende l'approvazione della fusione da parte dei soci. Per questo motivo la valutazione sulla loro congruità è rimessa ad esperti nella maggior parte dei casi esterni alle aziende coinvolte

sulla base, in primo luogo, di un'ottica fiduciaria ed, in secondo luogo, della complessità dell'analisi da compiere. Infatti, la valutazione del patrimonio della società risultante non potrà essere semplicemente la risultante della somma di quelli delle partecipanti, in quanto con una fusione si ha, prima di tutto, una vera e propria compenetrazione di organi aziendali, ciascuno dei quali apporta una utilità complementare non solo patrimoniale all'impresa finale.

Proseguendo nell'analisi degli elementi essenziali del progetto di fusione dovranno, inoltre, essere indicati: i possibili risvolti a livello occupazionale; la data a decorrere dalla quale le operazioni delle società che partecipano alla fusione saranno fiscalmente riconducibili all'impresa finale; i diritti o le misure accordati ai soci titolari di diritti speciali o ai possessori di titoli diversi dalle quote rappresentative del capitale sociale; eventuali *benefits* attribuiti agli esperti che esaminano il progetto di fusione, ai membri degli organi di amministrazione, di direzione, di vigilanza o di controllo delle società coinvolte; l'atto costitutivo e lo statuto della società derivante dalla fusione transfrontaliera; le modalità relative al coinvolgimento dei lavoratori e la definizione dei loro diritti di partecipazione nella società finale; l'elencazione delle attività e delle passività trasferite alla società finale; la data della chiusura dei conti delle società partecipanti alla fusione.

Si può notare come, a differenza di un normale progetto di fusione quale era quello disciplinato dalla dir. n. 78/855/CE, in questo caso si riscontri la presenza di elementi sostanziali supplementari proprio motivati dal carattere transfrontaliero dell'operazione (ad esempio l'indicazione della denominazione e della sede prevista per la nuova società). Il primo rinvio effettivo alle singole legislazioni nazionali si ha in merito alla pubblicazione del progetto: questo, infatti, dovrà essere pubblicato secondo le modalità previste dalla legislazione nazionale di ciascuno Stato membro delle società coinvolte, secondo quanto disposto dall'art. 3 della dir. n. 68/151/CEE. Inoltre, il secondo comma del suddetto articolo disciplina anche la pubblicità interna del progetto, il quale dovrà essere messo a disposizione dei rappresentanti dei lavoratori o dei lavoratori stessi almeno un mese prima della data prevista per la delibera di approvazione ed, i medesimi, avranno diritto di prenderne visione fino alla fine del suddetto mese (art. 6).

6. Allo stesso identico regime pubblicitario soggiacciono altri due documenti: la relazione di accompagnamento del progetto di fusione, che gli organi di direzione ed amministrazione sono obbligati a redigere, e la relazione degli esperti indipendenti. Per quanto concerne la prima, *ex art. 7* della direttiva, il *management* deve predisporre "... una relazione destinata ai soci, nella quale illustra e giustifica gli aspetti giuridici ed economici della fusione transfrontaliera e (ne) spiega le conseguenze per i soci, i creditori e i lavoratori. La relazione è messa a disposizione dei soci e dei rappresentanti dei lavoratori o, in assenza di questi ultimi, dei lavoratori stessi, almeno un mese prima della data dell'assemblea generale...".

Riprendendo una disposizione presente nella dir. n. 2004/25/CE in tema di o.p.a. alla relazione dovrà allegarsi il parere espresso dei rappresentanti

dei lavoratori a patto che gli organi societari lo ricevano in tempo utile per consegnarlo all'assemblea (art. 7 ultimo comma).

In merito alla seconda, invece, esperti indipendenti (persone fisiche o giuridiche) dovranno fornirla nel medesimo termine ai soci dell'impresa dalla quale sono stati designati (art. 8). In un'ottica di riduzione dei costi di *expertise*, è oltremodo possibile che gli esperti siano individuati dalle autorità giudiziarie o amministrative degli Stati a cui appartengono le società coinvolte dietro loro richiesta congiunta; in questo caso la relazione sarà indirizzata ai soci di entrambe le imprese. Gli esperti hanno il diritto di chiedere a ciascuna delle società che partecipano alla fusione tutte le informazioni che ritengono necessarie e, per quanto concerne gli elementi sostanziali della relazione la direttiva rinvia all'art. 10.2 della dir. n. 78/855/CE.

L'esame del progetto comune di fusione transfrontaliera da parte di esperti indipendenti o la relazione degli esperti non sono tuttavia richiesti qualora i soci di ciascuna società che partecipano vi rinuncino all'unanimità (art. 8).

7. Espletate tutte le formalità di cui sopra, all'assemblea generale di ciascuna delle società partecipanti è rimessa l'approvazione del progetto di fusione (art. 9). Le radici garantiste della XIV Direttiva si rinvencono anche in questo frangente: infatti, qualora l'assemblea lo ritenesse necessario, potrebbe subordinare l'alleanza alla condizione che vengano espressamente approvate le modalità relative alla partecipazione dei lavoratori nella società derivante dalla fusione (art. 9.2). Tramite un rinvio all'art. 8 della III Direttiva societaria, nell'ultimo comma dell'art. 9 si ha, tuttavia, anche un'eccezione che porta ad escludere l'approvazione del progetto da parte dell'assemblea. Infatti, nel caso in cui ci si trovi in presenza di una fusione per incorporazione, la legislazione di uno Stato membro potrà anche non imporre la deliberazione di approvazione all'assemblea generale dell'incorporante qualora vengano soddisfatte tre condizioni: la pubblicità sia fatta, per la società incorporante, almeno un mese prima della data di riunione dell'assemblea generale dell'incorporata, tutti i suoi azionisti abbiano avuto il diritto, almeno un mese prima, di prendere visione, presso la sede sociale di tale società, dei relativi documenti, ed uno o più di quelli dell'incorporante (che dispongano di azioni per una percentuale non inferiore al 5% del capitale sottoscritto) abbiano avuto il diritto di ottenere la convocazione dell'assemblea generale.

8. I successivi articoli 10 ed 11 costituiscono uno dei tratti distintivi maggiormente significativi della nuova disciplina delle fusioni transfrontaliere. Infatti, come si è avuto modo di accennare in precedenza, il Parlamento ed il Consiglio non solo si sono preoccupati di predisporre una disciplina in grado di incoraggiare le alleanze fra imprese di Paesi diversi, ma hanno anche focalizzato la loro attenzione nel fissare precisi parametri a salvaguardia delle minoranze ed, in generale, della legittimità dell'intera procedura. Nella costante osservanza del summenzionato principio di sussidiarietà l'art. 10 prescrive che ogni Stato membro individui un organo giurisdizionale *ad hoc* (un notaio o un'altra autorità) proprio per controllare la legittimità della fusione transfrontaliera per la parte di procedura soggetta alla sua legislazione nazionale.

L'analisi della suddetta dovrà concretizzarsi in un certificato, rilasciato a ciascuna delle società coinvolte, ove si attesti l'adempimento regolare delle formalità preliminari richieste. Invece, nel caso particolare in cui lo Stato membro cui è soggetta una società che partecipa alla fusione preveda una procedura di controllo formale presso un organo giurisdizionale, tale procedura si applicherà solo se le altre società coinvolte la accettino espressamente pur non essendo prevista dalle loro legislazioni.

Il certificato preliminare sarà qui emettibile anche a giudizio pendente, purché ne venga fatta menzione, e la successiva pronuncia sarà vincolante nei confronti della società finale e di tutti i suoi soci. Invero, la direttiva non è stata altrettanto puntuale nello stabilire quali potrebbero essere le conseguenze del mancato rilascio di tale certificato. Si potrebbe ipotizzare che il legislatore comunitario, nonostante il pericolo di generare disparità di trattamento, abbia inteso lasciare carta bianca ai suoi omologhi nazionali. L'art. 11 completa le precedenti previsioni specificando che ogni Stato designi un'ulteriore autorità, distinta dalle precedenti ma avente le medesime caratteristiche, il cui compito sarà di attestare che le imprese interessate abbiano approvato il progetto comune di fusione negli stessi termini e che siano state definite, *ex art. 16*, le modalità relative alla partecipazione dei lavoratori. A tale scopo ciascuna delle società partecipanti dovrà trasmettere loro il certificato di cui sopra entro sei mesi dal suo rilascio, nonché il progetto comune di fusione approvato dall'assemblea generale. La presente previsione induce a ritenere che non possano essere apportate modifiche al progetto di fusione originario in sede di approvazione ma, anche in questo caso, nulla viene detto in caso di un eventuale giudizio negativo.

9. Anche in questo frangente il Parlamento ed il Consiglio si sono rivolti ai legislatori nazionali. Secondo l'art. 12: "La legislazione dello Stato membro cui è soggetta la società derivante dalla fusione transfrontaliera determina la data (successiva all'adempimento dei controlli di cui all'art. precedente) a partire dalla quale la fusione transfrontaliera ha efficacia". Una volta che l'alleanza diviene efficace si preclude la strada a qualsiasi successiva pronuncia di nullità (art. 17). Il medesimo meccanismo è previsto anche per la registrazione (art. 13). E, infatti, la legislazione di ciascuno degli Stati membri a cui sono soggette le società partecipanti a dover determinare in riferimento al proprio territorio, le modalità di pubblicazione della avvenuta fusione. Tali modalità devono rispecchiare quelle prescritte dalla direttiva n. 68/151/CEE, la I Direttiva societaria: si ricordano le tre forme minime di cui all'art. 3, ossia l'apertura di un fascicolo riguardante la nuova società presso un registro pubblico, la sua pubblicazione in un bollettino ufficiale nazionale ed, infine, l'espressa indicazione in ogni documento commerciale del tipo, della sede, del registro e del numero di iscrizione della società.

Al registro spetterà il compito di notificare l'acquisizione di efficacia della fusione a quello presso il quale erano iscritte le imprese partecipanti il quale provvederà a cancellarne a sua volta l'iscrizione in un'ottica di tutela dei soci e dei terzi. Con la cancellazione dell'iscrizione dell'ultima delle imprese partecipanti la procedura di fusione può dirsi completata e, da que-

sto momento, l'alleanza può effettivamente iniziare a produrre i propri effetti. Naturalmente, le conseguenze maggiormente prevedibili sono proprio quelle che nel progetto comune di fusione erano viste dagli organi amministrativi della società interessate come gli obiettivi da raggiungere. L'art. 14 della direttiva opera, in questo frangente, una precisa distinzione sulla base del fatto che si sia intrapresa una fusione per incorporazione o una fusione propria. Nel primo caso (art. 14.1 lett. *a*), *b*), *c*) l'intero patrimonio dell'incorporata viene trasfuso, in tutte le sue componenti attive e passive, in quello dell'incorporante, la società incorporata si estingue *ipso jure* ed i relativi soci assumono il medesimo *status* nell'incorporante. Inoltre, il legislatore ha ritenuto opportuno fornire ulteriori specificazioni in merito a siffatta ipotesi stabilendo che nessuna quota dell'incorporante possa essere scambiata con quote dell'incorporata nel caso in cui siano detenute dall'una o dall'altra società o da terzi che agiscano in loro nome (art. 14.5 lett. *a*) e *b*)).

Il secondo caso (art. 14.2 lett. *a*), *b*), *c*) si discosta dal precedente per il fatto che entrambe le società trasferiscono i propri patrimoni in un nuovo soggetto giuridico e, per questo motivo, entrambe si estinguono, mentre i rispettivi soci continuano ad operare nella nuova impresa.

Anche in merito alla descrizione degli effetti prodotti dalla fusione transfrontaliera la direttiva non manca di predisporre adeguate tutele per i terzi. I commi terzo e quarto dell'art. 14, infatti, dispongono che: "Qualora (...) la legislazione di uno Stato membro prescriva formalità particolari per l'opponibilità ai terzi del trasferimento di determinati beni, diritti e obbligazioni apportati dalle società partecipanti alla fusione, tali formalità sono adempiute dalla società derivante dalla fusione transfrontaliera". Il principio della successione automatica in capo all'impresa finale opera, infine, anche per i rapporti individuali di lavoro: "I diritti e gli obblighi delle società che partecipano alla fusione derivanti dai contratti di lavoro individuali o dai rapporti di lavoro esistenti alla data in cui la fusione transfrontaliera acquista efficacia sono (...) trasferiti alla società derivante dalla fusione transfrontaliera alla data a partire dalla quale la fusione ha efficacia".

10. Uno dei profili della nuova direttiva sulle fusioni transfrontaliere che merita di essere analizzato in maniera più approfondita concerne il coinvolgimento dei lavoratori delle società partecipanti alla fusione nella gestione dell'impresa finale. Proprio questa tematica ha costituito l'ostacolo principale con il quale il legislatore comunitario ha dovuto ripetutamente confrontarsi. Infatti, le difformità legislative presenti nei singoli ordinamenti giuridici nazionali non solo impedivano di addivenire ad una normativa unica vincolante per tutti, ma creavano anche numerose perplessità in merito a quale fra queste si sarebbe dovuta applicare nell'ipotesi di fusione tra imprese di due Stati membri diversi. Il rischio era tanto prevedibile quanto rilevante. Si pensi ad un'ipotesi di fusione tra due società di Stati membri diversi e, quindi, soggette a due differenti legislazioni; poniamo il caso che la prima di queste possa contare nel proprio ordinamento su di una normativa riguardante la presenza dei lavoratori nell'impresa particolarmente avanzata e garantista mentre, la seconda, sia impossibilitata ad usufruire di analoghe disposizioni in quanto più arretrate o del tutto assenti.

Come è possibile intuire, nell'incertezza della legge applicabile all'impresa finale, i lavoratori maggiormente garantiti sarebbero potuti essere sottoposti all'altra legislazione vedendosi, in questo modo, privati di gran parte dei loro diritti. L'esempio appena proposto illustra perfettamente quanto ripetutamente accaduto nel panorama societario europeo. Si pensi, infatti, alla radicale contrapposizione tra la normativa tedesca sulla presenza dei lavoratori ai vertici dell'azienda e quelle della maggior parte degli altri Paesi europei, Italia *in primis*.

La *Mitbestimmung* (letteralmente "cogestione" o "codeterminazione") era, senza ombra di dubbio, la disciplina legislativa più avanzata in materia. Introdotta nel lontano 1951 basandosi sulla concezione di "stato sociale" proposta già da Bismarck e, successivamente, sul modello di "economia sociale di mercato" di Adenauer, aveva cristallizzato il desiderio partecipativo dei sindacati tedeschi sia a livello macroeconomico, sia a livello della singola impresa. Infatti, solo da questa si comincia a parlare seriamente di co-gestione, tanto che nel modello dualistico di *governance* tipicamente tedesco, si arrivò a prevedere che nelle società con più di mille dipendenti i lavoratori potessero vigilare sull'operato del consiglio di gestione (il Vorstand) attraverso loro rappresentanti (cinque su undici membri totali) in quello di sorveglianza (l'Aufsichtsrat). Tale impostazione non solo consentiva di conferire alle maestranze un ruolo non esclusivamente materiale nella vita societaria ma, aspetto ben più rilevante, coinvolgendole nella fase decisionale si garantiva la stabilità sociale prevenendo eventuali conflitti. Il modello tedesco, tuttavia, costituiva l'eccezione di un panorama legislativo nazionale variegato e tendenzialmente più arretrato in materia, situazione che, appunto, rendeva difficile intraprendere tranquillamente una fusione transfrontaliera. Per poter fornire una soluzione ai suddetti problemi, la dir. n. 2005/56/CE ha ritenuto opportuno attingere alle proposte offerte dalle normative comunitarie precedenti scegliendo, tra le altre, il modello partecipativo fornito dalla dir. n. 2001/86/CE. Questa, come si ricorderà aveva contribuito a colmare le lacune presenti nello statuto della Società europea proprio in fatto di partecipazione dei lavoratori. Il principio informatore in materia viene dunque riproposto nell'art. 16.1 della direttiva sulle fusioni, ove si stabilisce che: "... la società derivante dalla fusione transfrontaliera è soggetta alle disposizioni vigenti in materia di partecipazione dei lavoratori, ove esistano, nello Stato membro in cui è situata la sua sede sociale".

La presente disposizione già sufficientemente chiara ed esaustiva, viene però sottoposta nei paragrafi successivi ad una serie minuziosa di deroghe improntate all'applicazione della normativa in grado di offrire il maggior livello di tutela possibile per i dipendenti, nell'ottica di scongiurare comportamenti elusivi. Infatti, se ci si basasse soltanto sull'assunto precedente il tema della partecipazione dei lavoratori alla vita sociale potrebbe assumere rilevanza strategica nella scelta del Paese ove collocare la sede della società risultante dalla fusione, aprendo così la strada ad una "*race to the bottom*" verso lo Stato dotato di una normativa meno efficace.

Ecco, dunque, che il criterio della sede sociale non opera, in primo luogo, nel caso in cui almeno una delle società partecipanti abbia, nei sei

mesi precedenti la pubblicazione del progetto comune di fusione, un numero medio di lavoratori superiore a 500 e sia gestita proprio ai sensi della direttiva n. 2001/86/CE (art. 16.2) (7). Sono dunque le rilevanti dimensioni occupazionali anche solo di una delle imprese coinvolte ad aver indotto il legislatore comunitario a prediligere una normativa precisa, specifica e generalmente ben conosciuta a livello europeo per quanto concerne la partecipazione dei lavoratori, anziché rimettere tutto ad una legislazione nazionale ignota a tutti fino al completamento della procedura.

Ma la suddetta è soltanto la prima tra le eccezioni proposte. La lettera a) del secondo comma dell'art. 16 dispone che il principio generale non debba trovare applicazione nel caso in cui il diritto del Paese di stabilimento non preveda un livello di coinvolgimento almeno identico a quello presente nelle società partecipanti: "...le eventuali disposizioni in vigore riguardanti la partecipazione dei lavoratori nello Stato membro in cui è situata la sede sociale della società derivante dalla fusione transfrontaliera non si applicano se la legislazione nazionale applicabile alla società derivante dalla fusione non prevede un livello di partecipazione dei lavoratori almeno identico a quello attuato nelle società che partecipano alla fusione di cui trattasi, misurato con riferimento alla quota di rappresentanti dei lavoratori tra i membri dell'organo di amministrazione o dell'organo di vigilanza o dei rispettivi comitati o del gruppo dirigente competente per i centri di profitto della società, qualora sia prevista la rappresentanza dei lavoratori».

Alla medesima soluzione si deve arrivare anche nell'ipotesi in cui il diritto applicabile alla nuova società non contempli per i lavoratori operanti in sue filiali site in altri paesi, una facoltà di esercitare i diritti di partecipazione identica a quella di cui godono i lavoratori dello Stato in cui è situata la sede sociale (art. 16. lett. b): "... non contempla per i lavoratori di stabilimenti della società derivante dalla fusione transfrontaliera situati in altri Stati membri, un diritto ad esercitare diritti di partecipazione identico a quello di cui godono i lavoratori impiegati nello Stato membro in cui è situata la sede sociale della società derivante dalla fusione transfrontaliera”.

Giova sottolineare come, in base a tale disposizione anche le società aventi una soglia occupazionale inferiore alle 500 unità potranno usufruire del regime di cogestione qualora siano il risultato di una fusione nella quale ne goda almeno una delle partecipanti. Questo consente di concludere che si farà riferimento al suddetto numero di dipendenti soltanto se la società finale sarà situata in uno Stato dotato di una normativa più vantaggiosa per i lavoratori: infatti, nel caso in cui non si raggiungessero le 500 unità si applicherebbe semplicemente il principio generale di cui all'art. 16.

(7) Nello specifico si fa riferimento a quanto definito nell'art. 2 lettera k della direttiva del 2001, il quale definisce il termine "partecipazione" come "...l'influenza dell'organo di rappresentanza dei lavoratori e/o dei rappresentati dei lavoratori nelle attività di una società mediante: – il diritto di eleggere o designare alcuni dei membri dell'organo di vigilanza o di amministrazione della società, o – il diritto di raccomandare la designazione di alcuni o di tutti i membri dell'organo di vigilanza o di amministrazione della società e/o di opporvisi”.

Il minimo comune denominatore che sottende le eccezioni appena analizzate si riscontra nella loro concretizzazione ed è di nuovo da ricercarsi nelle disposizioni riguardanti la Società europea. Il comma terzo dell'art. 16, infatti, pone l'interprete dinanzi ad una scelta obbligata consistente nel diretto rinvio ad alcuni articoli del regolamento CE n. 2157/2001 e della direttiva n. 2001/86/CE. La normativa richiamata ha portata di applicazione generale in virtù del tredicesimo "considerando" del preambolo della XIV Direttiva (8).

Della Società europea e della relativa regolamentazione anche in tema di coinvolgimento dei lavoratori giova richiamare in questa sede soltanto gli elementi strettamente indispensabili all'analisi in corso.

Per quanto concerne la fonte regolamentare importa quanto stabilito dell'art. 12, paragrafi 2, 3 e 4. Nello specifico, l'iscrizione di una Società europea nel registro tenuto dallo Stato della sede potrà aver luogo "... soltanto previa conclusione di un accordo sulle modalità relative al coinvolgimento dei lavoratori ai sensi dell'articolo 4 della direttiva n. 2001/86/CE", ovvero "... previa decisione ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 6 di detta direttiva", oppure ancora "trascorso il periodo previsto per i negoziati ai sensi dell'articolo 5 di detta direttiva, non sia stato concluso un accordo".

L'accordo *ex art. 4* sarà altresì necessario nel caso in cui la persona giuridica venga costituita mediante fusione salvo il caso in cui nessuna delle società partecipanti fosse soggetta già da prima a norme di partecipazione. Infine, lo statuto della Società europea non dovrà mai essere in conflitto con le modalità relative al coinvolgimento dei lavoratori in questi termini stabilite e, laddove lo sia, sarà da modificarsi per quanto necessario.

Il dettato letterale dell'art. 16.3 della XIV Direttiva, tuttavia non si esaurisce in un mero "rinvio nel rinvio": infatti, attinge non soltanto alle norme appena analizzate, le quali a loro volta si basano su quanto introdotto dalla direttiva del 2001, ma dalla lettera a) alla lettera h) evidenzia ulteriori disposizioni della direttiva medesima di cui si rende necessaria l'applicazione. Il risultato ottenuto è quello di predisporre una normativa efficace in merito alla partecipazione dei lavoratori nelle imprese generatesi da fusione in un'ottica di continuità con la produzione legislativa precedente.

Anche riguardo il contenuto dei numerosi articoli della direttiva n. 2001/86/CE si ritiene opportuna soltanto una descrizione dei tratti essenziali rinviando, per un esame approfondito al capitolo iniziale. La lettera a) dell'art. 16 rinvia agli art. 3 paragrafi 1, 2 e 3, 4 (primo comma, primo trattino, e secondo comma) 5 e 7: tali riguardano la c.d. delegazione speciale di negoziazione il cui compito, anche in caso di fusione transfrontaliera sarà di stabilire assieme agli organi competenti delle società partecipanti le modalità del coinvolgimento dei lavoratori nella società finale tramite accordo scritto.

(8) Si veda sul punto PANNIER, *The EU cross border merger directive – a new dimension for employee participation and company restructuring*, in *European Business Law Review*, volume 16, 2005, pag. 1424-1442.

I possibili candidati ad entrare a far parte di tale organo, le maggioranze assembleari richieste per l'elezione ed i requisiti imprescindibili per poterne esercitare le prerogative sono naturalmente i medesimi già analizzati in precedenza. Alla successiva lettera *b*) vengono ripresi i primi tre paragrafi dell'art. 4: esso concerne i doveri di lealtà e reciproca collaborazione che avrebbero dovuto permeare le trattative per giungere all'accordo sulle modalità di coinvolgimento dei lavoratori del quale, successivamente, vengono dettagliatamente enumerati i requisiti sostanziali (il campo d'applicazione, la composizione, il numero di membri, le attribuzioni e la procedura prevista per l'informazione e la consultazione dell'organo di rappresentanza ecc...).

La durata e la legge applicabile alla procedura di negoziazione è tassativamente specificata dagli art. 5 e 6 della direttiva n. 2001/86/CE ripresi dalle lettere *c*) e *d*) dell'art. 16. I negoziati devono esaurirsi nel termine di sei mesi (prorogabili di comune accordo, fino ad un anno) dalla costituzione della delegazione speciale di negoziazione. Salvo diversa disposizione la legge applicabile alla procedura di negoziazione è quella dello Stato membro di stabilimento della società finale.

La lettera *e*), in seguito, si ricollega immediatamente a questo assunto rinviando ai tre paragrafi dell'art. 7 riguardante proprio l'applicazione pratica della suddetta normativa alla Società europea anche se è stato fatto oggetto di alcune deroghe *ad hoc* per renderlo maggiormente adattabile ai fini delle direttiva sulle fusioni transfrontaliere.

Alla lettera *f*) dell'art. 16, invece, vengono ribaditi i doveri di riservatezza che i membri della delegazione speciale di negoziazione sono necessariamente tenuti ad osservare, le misure accordate in materia di tutela e protezione dei rappresentanti dei lavoratori e gli obblighi di osservanza posti in capo agli Stati membri in riferimento alla direttiva stessa (artt. 8, 10 e 12 della direttiva n. 2001/86/CE), per i quali viene ribadito che "... possono adottare le misure necessarie a garantire che siano mantenute dopo l'iscrizione della società derivante dalla fusione le strutture della rappresentanza dei lavoratori delle società partecipanti che cesseranno di esistere come entità giuridiche distinte" (art. 13.4 della direttiva n. 2001/86/CE *ex art.* 16 lett. *g*)).

L'art. 16 illustra i principi e le modalità che i singoli Paesi dovranno osservare per attuare i diritti di partecipazione appena descritti. Essi, ad esempio, dovranno conferire agli organi delle società partecipanti alla fusione il diritto di scegliere di essere direttamente assoggettati alle disposizioni in materia di partecipazione stabilite dalla legislazione dello Stato membro in cui sarà situata la sede dell'impresa finale; ciò potrà avvenire anche attribuendo alla delegazione speciale di negoziazione il diritto di decidere di non avviare negoziati o di porre termine a quelli già avviati. (art. 16.4 lett. *a*) e *b*)).

Inoltre, gli Stati potranno stabilire di limitare la quota di rappresentanti dei lavoratori nell'organo di amministrazione della società finale con un unico limite inderogabile: qualora in una delle società partecipanti i rappresentanti dei lavoratori costituiscano almeno un terzo dell'organo di amministrazione o di vigilanza, tale limitazione non potrà mai tradursi in una quota di rappresentanti inferiore a un terzo (art. 16.4 lett. *c*)).

In ultimo giova sottolineare come ai singoli Stati membri non venga imposto l'obbligo di tener conto dei lavoratori impiegati in altri Paesi Ue al fine di calcolare l'ordine di grandezza delle soglie che permettono di accedere ai diritti di partecipazione secondo la legislazione interna: il riferimento, dunque riguarderà unicamente i lavoratori nazionali *ex art.* 16.5.

La *ratio* sottesa a tale esclusione è da individuarsi nella volontà del legislatore comunitario di non ingerirsi in modo eccessivo negli ordinamenti giuridici nazionali in ossequio al principio di sussidiarietà (art. 5 Tr. CE).

Le linee finali del complesso art. 16 concludono l'intera disciplina sul coinvolgimento dei lavoratori assicurando che la società finale debba necessariamente assumere una forma giuridica tale da assicurare la continuità dell'esercizio dei diritti di partecipazione; con tale limitazione si intende naturalmente evitare che la fusione costituisca un mezzo strumentale per mutare lo *status* delle imprese coinvolte al fine di limitarli o escluderli (art. 16.6).

Inoltre, "Qualora la società derivante dalla fusione transfrontaliera sia gestita in regime di partecipazione dei lavoratori è obbligata ad adottare provvedimenti per garantire la tutela dei diritti di partecipazione in caso di successive fusioni interne, entro tre anni dalla data in cui prende effetto la fusione transfrontaliera" (art. 16.7): la società finale assolverà a tale obbligo applicando di nuovo la normativa appena illustrata (9).

In merito alla partecipazione attiva dei lavoratori nella gestione dell'impresa si rendono necessarie in conclusione, alcune riflessioni. Si è avuto ampiamente modo di constatare come nella XIV Direttiva il legislatore comunitario abbia inteso riprendere ed ampliare i meccanismi di tutela introdotti da fonti legislative precedenti.

Tuttavia questo rafforzamento delle rappresentanze dei poteri delle delegazioni speciali di negoziazione ed i vincoli imposti alle società partecipanti alla fusione hanno dato luogo a diverse perplessità a livello dottrinale; nello specifico, non sono mancate prese di posizione particolarmente dubbiose in merito alla ragionevolezza delle suddette restrizioni, le quali arrivavano addirittura a dubitare della loro legittimità in rapporto ai principi fondamentali del diritto comunitario in generale e del diritto di stabilimento in particolare.

Ma, in realtà, oggi la normativa appena analizzata si trova sotto accusa per un altro motivo: si ritiene, infatti, che una forte presenza di lavoratori negli organi di gestione soprattutto nelle società di grandi dimensioni, possa

(9) Si veda, ad esempio, STORM, *Cross-border mergers, the rule of reason and employee participation*, in *European Company Law Review*, volume III, giugno 2006, pag. 130-138: in questa analisi l'autore esprime più di una perplessità in merito alla compatibilità di principi di cui agli art. 16 s. della XIV Direttiva con il dettato dell'art. 43 Tr.CE: "Undoubtedly, article 16 constitutes a restriction to the freedom of establishment. The question is whether this restriction is justified by the rule of reason (...) The problems of duplication of employee participation remains, but my general impression is that, considered as a part of CBM directive, article 16 is likely to pass the proportionality test" (pag. 137).

compromettere la celerità dei processi decisionali e, quindi, la competitività dell'impresa. Questo, invero, era un timore evidenziato già dallo Stato italiano, il quale fu l'unico ad opporsi all'introduzione del sistema di partecipazione dei lavoratori: ciò avvenne soprattutto sulla spinta delle organizzazioni sindacali le quali vedevano in tale situazione proprio un pericolo di eccessiva identificazione dei dipendenti nell'impresa e una conseguente confusione con le prerogative del *management*.

Il pericolo della creazione di forti legami e di scambi reciproci tra dirigenti e lavoratori sulla base di interessi politici e sindacali, il timore che membri dell'organo di supervisione, magari anche sprovvisti dell'indipendenza e delle competenze necessarie operassero nell'esclusivo interesse delle maestranze senza curarsi dei *managers* hanno, però, aperto gli occhi anche agli Stati da sempre sostenitori delle misure di cui sopra.

Non è, infatti un mistero che proprio la Germania stia valutando la possibilità di addivenire ad un ridimensionamento del sistema di partecipazione: le proposte di riforma del diritto societario tedesco hanno incontrato alterne fortune già a partire dal 2000 per arrivare nel 2004, ad un progetto elaborato sulla base delle proposte dell'Associazione tedesca dei datori di lavoro (BDA) e la Federazione delle industrie tedesche (BDI) avente come punto cardine il concetto di partecipazione come risultato di un costante processo di mediazione e negoziazione da applicare caso per caso a seconda delle dimensioni aziendali. Si è, dunque, compreso che la *Mitbestimmung* ben si poteva adattare al contesto del 1951 ove, complice l'esperienza dittatoriale nazista, si cercò di dare ai sindacati un ruolo fattivo nei consigli di sorveglianza per evitare ulteriori derive politiche ma, nel mercato globale attuale, fatto di decisioni strategiche prese rapidamente, comporterebbe il pericolo di far precipitare la Germania agli ultimi posti riguardo gli *standard* di *corporate governance*.

11. Il secondo aspetto relativo alle fusioni transfrontaliere di società di capitali che necessita di un breve approfondimento concerne il regime fiscale applicabile a tali operazioni straordinarie. In merito a questa fattispecie i testi normativi di riferimento sono due direttive: la n. 90/434/CEE e la n. 2005/19/CE entrambe invero, già considerate in precedenza nei loro tratti essenziali. Le presenti, infatti, devono essere necessariamente prese in considerazione congiuntamente, dal momento che quella successiva non ha fatto altro che ampliare le disposizioni della precedente riguardo le alleanze *cross-border*. Il concetto chiave racchiuso nella direttiva n. 90/434/CEE è ormai noto: la predisposizione di un regime fiscale comune applicabile alle fusioni, alle scissioni ed ai conferimenti d'attivo tra le società stabilite in Stati membri diversi.

Se, da una parte, questa enunciazione induce a ritenere che il legislatore comunitario abbia predisposto da subito una disciplina completa ed efficace capace di far fronte a tutte gli aspetti di natura tributaria legati a siffatte operazioni, dall'altra si deve realisticamente constatare come, quindici anni dopo, si sia reso quanto mai necessario un intervento integrativo. La direttiva del 1990, infatti, assolveva l'obiettivo, squisitamente microeconomico, di rendere fiscalmente neutre le operazioni straordinarie menzionate e, soltan-

to in via subordinata, anche a quello di incoraggiare le fusioni transfrontaliere nel mercato interno (10).

Gli sforzi del legislatore comunitario si erano dunque focalizzati sulla rimozione di tutte le disposizioni nazionali di natura fiscale potenzialmente penalizzanti, come si evinceva chiaramente dal preambolo della direttiva medesima: "... tali operazioni non devono essere intralciate da restrizioni, svantaggi e distorsioni particolari derivanti dalle disposizioni fiscali degli Stati membri; occorre quindi istituire regole fiscali neutre nei riguardi della concorrenza, per consentire alle imprese di adeguarsi alle esigenze del mercato comune, di migliorare la loro produttività e di rafforzare la loro posizione competitiva sul piano internazionale".

Per poter comprendere appieno le modifiche e le innovazioni apportate dalla direttiva n. 2005/1/CE in merito alle fusioni transfrontaliere si rende necessaria una succinta descrizione della direttiva n. 90. Dopo aver ribadito, *ex art. 1*, l'applicazione della medesima da parte dei singoli Paesi europei alle operazioni di fusione, scissione, conferimenti d'attivo e scambi di azioni riguardanti società di due o più Stati membri, la direttiva descrive le suddette operazioni nei loro tratti essenziali (*art. 2* lettere da *a*) a *i*), e *art. 3* lettere *a*), *b*), *c*)).

Il cuore innovativo della normativa in parola risiede nel successivo TITOLO II ove, nell'*art. 4*, si definisce chiaramente come la fusione (o altra operazione analoga) non comporti alcuna imposizione sulle plusvalenze determinate dalla differenza fra le attività e le passività trasferite, bensì soltanto su quelle che saranno realizzate *de facto*. Ecco, dunque, cosa debba concretamente intendersi con la terminologia "neutralità fiscale". Invero, la *ratio* di tale previsione era da ricercare nella volontà di evitare un'imposizione subito all'atto dell'operazione tutelando, allo stesso tempo, gli interessi dello Stato dell'acquisita. Per quanto concerne gli articoli successivi giova solamente osservarne il carattere eminentemente tecnico-pratico, aspetto che non solo contribuisce ad individuare negli esperti di diritto tributario i primi destinatari di tali disposizioni, ma consente anche di eleggere il precedente *art. 4* come il vero e proprio tratto distintivo e principio informatore della direttiva.

Brevemente, sempre in un'ottica di neutralità, agli Stati membri è prescritto di adottare le misure necessarie affinché gli accantonamenti o le riserve costituiti in franchigia parziale o totale di imposta "... siano riprese dalle stabili organizzazioni della società beneficiaria situate nello Stato della società conferente" (*art. 5*), e, di seguito, che l'assegnazione di titoli rappresentativi del capitale sociale della società beneficiaria (o acquirente) ad un socio della conferente (o acquistata) non comporti alcuna imposizione sul suo reddito, sui suoi utili o sulle sue plusvalenze (*art. 8*).

(10) Per una descrizione completa del contenuto della direttiva n. 90/434/CEE si veda no LECOURT, *L'influence du droit communautaire sur la constitution de groupements*, *Bibliothèque de droit privé*, tome 331, L.G.D.J. 2000, pag. 432-441, e MENEJUCQ, *Droit international et européenne des sociétés*, Paris, Montchrestien 2001, pag. 221-223.

In riferimento ai conferimenti d'attivo troverà applicazione tutta quanta la normativa di cui agli articoli precedenti *ex art. 9*: “Gli articoli 4, 5 e 6 si applicano ai conferimenti d'attivo” salvo particolari specificazioni nel caso in cui fra i beni conferiti figurino una “stabile organizzazione della società conferente”, situata in uno Stato membro diverso da quello di tale società: in questo caso allo Stato toccherà rinunciare ad ogni diritto all'imposizione di detta organizzazione (art. 10). La direttiva si conclude, tuttavia, con una disposizione dalla natura spiccatamente cautelare: la cd. “clausola di salvaguardia” di cui all'art. 11.

Questa consente a ciascun Paese membro di rifiutarsi di applicare in tutto o in parte le disposizioni dei titoli II, III e IV qualora risulti che le operazioni poste in essere abbiano come obiettivo principale la frode o l'evasione fiscale (art. 11.1). In aggiunta, dal fatto che anche solo una delle suddette operazioni non sia effettuata “... per valide ragioni economiche...”, si ammette la presunzione che il suo obiettivo reale fosse, appunto, uno dei siffatti reati (art. 11.1 lett. a)).

La clausola opera anche nel caso in cui una società non sia più in grado di soddisfare le condizioni richieste per la rappresentanza dei lavoratori negli organi della società secondo le modalità applicabili prima dell'operazione (art. 11.1 lett. b)). Questi sono gli elementi normativi caratterizzanti la direttiva del 1990 rappresentati nei loro tratti essenziali.

Le ragioni che, invece, hanno spinto le istituzioni dell'Unione a rivedere ma, soprattutto, ad ampliare la portata della politica fiscale applicabile alle operazioni di fusione transfrontaliere, risiede proprio nel loro costante incremento. Come, infatti, si è già brevemente accennato in precedenza, il fenomeno delle alleanze *cross-border* fra società di capitali di stati membri diversi ha subito nel corso degli ultimi anni una costante trasformazione.

I tratti distintivi di questo sviluppo sono rappresentati tanto dalla nascita di veri e propri nuovi modelli di persona giuridica (ad esempio, la Società europea e la Società Cooperativa europea), quanto da un loro differente modello di comportamento sui mercati. È, infatti, notorio come il principio base dell'odierno mondo degli affari sia quello di aumentare le proprie dimensioni su scala se non mondiale almeno europea nel minor tempo possibile. In questo, un ruolo decisivo lo hanno giocato lo sviluppo dell'economia globale, l'abbattimento della maggior parte dei vincoli normativi penalizzanti e, soprattutto, l'affacciarsi sui mercati internazionali di nuovi Paesi a seguito dell'allargamento dell'Unione, fenomeni che hanno rappresentato per le medie e grandi imprese un'opportunità di crescita più unica che rara.

Il legislatore non ha quindi potuto esimersi dall'individuare nuove soluzioni dal punto di vista fiscale che potessero facilmente collocarsi in questo scenario, dal momento che affrontare questi cambiamenti usufruendo soltanto di una normativa datata quindici anni addietro poteva dirsi una scelta eccessivamente ottimistica. La direttiva n. 2005/19/CE, del 17 febbraio, è stata, dunque, chiamata ad ottemperare alle suddette esigenze apportando da subito un notevole ampliamento all'elenco delle società interessate: oltre alle persone giuridiche già contemplate sono state, infatti, incluse altre realtà

quali le cooperative, le società di persone, le casse di risparmio, le mutue, le fondazioni, le associazioni.

Infatti, la lettera *k*) dell'Allegato annovera: le società di diritto italiano denominate "società per azioni", "società in accomandita per azioni", "società a responsabilità limitata", "società cooperative", "società di mutua assicurazione", nonché "gli enti pubblici e privati...".

Naturalmente, unico comune denominatore è l'esercizio, anche solo parziale, di un'attività economica. Giova specificare che, anche se non menzionate, tale regime è parimenti applicabile tanto alle Società europee quanto alle Società cooperative europee ed, anzi, proprio in merito a queste produrrà conseguenze positive evitando che vengano immediatamente tassate le plusvalenze generate da un eventuale trasferimento della loro sede. A stabilire questo è proprio uno degli articoli d'apertura della direttiva, l'art. 1.2 lett. *b*, che modifica l'art. 1 della direttiva n. 90/434/CEE: "Ogni Stato membro applica (la direttiva n. 90/434/CEE) ai trasferimenti di sede sociale da uno Stato membro all'altro operanti dalle società europee di cui al regolamento CE n. 2157/2001 (...) e dalle società cooperative europee di cui al regolamento CE n. 1435/2003...".

Si può dunque agevolmente notare come rimangano del tutto impregiudicati i connotati essenziali della direttiva del '90 ed, anzi, ne escano rafforzati. Costituiscono ancora valore portante elementi quali il rinvio dell'imposizione del reddito, degli utili e delle plusvalenze derivanti dalle riorganizzazioni aziendali, la tutela dei diritti di imposizione degli Stati membri, e l'eliminazione di eventuali ostacoli per la fluidità del mercato interno, come la duplice imposizione.

Infatti, l'art. 4 direttiva n. 2005/19/CE, sostitutivo di quello della direttiva precedente, non fa altro che confermare che la fusione e la scissione non comportano alcuna imposizione delle plusvalenze risultanti dalla differenza tra il valore reale degli elementi d'attivo e di passivo conferiti e il loro valore fiscale. Il medesimo articolo, tuttavia, non si esaurisce nella suddetta previsione ma richiama uno degli elementi innovativi introdotti *ex novo* dalla direttiva del 2005.

Esso, infatti, prevede l'applicazione del regime di neutralità anche alla: "... scissione parziale...". Si tratta di un vero e proprio nuovo tipo di operazione straordinaria denominato anche "*split-off*", una scissione limitata che non comporta l'estinzione della società conferente. Questa, dunque, rimane in vita anche se parte delle proprie componenti attive o passive sono state trasferite in uno dei rami di attività della beneficiaria tramite l'assegnazione ai propri soci di titoli rappresentativi del suo capitale sociale. Tale disposizione è immediatamente seguita da un'importante precisazione in merito alla pratica dello scambio d'azioni (art. 1.3 lett. *b*) (11). La nuova direttiva,

(11) Si veda l'art. 1.3 lett. *a*) della dir. n. 2005/19/CE che aggiunge la lettera *b*) *bis* all'art. 2 della dir. n. 90/434/CEE: "scissione parziale: l'operazione mediante la quale una società trasferisce, senza essere sciolta, mantenendo almeno un ramo di attività, uno o più

infatti, applica un criterio quantitativo omogeneo per la commisurazione delle partecipazioni reciproche in caso di fusione tra le società controllanti e le rispettive controllate, stabilendo che per ottenere l'esenzione fiscale sia sufficiente che una di esse abbia il possesso di una quota del 10% del capitale dell'altra. È importante sottolineare che tale regime troverà applicazione anche nel caso in cui una società intenda trasformare una propria succursale in una filiale. Come si ricorderà, le suddette strutture si differenziano notevolmente fra loro per un requisito sostanziale: la prima, in quanto semplice entità sussidiaria di un'impresa stabilita in un altro Stato membro, non è dotata di autonomia, mentre la seconda, per essere tale, ne deve essere necessariamente provvista.

Nella fattispecie in parola, dunque, la liquidazione della succursale a seguito del conferimento d'attivo nella filiale ed all'immediata attribuzione alla società "madre" delle proprie partecipazioni, non determinerà plusvalenze imponibili e, nello stesso tempo, non si arrecherà alcuna perdita all'erario dello Stato dove era sita, poiché le attività e le passività conferite continuano a soggiacere alla sua giurisdizione fiscale.

Avviandosi alla conclusione dell'esame in corso è necessario da ultimo prestare attenzione a quanto introdotto dalla nuova direttiva in merito alla lotta contro la frode e l'evasione fiscale. In tale frangente il legislatore comunitario, oltre a quanto già visto riguardo al trasferimento della sede di una S.E. o di una S.C.E. ha provveduto ad inserire nella dir. n. 90/434/CEE un titolo totalmente nuovo relativo al caso particolare delle "entità trasparenti".

Il TITOLO IV Bis dispone, dunque, che: "Qualora uno Stato membro consideri una società conferente o acquistata non residente come non trasparente sotto il profilo fiscale (...) esso ha il diritto di non applicare le disposizioni della presente direttiva per la tassazione dell'azionista diretto o indiretto di detta società per quanto riguarda il reddito, gli utili o le plusvalenze di detta società".

Lo Stato membro che esercita tale diritto potrà quindi imporre il pagamento della tassa normalmente applicabile al reddito, agli utili o alle plusvalenze della società. Naturalmente ciò potrà avvenire soltanto in seguito ad una attenta valutazione delle caratteristiche giuridiche dell'impresa derivanti dalla legge in forza della quale è stata costituita.

Ma i mezzi di reazione concessi ai singoli Paesi dell'Unione non si esauriscono nella disposizione appena analizzata. Infatti, nella medesima fattispecie ciascuno Stato godrà anche del diritto di non applicare *in toto* l'art. 8.1, .2 e .3 della direttiva, proprio quello che stabiliva per le operazioni straordinarie,

rami di attività a una o più società preesistenti o nuove, mediante l'assegnazione ai propri soci, secondo un criterio proporzionale, di titoli rappresentativi del capitale sociale delle società beneficiarie del conferimento ed eventualmente di un saldo in contanti che non superi il 10% del valore nominale o, in mancanza, del valore nominale, della parità contabile di tali titoli".

compresa la scissione parziale, il regime di neutralità fiscale, applicando alla società interessata lo stesso regime tributario a cui sarebbe stata soggetta se fosse stata residente nel territorio dello Stato membro in questione. In conclusione, le integrazioni offerte dalla direttiva n. 2005/19/CE sembrano in grado di colmare le lacune della direttiva n. 90/434/CEE, e di far fronte alle esigenze di chiarezza ed, anche, di legalità dell'attuale situazione europea. Ma questa è una valutazione esprimibile, per ora, soltanto "sulla carta": infatti, nonostante non si sia reso praticabile in questa sede un esame nella loro interezza, si deve, tuttavia, rilevare come il periodo di applicazione pratica delle suddette novità sia ancora eccessivamente breve per poter fare un bilancio effettivo e reale delle loro conseguenze.

12. La direttiva n. 2005/56/CE, così come succintamente illustrata nei suoi tratti fondamentali, costituisce in ultima analisi uno degli interventi normativi maggiormente auspicati nei settori produttivi dei singoli Paesi dell'Unione. Evitando di dilungarsi eccessivamente ribadendo le caratteristiche dell'attuale panorama societario europeo si può concludere rilevando che il legislatore abbia tentato di esaudire le diverse istanze provenienti dal mondo delle imprese. Richieste che, per la molteplicità degli interessi coinvolti, puntavano su di un compromesso per nulla agevole: la predisposizione di un testo legislativo che fosse in grado non solo di favorire le alleanze internazionali fra società in un contesto economico in continua accelerazione e mutamento, ma anche di salvaguardare i diritti fondamentali dei lavoratori, delle minoranze azionarie e dei terzi. È oltremodo necessario ricordare come la tematica da affrontare si rivelasse particolarmente delicata anche, e soprattutto, a causa dell'atteggiamento protezionista di diversi governi europei alle fusioni transfrontaliere. Tale avversione era invero da ricercarsi nella paura di una possibile perdita della loro influenza sulle nuove entità nate, da tali operazioni, dal momento che avrebbero potuto stabilire la propria sede in uno qualsiasi degli altri Paesi europei; concezione questa che avrebbe potuto anche andare a scontrarsi con gli interessi diffusi dei consumatori e, quindi, in aperto contrasto con la logica stessa del mercato.

Per queste ragioni, essendo perfettamente conscia del fatto che l'applicazione pratica della XIV Direttiva potrebbe generare situazioni spiacevoli e controproducenti, la Commissione ha già previsto di procedere ad un suo riesame e, se necessario, alle modifiche del caso, nel termine di cinque anni dalla sua entrata in vigore.

Dossier**Nuove aperture negli appalti *in house*
e nelle società miste****di Liliana Tassaroli^(*)**

SOMMARIO: 1. Premessa. -2. Appalti *in house*. -3. L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 1 del 2008. -4. Institutionalised Public-Private Partnerships (IPPP). -5. Differenze e aspetti comuni degli appalti *in house* e delle società miste. -6. I riflessi del Disegno di legge Lanzilotta e del Decreto Bersani in materia di "appalti *in house*". -7. La sentenza della Corte di Giustizia nella causa Adelfo c/o Tragsa. -8. Comunicazione Interpretativa della Commissione Europea del 5 febbraio 2008. -9. L'ultimo intervento della Corte di Giustizia. -10. Conclusioni.

IN ALLEGATO^():** 1. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza del 3 marzo 2008 n. 1. -2. Corte di Giustizia delle Comunità europee, Osservazioni del Governo italiano, causa pregiudiziale C-573/07. -3. Decreto legge 25 giugno 2008 n. 112, Art. 23-bis. -4. Corte di Giustizia delle Comunità europee, Seconda Sezione, sentenza del 17 luglio 2008 nella causa C-371/05.

1. Premessa

Oggetto del lavoro è l'analisi della disciplina degli "appalti *in house*" e delle società miste. Lo scopo è quello di focalizzare lo stato dell'arte di questi due istituti dopo una cospicua e non sempre coerente giurisprudenza e legislazione nazionale (1) e comunitaria.

La problematica dell'*in house providing* è particolarmente importante in quanto riguarda il settore degli appalti pubblici, che ha un ruolo fondamentale nella vita economica del nostro Paese; la Commissione europea sostiene che tale istituto sia "uno strumento strategico per ottimizzare il funzionamento del mercato unico europeo" (2).

2. Appalti *in house*

Gli "appalti *in house*" sono sostanzialmente degli appalti pubblici che vengono affidati a soggetti che sono parte della stessa amministrazione aggiudicatrice. L'espressione *in house providing* trova le sue origini nel libro

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

(**) Gli allegati sono pubblicati secondo l'ordine cronologico relativo alla redazione degli atti.

(1) Ultimo intervento in questa materia effettuato dal legislatore nazionale con D.L. 112 del 2008, vedi documento in allegato.

(2) Libro Bianco, "Gli appalti pubblici nell'Unione Europea", 1998.

bianco del 1998, nel quale la Commissione europea, con riferimento al settore degli appalti pubblici, definisce gli appalti *in house* come “*quelli aggiudicati all'interno della Pubblica amministrazione, ad esempio tra Amministrazione centrale e locale o, ancora, tra una Amministrazione ed una società interamente controllata*” (3).

La fattispecie degli appalti *in house* legittima l'affidamento diretto, senza previa gara, del servizio di un ente pubblico ad una persona giuridicamente distinta, qualora l'ente eserciti sulla seconda un controllo analogo a quello dallo stesso esercitato sui propri servizi e che la seconda realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che la controllano (4). L'affidamento diretto di un servizio pubblico viene consentito tutte le volte in cui un ente pubblico decida di affidare la gestione del servizio, al di fuori del sistema della gara, avvalendosi di una società esterna che sia qualificabile come una *longa manus* dell'ente stesso. Il modello di organizzazione è meramente interno, qualificabile in termini di delegazione interorganica (5), il che esclude l'applicazione della disciplina comunitaria dei pubblici appalti (6). Trattandosi di deroga ai principi di concorrenza, di non discriminazione e di trasparenza (7), tale istituto è ammissibile solo nel rispetto rigoroso di alcune condizioni, individuate dalla giurisprudenza comunitaria ed elaborate anche da quella nazionale. Le condizioni per la configurabilità dell'*in house providing*, costituendo un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, vanno interpretate restrittivamente secondo la giurisprudenza comunitaria e nazionale (8).

Negli ultimi mesi ci sono stati importanti sviluppi in questo ambito, sia a seguito dell'attività del giudice amministrativo nazionale che delle autorità comunitarie, che in varie occasioni sono tornati ad occuparsi dell'istituto cercando di cristallizzarne la disciplina.

(3) *Idem*.

(4) Corte Giustizia, sent. 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal*.

(5) La formula “delegazione interorganica” è utilizzata come sinonimo di “*in house providing*” per indicare quella forma gestionale “*che non esula dalla sfera amministrativa dell'amministrazione aggiudicatrice*”, in Libro Bianco “*Gli appalti pubblici nell'Unione Europea*” 1998, punto 2.1.3.

(6) Le direttive comunitarie 2004/17/CE e 2004/18/CE.

(7) “*Nel settore degli appalti pubblici e delle concessioni, nel caso in cui un'autorità pubblica affidi la prestazione di attività economiche a terzi trovano applicazione il principio di parità di trattamento e le sue specifiche manifestazioni, ossia il divieto di discriminazione in base alla nazionalità e gli articoli 43 e 49 del trattato CE, che riguardano rispettivamente la libertà di stabilimento e la libera prestazioni dei servizi. Più precisamente, i principi derivanti dagli articoli 43 e 49 del trattato CE comprendono non soltanto la non discriminazione e la parità di trattamento, ma anche la trasparenza, il mutuo riconoscimento e la proporzionalità*”. Si veda in proposito la comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario, GU C 121 del 29 aprile 2000, pag. 6.

(8) Corte di Giustizia sent. del 6 aprile 2006, C-410/04 e Consiglio di Stato, sez. II, parere n. 456 del 2007.

3. *L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 1 del 2008*

Il giudice amministrativo ha ritenuto la fattispecie oggetto del ricorso (affidamento diretto da parte di un'ASL del servizio di assistenza domiciliare territoriale ad una società mista, solo "controllata" dall'ente pubblico) non riconducibile all'ipotesi di un appalto *in house*, ma alla diversa ipotesi dell'affidamento del servizio a *società mista*. La linea di confine tra questi due modelli non è mai stata chiaramente delineata e si può sostenere che l'ascesa e la caduta del modello della società mista pubblico e privato non è nient'altro che il riflesso dell'evoluzione giurisprudenziale della nozione di affidamento diretto o *in house*. Infatti, dalle aperture iniziali del giudice nazionale che ha interpretato estensivamente il concetto di società *in house* fino ad includervi molte fattispecie di società miste a partecipazione pubblica maggioritaria (9), con conseguente esclusione della necessità di procedere all'affidamento del servizio attraverso procedure a evidenza pubblica, si è giunti progressivamente a un'interpretazione della nozione sempre più ristretta, prima da parte della Corte di Giustizia e poi dalla giurisprudenza nazionale (10). Su questo punto sembra che il Consiglio di Stato abbia finalmente raggiunto un punto fermo: l'*in house providing* e la società mista sono due istituti incompatibili tra loro, la configurabilità dell'una esclude l'altra (11). Il nodo centrale della questione riguarda l'applicabilità delle procedure ad evidenza pubblica alle società miste e l'affidamento diretto da parte della pubblica amministrazione in deroga alle disposizioni comunitarie in materia di appalti.

4. *Institutionalised Public-Private Partnerships (IPPP)*

Secondo il diritto comunitario, le società miste rientrano nel concetto di *Institutionalised Public-Private Partnerships (IPPP)*, la cui origine risale al "libro verde" della Commissione CE relativo al IPPP e al diritto comunitario degli appalti e delle concessioni. La Commissione ha precisato che il termine IPPP si riferisce in generale a "forme di cooperazione tra le autorità pubbliche e il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio" (12). Sono stati previsti due tipi di partenariato pubblico-privato: il tipo "puramente contrattuale" e quello "istituzionalizzato".

(9) Consiglio di Stato, sez. V, sent. n. 272 del 2005, si afferma che la società per azioni a capitale pubblico maggioritario costituisce un modello alternativo alle aziende speciali e pertanto l'affidamento del servizio può avvenire senza esperimento di una procedura di gara.

(10) Secondo M. Clarich, "Le società miste a capitale pubblico e privato tra affidamenti in "house" e concorrenza per il mercato", in Corriere giuridico n. 7 del 2007, editoriale Enti pubblici.

(11) Consiglio di Stato, sez. II, parere n. 456 del 2007 e Ad. Plenaria n. 1 del 2008.

(12) Libro verde del 30 aprile 2004.

Il primo è quello “*basato esclusivamente su legami contrattuali tra i vari soggetti. Esso definisce vari tipi di operazioni, nei quali uno o più compiti, più o meno ampi, vengono affidati al partner privato*”. I modelli di partenariato di tipo contrattuale più conosciuti sono l'appalto e la concessione.

Il modello di partenariato di tipo istituzionalizzato più conosciuto è quello della società mista, basata sulla cooperazione tra il settore pubblico e quello privato in seno a un'entità distinta detenuta congiuntamente dal partner pubblico e dal partner privato, la quale ha la “missione” di assicurare la fornitura di un'opera o di un servizio a favore del pubblico.

È bene precisare che a livello comunitario non esiste una normativa specifica sulla costituzione dei IPPP.

5. Differenze e aspetti comuni degli appalti in house e delle società miste

Il modello di società mista che si è sviluppato e diffuso in Italia non coincide né con quello ipotizzato dalla Commissione europea né con quello *in house*, anche se presenta degli aspetti comuni.

Le società miste previste dal nostro ordinamento condividono con gli organismi *in house* la possibilità di essere affidatarie dirette degli incarichi ad esse attribuiti, nonché, almeno di solito, la prevalenza della loro attività a favore dell'ente o degli enti pubblici che le costituiscono.

La società mista si differenzia dagli organismi *in house*, perché i controlli che su di esse esercitano gli enti pubblici che le costituiscono sono quelli che vengono normalmente esercitati dai soci di una società di capitali e che non hanno nulla a che vedere con i controlli ai quali devono essere sottoposti gli organismi *in house*.

Le società miste del nostro diritto interno condividono con quelle previste dalla Commissione europea la necessità che il socio privato venga scelto mediante una procedura concorrenziale. Pertanto, se è vero che alle società miste previste dall'ordinamento interno gli incarichi sono affidati direttamente, è del pari vero che il coinvolgimento dei privati nello svolgimento di tali incarichi avviene attraverso una procedura concorrenziale e, quindi, nel rispetto del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni.

Questi due modelli, la società mista nazionale e quella comunitaria, si differenziano in quanto nella prima l'attività ad essa affidata non è, almeno di norma, svolta dai soci, ma direttamente dalla società con la propria organizzazione imprenditoriale, per cui il ruolo che esercita il socio pubblico non è quello di un semplice controllore, come previsto dal secondo.

Analizzati gli aspetti comuni e le differenze di questi due istituti, possiamo ora all'evoluzione legislativa della disciplina nazionale delle società miste.

6. I riflessi del Disegno di legge Lanzilotta e del Decreto Bersani in materia di “appalti in house”

In Italia, negli ultimi quindici anni, si è detto che la privatizzazione della gestione dei servizi pubblici è un processo imposto dal diritto comunitario e/o dalla “*mano invisibile del mercato*”. Il Testo Unico degli enti locali del

2000, riconosce ai Comuni il potere di scegliere il proprio modello organizzativo di gestione dei servizi (pubblico, misto, privato); nel disegno di legge Lanzilotta (13) la modalità di gestione dei servizi è unica con l'esternalizzazione e l'uso del modello privatistico della società per azioni. L'ex ministro per gli Affari regionali, Linda Lanzillotta, ha dichiarato: "*Vogliamo restituire al mercato ciò che è del mercato. Vogliamo riaprire un'area di mercato che è stata progressivamente occupata da soggetti pubblici in modo improprio. Con l'articolo 13 del decreto legge sulle liberalizzazioni abbiamo voluto mettere fine a questa situazione e il divieto per le società pubbliche che svolgono un'attività strumentale di acquisire nuovi contratti fuori del loro territorio di casa è già in vigore*" (14). È stata l'ex ministro a proporre l'inserimento nel decreto legge Bersani della norma (15) che vieta l'ulteriore espansione di società pubbliche che, forti della rendita data dall'affidamento senza gara in casa, vanno poi fuori ad acquisire altri contratti.

Il tentativo del legislatore è quello di mettere sullo stesso piano l'attività svolta dal settore pubblico e da quello privato, dimenticando il fine che caratterizza e differenzia questi due ambiti. La pubblica amministrazione nello svolgimento della sua attività persegue l'interesse generale della collettività mentre le società private da sempre rimangono ancorate all'"utile".

Il tema dell'*in house* è disciplinato dall'art. 13 della legge 4 agosto 2006 n. 248, di conversione del D.L. 4 luglio 2006, n. 223. Tale articolo stabilisce che l'ambito soggettivo di applicazione della normativa riguarda esclusivamente le società a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali o locali. È assente ogni riferimento ad amministrazioni o ad enti statali, cosicché le relative società sono da ritenersi escluse dall'ambito di applicazione della disposizione. Tale mancanza priva il nostro ordinamento di una legislazione sistematica e completa.

L'art. 13 stabilisce un particolar regime giuridico per le società che rientrano nell'ambito di applicazione di questa normativa. Infatti, esse non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti, pubblici o privati che siano. La normativa richiede una corrispondenza soggettiva tra enti pubblici titolari del capitale sociale ed enti beneficiari delle prestazioni effettuate da tale società. La società deve svolgere tutta la sua attività, e non solo la parte principale di essa, a favore dell'ente socio: deve operare solo per quest'ultimo. In questa ottica, il decreto Bersani detta una disciplina più rigorosa rispetto agli indirizzi della giurisprudenza comunitaria, che non esigono l'esclusività a favore dell'ente affidante e che, invece, ammettono che la società pubblica svolga anche un'attività a favore di altri soggetti. Per queste

(13) Disegno di legge n. 772 recante delega al Governo per il riordino dei servizi pubblici locali presentato dal Presidente del Consiglio dei ministri (Prodi), dal Ministro per gli affari regionali e le autonomie locali (Lanzilotta) e dal Ministro dello sviluppo economico (Bersani) di concerto col Ministro dell'interno (Amato) e col Ministro delle infrastrutture.

(14) Intervista Linda Lanzillotta di Giorgio Santilli da *Il Sole 24ore* del 14 luglio 2006.

(15) Art. 13 della legge 4 agosto 2006 n. 248, di conversione del D.L. 4 luglio 2006, n. 223.

società sussiste il divieto di partecipare ad altre società o enti. L'obiettivo della disposizione è quello di evitare che, attraverso l'acquisizione di partecipazioni azionarie, si eluda in via indiretta l'obbligo di svolgere attività esclusivamente per i propri azionisti e quello di tutelare la concorrenza.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato considera regola ormai acquisita nel nostro ordinamento la necessità, in ambito di costituzione di società miste, di ricorrere a procedure selettive per la scelta del partner privato. Tale regola è riscontrabile anche nel testo dell'art. 1, comma 2, del D.Lgs. n. 163 del 2006 che prescrive che "*Nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica*". Ne consegue una vera e propria enunciazione del principio secondo cui, nella costituzione di società miste, consentite nei soli casi già previsti da una disciplina speciale, nel rispetto del principio di legalità, la scelta del socio deve avvenire "*con procedure di evidenza pubblica*".

È prescritto che tali società abbiano come oggetto sociale esclusivo la produzione di beni e di servizi strumentali all'attività degli enti partecipanti o lo svolgimento *esternalizzato* di funzioni amministrative di loro competenza. In questo modo, il legislatore ha voluto evitare che queste società possano diversificare i loro ambiti di attività, estendendole in settori diversi ove deve pienamente operare il regime di concorrenza.

Questi interventi legislativi hanno ingiustificatamente irrigidito l'ambito di operatività della pubblica amministrazione e l'eccessivo rigore è evidente anche in una recente sentenza della Corte di Lussemburgo.

7. La sentenza della Corte di Giustizia nella causa Adelfo c/o Tragsa

La Corte di Giustizia, con la sentenza del 19 aprile 2007, resa in causa pregiudiziale C-295/95 (*Ademfo c/o Tragsa*), ha aperto "*un spiraglio ad un significativo allargamento dell'in house providing*" (16). La novità e l'importanza della decisione consiste nella circostanza che abbia applicato i noti principi degli appalti *in house* (a partire dalla sentenza *Teckal* del 1999) ad una società che opera nell'interesse di più amministrazioni pubbliche e presenta una struttura organizzativa tipica delle imprese. La Transformación Agraria SA è una società statale spagnola, che presta servizi essenziali in materia di sviluppo rurale e conservazione dell'ambiente e al cui capitale partecipano enti locali. La Tragsa è uno strumento esecutivo e servizio tecnico dell'amministrazione ed è tenuta ad effettuare in via esclusiva, direttamente o per il tramite delle sue controllate, i lavori ad essa attribuiti dall'amministrazione generale dello Stato, nelle materie che costituiscono l'oggetto sociale della società e segnatamente quelli che hanno carattere urgente o che sono stati

(16) G. Fiengo, "*Un significativo allargamento dell'in house providing*", in *Rassegna Avvocatura dello Stato* n. 1 del 2007.

ordinati in seguito alla constatazione di situazioni urgenti. Per i lavori, l'assistenza tecnica, le consulenze e le forniture e la prestazione di servizi ad essa affidati la Tragsa e le sue filiali ricevono un corrispettivo pari ad un importo corrispondente alle spese da loro sostenute, in applicazione di un sistema tariffario predeterminato. La Corte di Lussemburgo ha ritenuto che non viola le direttive sugli appalti né crea distorsioni della concorrenza il fatto che le amministrazioni pubbliche si attrezzino per auto-produrre attività e servizi che potrebbero in alternativa costituire prestazioni da richiedere al mercato degli appalti. La premessa dell'operazione è che l'amministrazione disponga di "fabbriche, scorte, officine o servizi tecnici ed industriali idonei alla realizzazione delle opere progettate". In tale contesto l'attività di un'impresa pubblica costituisce strumento lecito di razionalizzazione degli interventi e utile paragone per la conoscenza dei costi effettivi del settore degli appalti.

Dal confronto del decreto Bersani con questa sentenza si evince una disciplina italiana più penalizzante per la pubblica amministrazione rispetto a quella riservata dalla Corte di Giustizia, in quanto la normativa nazionale richiede una corrispondenza soggettiva tra enti pubblici titolari del capitale sociale ed enti beneficiari delle prestazioni effettuate da tale società. La società deve svolgere tutta la sua attività, e non solo la parte principale di essa, a favore dell'ente socio: deve operare solo per quest'ultimo.

8. Comunicazione Interpretativa della Commissione Europea del 5 febbraio 2008

Un ulteriore atto che merita di essere analizzato in materia di società miste è la comunicazione interpretativa COM(2007)6661 della Commissione europea del 5 febbraio 2008 relativa all'applicazione del diritto comunitario su appalti e concessioni alle società miste pubblico-private. Con questo documento, la Commissione ha cercato di colmare le lacune lasciate dalle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE. Con questa iniziativa di *soft law*, la Commissione chiarisce che i requisiti di ammissibilità del ricorso all'*in house providing* devono essere interpretati restrittivamente alla luce della giurisprudenza comunitaria e che questo non deve costituire un ostacolo alla creazione di IPPP, per le quali è richiesto solo il rispetto della concorrenza. Lo scopo della Commissione è quello di chiarire quando e come le regole comunitarie in materia di appalti pubblici e concessioni si applicano alla costituzione di società miste. La Commissione sostiene che "l'incertezza giuridica che regna attorno alla partecipazione di partner privati ai IPPP può nuocere al successo della formula. Il rischio di dar vita a strutture basate su contratti che successivamente possono rivelarsi non conformi al diritto comunitario può dissuadere le autorità pubbliche e i soggetti privati dal costituire partenariati pubblico-privati istituzionalizzati" (17). "L'obiettivo

(17) Comunicazione interpretativa della Commissione del 5 febbraio 2008 C(2007)6661.

della comunicazione è accrescere la certezza del diritto e, soprattutto, dare una risposta alle preoccupazioni espresse da più parti circa l'applicazione del diritto comunitario alla partecipazione di partner privati nei IPPP, vista da alcuni come un elemento che rischia di rendere tale formula poco attraente se non addirittura impraticabile" (18). La Commissione ha fondato questo documento sul principio della Corte di Giustizia, secondo il quale la partecipazione di un socio privato nel capitale esclude che sia ipotizzabile il ricorso all'*in house providing* rispetto alla società in questione. In effetti la Corte di Lussemburgo ha rilevato che la partecipazione, anche minoritaria o potenziale (19), di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice esclude in ogni caso la possibilità di una relazione "interna" (*in house*), sottratta in linea di principio alla normativa in materia di appalti pubblici, tra l'amministrazione aggiudicatrice e la società in questione (20). "La costituzione del IPPP, le disposizioni di diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni impongono all'amministrazione aggiudicatrice di seguire una procedura equa e trasparente quando procede alla selezione del partner privato che, nell'ambito della sua partecipazione all'entità a capitale misto, fornisce beni, lavori o servizi, o quando procede all'aggiudicazione di un appalto pubblico o di una concessione a un'entità a capitale misto. In ogni caso, le amministrazioni aggiudicatrici non possono "ricorrere a manovre dirette a celare l'aggiudicazione di appalti pubblici di servizi a società ad economia mista" (21). "Per costituire un IPPP in modo conforme ai principi del diritto comunitario, evitando nel contempo i problemi connessi ad una duplice procedura, si può procedere nel modo seguente: il partner privato è selezionato nell'ambito di una procedura trasparente e concorrenziale, che ha per oggetto sia l'appalto pubblico o la concessione da aggiudicare all'entità a capitale misto, sia il contributo operativo del partner privato all'esecuzione di tali prestazioni e/o il suo contributo amministrativo alla gestione dell'entità a capitale misto. La selezione del partner privato è accompagnata dalla costituzione del IPPP e dall'aggiudicazione dell'appalto pubblico o della concessione all'entità a capitale misto" (22). La Commissione sottolinea, poi,

(18) *Idem*.

(19) Il Consiglio di Stato, nel confermare i principi della sentenza della Corte di Giustizia del 13 ottobre 2005, *Parking Brixen*, ha statuito che i requisiti dell'affidamento *in house* non sussistono nel caso in cui il capitale della società affidataria sia "aperta" ai privati.

(20) Se con la sentenza *Stadt Halle* la Corte di Giustizia ha escluso la possibilità di affidamenti diretti quando il soggetto aggiudicatore è partecipato da privati, con la più recente sentenza *Parkin Brixen* il giudice comunitario si è spinto ancora oltre sancendo l'illegittimità dell'affidamento diretto nel caso in cui nonostante la titolarità totalmente pubblica del gestore, non sembra comunque possibile che la pubblica amministrazione possa esercitare il controllo analogo.

(21) Comunicazione interpretativa della Commissione del 5 febbraio 2008 C(2007)6661 p. 5.

(22) *Idem*.

che non è assolutamente necessario bandire due gare (scelta del partner privato ed affidamento dell'opera o del servizio): per operare un affidamento conforme ai principi comunitari ed evitare al tempo stesso la doppia gara basterà selezionare il *partner* privato dell'IPPP mediante un'unica gara, che abbia ad oggetto sia il contratto pubblico da assegnare alla futura società mista, sia la scelta del *partner* con la specificazione del contributo operativo che quest'ultimo dovrà eseguire e/o del contributo alla gestione della società. Il suggerimento della Commissione alle stazioni appaltanti (ed alle imprese che con le stesse collaborano) è di definire "a monte" il rapporto negoziale con il partner privato della società mista, conformemente ai principi comunitari di trasparenza e concorrenza.

La comunicazione interpretativa della Commissione europea ha una posizione diversa rispetto a quella dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato in merito: la prima non ritiene necessaria la doppia gara per la scelta del partner privato e per l'affidamento, mentre il Consiglio di Stato la raccomanda in caso di servizi pubblici locali. Quale posizione operativa occorre prendere in merito? L'augurio che al più presto la giurisprudenza e la legislazione nazionali possano dare delle indicazioni in merito e soprattutto in linea con le indicazioni comunitarie, evitando dispendio di energie in cause e in rinvii pregiudiziali inutili.

9. L'ultimo intervento della Corte di Giustizia

La Corte di Giustizia sembra aver operato un'ulteriore interpretazione estensiva del concetto di *in house providing* alla luce della recentissima sentenza del 17 luglio 2008, causa C-371/05 (*Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*).

La causa si riferisce a un contratto di fornitura di servizi informatici affidati mediante convenzione, senza una procedura ad evidenza pubblica, dal Comune di Mantova alla società ASI. Il fatto era stato oggetto dell'attenzione da parte della Commissione europea che presentò ricorso dinanzi alla Corte di Lussemburgo per constatare la violazione da parte dello Stato italiano degli obblighi che le gli incombono in forza della direttiva 92/50, in particolare degli artt. 11 e 15, n. 2. La Corte di Giustizia accoglie il ricorso della Repubblica italiana e condanna la Commissione europea alle spese processuali. La sentenza sembra poter essere letta come una ulteriore apertura nella direzione di una interpretazione estensiva dell'istituto dell'*in house providing*.

Il giudice comunitario afferma che "si deve rilevare che la possibilità per i privati di partecipare al capitale della società aggiudicataria, in considerazione in particolare della forma societaria di quest'ultima, non è sufficiente, in assenza di una loro effettiva partecipazione al momento della stipula di una convenzione come quella di cui trattasi nella presente causa, per concludere che la prima condizione, relativa al controllo dell'autorità pubblica, non sia soddisfatta. Infatti, per ragioni di certezza del diritto, l'eventuale obbligo per l'amministrazione aggiudicatrice di procedere ad una gara d'appalto dev'essere valutato, in via di principio, alla luce delle condizioni esistenti alla data dell'aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui

trattasi... Circostanze particolari, segnatamente qualora risulti che l'apertura del capitale dell'ente interessato a soci privati era prevista sin dall'assegnazione del suddetto appalto pubblico, possono, di certo, richiedere che sia presa in considerazione la partecipazione effettiva di detti soci intervenuta successivamente a tale assegnazione (23). Tuttavia, nella fattispecie, è giocoforza constatare che la Commissione non è riuscita a fornire la prova dell'esistenza di tali circostanze particolari... Nel caso in cui diversi enti detengano un'impresa, la condizione relativa all'attività può ricorrere qualora tale impresa svolga la parte più importante della propria attività non necessariamente con questo o con quell'ente, ma con tali enti complessivamente considerati. Di conseguenza, l'attività da prendere in considerazione nel caso di un'impresa detenuta da vari enti è quella realizzata da detta impresa con tutti questi enti (24)''(25).

Dalla lettura della pronuncia della Corte di Giustizia ci sono alcuni punti che meritano di essere sottolineati.

Sembra poter cogliere dalle parole del giudice comunitario che l'apertura potenziale al capitale privato non è più un ostacolo per la configurazione di appalti *in house*. Il giudice, nazionale, deve effettuare un controllo concreto al momento dell'aggiudicazione dell'appalto sulla presenza e sull'ingerenza del privato.

La lettura combinata di questa sentenza con quella della Tragsa sembra suggerire la possibilità da parte delle amministrazioni o enti statali di costituire società miste e procedere all'affidamento *in house*, colmando in tal modo il vuoto lasciato dal Decreto Bersani in merito.

10. Conclusioni

A seguito della sentenza del 17 luglio del 2008, per i due istituti, della società mista e dell'*in house providing*, non sembra più sostenibile la loro incompatibilità. Inoltre, si può finalmente affermare il superamento dello "spauracchio" dell'apertura nazionale ai soci privati, a condizione che questi non possano incidere sulla gestione dell'ente di nuova costituzione.

Dall'analisi degli atti in merito alla disciplina dell'*in house providing* e delle società miste è chiaro che la posizione presa dal Consiglio di Stato nell'adunanza plenaria è sostanzialmente uguale a quella dettata dal legislatore nazionale, e in questo non ci sarebbe niente di male, se non che ancora una volta le istituzioni comunitarie sono già andate oltre, superando quegli ostacoli che la nostra disciplina nazionale fatica a superare. Il rischio è che seppur l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato sia recente, essa potrebbe

(23) V., in tal senso, Corte di Giustizia, sent. del 10 novembre 05, causa C-29/04, *Commissione/Austria*, punto 38.

(24) V. Corte di Giustizia, sent. del 11 maggio 2006, causa C-340/04, *Carbotermo e Consorzio Alisei*, cit., punti 70 e 71.

(25) Corte di Giustizia sent. del 17 luglio 2008, causa C-371/05.

essere già stata superata alla luce di un'interpretazione sistematica degli atti comunitari.

(All. 1)

Sentenza del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Adunanza Plenaria, 10 dicembre 2007-3 marzo 2008, n. 1, sul ricorso in appello proposto da Azienda Sanitaria Locale (A.S.L.) 19 di Asti/Medicasa Italia S.p.A./Regione Piemonte e Azienda Multiservizi Ospedalieri e Sanitari (A.M.O.S.) S.p.A.

(... *Omissis*)

Fatto e diritto

1. Medicasa Italia s.p.a. impugnava in primo grado i seguenti atti dell'Azienda sanitaria locale (A.S.L.) 19 di Asti:

- a) provvedimenti sconosciuti, con cui si è inteso affidare direttamente all'Azienda multiservizi ospedalieri e sanitari (A.M.O.S.) s.p.a. il servizio di assistenza domiciliare;
- b) ogni atto presupposto, connesso e/o collegato a quelli impugnati, ivi compresa la nota 4 ottobre 2006, n. 19835.

Successivamente Medicasa Italia s.p.a. impugnava con motivi aggiunti i seguenti provvedimenti della detta A.S.L.:

- c) determina del direttore del dipartimento tecnico logistico F.F. 23 ottobre 2006, n. 520 T.L.;
- d) determina del detto direttore 26 ottobre 2006, n. 526/T.L.;
- e) ogni altro atto presupposto, connesso e/o collegato a quelli impugnati, compresa la citata nota n. 19835/2006;
- f) note in data 25-26 ottobre 2006.

Veniva chiesta anche la condanna dell'A.S.L. 19 di Asti al risarcimento del danno.

Il primo giudice, con la sentenza indicata in epigrafe, ha accolto il ricorso e i motivi aggiunti.

L'A.S.L. 19 di Asti ha dapprima proposto appello avverso il dispositivo, per i seguenti motivi:

- 1) erroneità dell'appellata sentenza per inammissibilità del ricorso di primo grado;
- 2) erroneità dell'appellata sentenza per violazione, sotto altro profilo, dell'art. 9-bis del D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, e successive modificazioni e integrazioni, e per infondatezza del ricorso di primo grado.

Una volta pubblicata la sentenza, ha poi notificato motivi di appello avverso la stessa.

Medicasa Italia s.p.a. si è costituita in giudizio, resistendo al ricorso e, con successiva memoria, ha replicato ai motivi di appello successivamente notificati.

La sezione quinta di questo Consiglio, con decisione 23 ottobre 2007, n. 5587, ha rimesso la causa all'esame dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

L'A.S.L. 19 di Asti ha poi depositato memoria.

2. Di seguito si espongono i tratti essenziali della controversia per cui è causa, come ricostruiti anche dalla sezione quinta di questo Consiglio con la decisione n. 5587/2007.

L'A.S.L. 19 di Asti, con bando spedito per le pubblicazioni in data 11 maggio 2006, aveva indetto una gara avente a oggetto "individuazione partner per la fornitura di supporto integrativo per attività sanitarie territoriali di cura alla persona" per la durata di cinque anni.

Successivamente, il direttore amministrativo dell'A.S.L. inviava la nota prot. n. 19835 in data 4 ottobre 2006 a Medicasa Italia s.p.a., attuale gestrice del servizio, e (per conoscenza) alla società mista A.M.O.S. s.p.a., avente il seguente contenuto: "Avendo intenzione di procedere all'affidamento diretto alla società AMOS, da noi controllata, della gestione dell'assistenza domiciliare territoriale, si invita la Ditta in indirizzo a mettere a disposizione della società AMOS tutti i dati relativi alla gestione di che trattasi", precisando che l'A.S.L. 19 di Asti aveva acquisito da uno degli azionisti pubblici una quota del capitale della società A.M.O.S. (il 18% del totale). Quest'ultima società era stata costituita nel 2004 con la partecipazione di numerosi soggetti sia pubblici che privati.

Il provvedimento era impugnato da Medicasa Italia s.p.a., nella sua duplice qualità di attuale titolare della gestione del servizio di assistenza domiciliare e di soggetto imprenditoriale operante nel settore, interessato ad aspirare all'affidamento del nuovo servizio tramite l'espletamento di una gara pubblica.

In seguito, la società ricorrente, con motivi aggiunti depositati in data 3 novembre 2006, chiedeva l'annullamento, previa adozione di misura cautelare: della determina del direttore del dipartimento tecnico logistico F.F. n. 520/T.L. in data 23 ottobre 2006, in corso di esecutività, con la quale l'A.S.L. 19 di Asti aveva revocato la procedura ristretta indetta con determina n. 247/T.L. in data 27 aprile 2006 per l'individuazione di partner per la fornitura di supporto integrativo per attività sanitarie territoriali di cura alla persona (cure sanitarie domiciliari) e aveva affidato il predetto servizio ad A.M.O.S. s.p.a. per un triennio; della determina n. 526/T.L. in data 26 ottobre 2006, con la quale il detto direttore aveva rettificato la determina n. 520/T.L. in data 23 ottobre 2006 dichiarandone l'immediata esecutività; di ogni altro atto presupposto, connesso e/o collegato a quelli impugnati, ivi comprese la nota 4 ottobre 2006, n. 19835, con la quale l'A.S.L. 19 di Asti aveva invitato la ricorrente a mettere a disposizione di A.M.O.S. s.p.a. tutti i dati relativi alla gestione dell'assistenza domiciliare "avendo intenzione di procedere all'affidamento diretto" alla società innanzi citata, e, da ultimo, le note in data 25-26 ottobre 2006, con cui la stessa amministrazione aveva comunicato la revoca della procedura ristretta precedentemente bandita e l'affidamento diretto, immediatamente esecutivo, del servizio alla società mista A.M.O.S. s.p.a..

3. Il primo giudice, con la sentenza appellata, ha accolto il ricorso e i motivi aggiunti di Medicasa Italia s.p.a., annullando i provvedimenti impugnati, ma, per genericità della richiesta e mancata quantificazione, non ha disposto il risarcimento del danno. Lo stesso, in particolare, ha:

a) respinto le eccezioni di inammissibilità del ricorso;

b) chiarito che il *thema decidendum* riguarda la legittimità dell'affidamento diretto del servizio di assistenza domiciliare a una società mista pubblico-privato, in cui la società è composta da una pluralità di aziende sanitarie (che complessivamente detengono la maggioranza del capitale sociale) e dai soci privati che sono stati scelti con una procedura negoziata a evidenza pubblica;

c) ritenuto – aderendo al parere reso dalla sezione seconda di questo Consiglio il 18 aprile 2007 con il n. 456 – che non sia accettabile l'opinione per cui, per il solo fatto che il socio privato sia scelto tramite procedura a evidenza pubblica, sarebbe in ogni caso possibile l'affidamento diretto;

d) affermato che, nella specie, l'argomento usato dall'amministrazione, per cui la scelta dei soci privati attraverso la procedura negoziata a evidenza pubblica implicherebbe necessariamente la legittimità dell'affidamento del servizio di assistenza domiciliare, non è condivisibile; posto che:

d.a) come si evince dall'oggetto statutario della società, si è in presenza di una società avente un oggetto plurimo e variegato dal punto di vista qualitativo, per cui non si può affermare che la scelta con gara del socio, effettuata "a monte" della costituzione della società, garantisca gli stessi effetti di una pubblica gara da svolgersi con riferimento al singolo servizio;

d.b) non vi è alcuna norma statutaria che limiti l'operatività della società A.M.O.S. entro l'ambito territoriale all'interno del quale operano le aziende sanitarie che partecipano al capitale sociale della medesima società;

d.c) ai sensi dell'art. 7 dello statuto della società A.M.O.S., con riguardo alla cedibilità delle azioni, vi è un'ampia possibilità di accesso al capitale della società da parte di soggetti privati, per i quali non viene rispettata la regola della scelta con procedura a evidenza pubblica;

e) ritenuto infondata la tesi secondo cui il principio di libera concorrenza sarebbe sostanzialmente rispettato essendo stato consentito a tutti gli operatori di entrare a fare parte della stessa società, data la diversità tra la partecipazione a una gara per l'aggiudicazione di un singolo servizio e la partecipazione a gara per la scelta di partner per una società "multiutilities";

f) affermato che, al di fuori dei ristrettissimi limiti in cui è ammissibile il fenomeno dell'*in house providing*, l'affidamento del servizio deve avvenire previa gara; così come ritenuto – diversamente dall'avviso della sezione seconda di questo Consiglio espresso con il parere n. 456/2007 (sul punto non condiviso) – anche dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, il quale, con la decisione 27 ottobre 2006, n. 589: ha disapplicato, per contrasto con la giurisprudenza comunitaria, l'art. 113, comma 5, lett. b), del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (secondo cui "L'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio... a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche"); e statuito che la costituzione di una società mista, pure con la scelta del socio a seguito di gara, non esime dall'effettuazione di una seconda gara per l'affidamento del servizio.

4. La sezione quinta di questo Consiglio, con la decisione n. 5587/2007 di rimessione all'adunanza plenaria, ha respinto il primo motivo di appello, ritenendo: infondata l'eccezione dell'A.S.L. appellante di inammissibilità del ricorso di primo grado – secondo cui Medicasa Italia s.p.a. non avrebbe alcun interesse all'impugnazione dell'affidamento diretto alla società mista A.M.O.S. – in quanto l'art. 9-bis del D.Lgs. n. 502/1992 non prevede affatto un divieto assoluto di esternalizzazione dell'attività di cura alla persona e non impedisce l'affidamento a terzi, con pubblica gara, dei relativi servizi; e, quindi, sussistente la legittimazione di Medicasa Italia s.p.a. a contestare i provvedimenti di affidamento del servizio alla società A.M.O.S..

Ha poi deferito all'esame dell'adunanza plenaria le seguenti questioni:

1) in tema di *in house providing*:

a) quali siano, in linea di diritto e alla stregua dell'ordinamento europeo e nazionale, le condizioni prescritte per il legittimo affidamento *in house*;

b) delineare le coordinate di riferimento del concetto di prevalenza dell'attività svolta per l'amministrazione affidante;

c) quali siano i contorni essenziali della nozione di "controllo analogo";

2) in tema di diversi profili attinenti alla legittimità dell'affidamento di contratti pubblici o servizi a società miste, in assenza di un'apposita procedura di gara:

d) se il parere della sezione seconda di questo Consiglio n. 456/2007 sia condivisibile nella parte in cui:

d.a) afferma l'equivalenza tra il contratto di società e l'appalto, valutandosi la necessità, o meno, di deferire alla Corte di giustizia la seguente specifica questione: "se sia compatibile o meno con il diritto comunitario la regola di diritto interno che permette l'affidamento diretto di un servizio rientrante nell'ambito applicativo della direttiva n. 18/2004 effettuato da una amministrazione aggiudicatrice in favore di una società mista, costituita dalla stessa amministrazione e da altri soci privati, individuati mediante apposita gara ad evidenza pubblica";

d.b) indica, quali condizioni per ammettere l'affidamento diretto alla società mista:

d.b.a) l'esistenza di un'apposita norma speciale che lo consenta;

d.b.b) l'affidamento con procedura di evidenza pubblica dell'attività operativa della società mista al partner privato tramite la stessa gara volta all'individuazione di quest'ultimo, valutandosi l'opportunità di demandare alla Corte di giustizia anche uno specifico quesito interpretativo, concernente i limiti di compatibilità con il diritto comunitario di una partecipazione societaria privata di carattere meramente finanziario, purché la procedura selettiva per l'individuazione del socio privato abbia consentito, in modo trasparente e imparziale, di scegliere l'impresa in possesso delle prescritte attitudini professionali, che abbia offerto la migliore proposta;

d.b.c) la necessità di delimitare adeguatamente le finalità della società mista cui affidare il servizio senza gara, con la conseguente illegittimità di affidamenti diretti a "società miste aperte", o a finalità generalista;

d.b.d) la necessità di motivare in modo particolarmente approfondito la scelta organizzativa di ricorrere alla società mista anziché rivolgersi integralmente al mercato;

d.b.e) la necessità di stabilire un limite temporale ragionevole alla durata del rapporto sociale, accompagnata dall'espressa previsione della scadenza del periodo di affidamento per evitare che il socio divenga "socio stabile" della società mista;

d.b.f) l'esistenza di un concreto riferimento allo svolgimento di attività e funzioni pubbliche, con la conseguente esigenza di chiarire la portata di siffatto requisito;

e) se sia legittimo l'affidamento di un servizio effettuato senza gara a una società mista da parte di un'amministrazione che abbia acquistato successivamente la partecipazione nella società stessa e quando la società non era stata appositamente costituita per quella specifica attività oggetto dell'affidamento.

5. L'adunanza plenaria ritiene, innanzitutto, di circoscrivere la sua pronuncia all'esame di quelli che sono i motivi di appello ancora da decidere, dato che il primo motivo è stato respinto dalla sezione quinta con la decisione di remissione all'adunanza stessa.

L'A.S.L. appellante, con il secondo motivo, censura la pronuncia di accoglimento del primo giudice, secondo cui è illegittimo l'affidamento senza gara (o diretto) del servizio di assistenza domiciliare a una società mista, anche se con partecipazione maggioritaria pubblica e con iniziale scelta dei soci privati effettuata attraverso apposita procedura selettiva di evidenza pubblica. L'A.S.L. sostiene che:

1) sussisterebbero le regole fissate dalla sezione seconda di questo Consiglio, con il parere n. 456/2007, per legittimare l'affidamento diretto a società mista, poiché:

1.1) A.M.O.S. s.p.a. non sarebbe una società a oggetto plurimo avendo invece l'attività sociale scopo delimitato e specifico; il socio operativo è stato scelto previa gara; e la sperimentazione ha durata limitata;

1.2) non sarebbe esatto che essa può operare anche all'esterno rispetto alle aziende sanitarie che l'hanno costituita;

1.3) non sarebbe esatto che le previsioni dell'atto costitutivo della società in ordine alla cedibilità delle quote incidono negativamente sulla possibilità di un affidamento diretto del servizio; 1.4) vi sarebbe lo specifico dettato normativo costituito dall'art. 9-bis, comma 1, del D.Lgs. n. 502/1992;

2) per effetto dell'art. 13, comma 2, del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla l. 4 agosto 2006, n. 248 (così detto decreto Bersani, secondo cui le società miste "sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1"), sussisterebbe nella specie il controllo analogo che, secondo l'orientamento della Corte di giustizia dell'Unione europea (U.E.), consente comunque l'affidamento diretto.

L'appellante ha chiesto anche, in via subordinata, il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'U.E. con riguardo agli artt. 13 del d.l. n. 223/2006, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 248/2006, e 9-bis del D.Lgs. n. 502/1992.

Le prospettazioni essenziali dell'appello sono le seguenti:

a) nella fattispecie in esame sussisterebbero i requisiti concreti del "controllo analogo" a quello operato sui propri servizi interni, esercitato dall'amministrazione committente sulla società attuatrice del servizio, tali da giustificare l'affidamento senza gara, secondo il modulo operativo e gestionale riconducibile alla formula del legittimo *in house providing*, delineato dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale;

b) in ogni caso, sarebbe legittimo l'affidamento di un servizio, senza gara, a una società mista a prevalente partecipazione pubblica i cui soci privati siano stati individuati all'esito di procedure selettive aperte, trasparenti e non discriminatorie, conformi al diritto comunitario e ai suoi principi.

6. Ciò premesso, con riguardo alla natura e alla struttura di A.M.O.S. s.p.a., l'adunanza plenaria deve precisare quanto segue.

A.M.O.S. s.p.a. è stata costituita il 4 ottobre 2004, con durata stabilita sino al 31 dicembre 2024, tra l'Azienda sanitaria ospedaliera (A.S.O.) S. Croce e Carle di Cuneo (con il 43,10%), l'A.S.L. n. 15 di Cuneo (con il 4%), l'A.S.L. n. 16 di Mondovì-Ceva (con il 10%), l'A.S.L. n. 17 di Savigliano (con il 10%), l'A.S.L. n. 18 di Alba e Bra (con il 3%) e altre sette società private (MARKAS s.r.l. con il 4,85%, GPI s.r.l. con il 4,85%, CON.I.COS s.p.a. con il 4,10%, H.C. HOSPITAL CONSULTING con il 4,10%, IDROCENTRO s.p.a. con il 4%, RICCOBONO s.p.a. con il 4% e BCS s.r.l. con il 4%).

I soggetti privati sono stati scelti attraverso un procedimento a evidenza pubblica, con procedura negoziata indetta il 17 settembre 2003 e conclusasi con la deliberazione del direttore generale dell'A.S.O. S. Croce e Carle di Cuneo n. 546 in data 29 marzo 2004, che ha approvato gli esiti della procedura per la scelta dei soci di minoranza; divisi in soci finanziari, soci del settore sanitario e soci del settore non sanitario.

L'art. 7 dello statuto prevede che la proprietà delle azioni, i diritti di usufrutto sulle stesse, nonché i relativi diritti di opzione sono liberamente trasferibili tra soggetti pubblici; mentre, negli altri casi, l'alienazione è subordinata alla preventiva autorizzazione del consiglio di amministrazione, entro il termine di trenta giorni, scaduto il quale l'autorizzazione si considera concessa.

L'A.S.L. 19 di Asti ha deliberato in data 14 giugno 2006 l'acquisto dall'A.S.O. S. Croce e Carle di Cuneo di una quota pari al 18% del capitale sociale di A.M.O.S. s.p.a. (delibera del commissario n. 15). I soci privati partecipano, quindi, al capitale sociale per circa il 30% delle azioni.

Il presidente del consiglio di amministrazione della società (organo collegiale composto da nove membri) è nominato dai soli soci di parte pubblica, mentre il vice presidente è desi-

gnato dai soli soci privati. Il consiglio di amministrazione è eletto dall'assemblea con il sistema delle liste separate, prevedendosi che alla lista la quale ottenga il maggior numero di voti siano attribuiti 6 seggi e i restanti tre alla lista che segue in graduatoria.

Mancano specifiche clausole statutarie o regole di funzionamento tipiche della società che garantiscano una qualche forma di intenso e dominante controllo dell'amministrazione sulla struttura societaria. Il collegio sindacale della società è composto da tre membri, di cui uno solo è scelto dalle amministrazioni (con funzioni di presidente), mentre uno è designato dai soci privati e il terzo dall'assemblea. Il comitato tecnico di controllo, organo cui è affidato il compito di sovrintendere all'operato del presidente e dell'amministratore delegato per le attività svolte a favore delle aziende pubbliche socie di A.M.O.S., è composto da due membri designati dai soci privati, mentre uno soltanto è individuato dai soci pubblici.

La società mista ha un oggetto sociale variegato che comprende, ai sensi dell'art. 4 dello statuto: a) la prestazione di servizi alberghieri e amministrativi; b) l'attività di gestione e manutenzione di beni, sia mobili che immobili (incluse le aree verdi); c) la prestazione di servizi ospedalieri e territoriali [attività di laboratorio analisi, di radiologia e neuroradiologia, attività anestesiologicala (di supporto a chirurgia ambulatoriale, *day surgery* e chirurgia a bassa complessità), dialisi per cronici, riabilitazione]. La società potrà compiere tutte le operazioni commerciali, immobiliari, mobiliari e finanziarie ritenute necessarie o utili per il conseguimento dell'oggetto sociale e così tra l'altro anche l'assunzione, nei limiti di legge, di partecipazioni in altre società o enti aventi oggetto sociale analogo, affine o complementare al proprio.

Dal maggio 2006 A.M.O.S. s.p.a. non è più una società meramente operativa, ma è diventata un gruppo (holding), che detiene la totalità della partecipazione in Energy Service (società che gestisce l'intermediazione di energia), nonché la maggioranza delle quote di SIA s.p.a. (società che provvede all'archiviazione di dati) e di AMG Lavanderie Domino (che svolge servizi di lavanderia).

Va poi ribadito che, nella specie, né l'originario statuto di A.M.O.S. s.p.a., né gli atti della gara preordinata alla scelta del socio privato hanno indicato la concreta possibilità di estensione dell'attività nell'ambito dell'A.S.L. 19 di Asti.

7. Quanto all'attività affidata ad A.M.O.S. s.p.a., l'adunanza plenaria condivide le considerazioni svolte dalla sezione quinta di questo Consiglio con la decisione n. 5527/2007. Si tratta dell'esecuzione di prestazioni sociosanitarie, intese come attività atte a soddisfare bisogni di salute della persona, ossia di cura e assistenza di persone assistite dal Servizio sanitario nazionale (art. 3-*septies*, commi 1 e 2, del D.Lgs. n. 502/1992 e art. 1 della l.r. del Piemonte 8 gennaio 2004, n. 1).

Le prestazioni non sono riconducibili, immediatamente, alla disciplina comunitaria e nazionale specificamente riferita ai contratti pubblici di servizi [direttiva 31 marzo 2004, n. 2004/18/CEE e D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture)]. Ma vanno riportate alla previsione dell'allegato II B (che elenca i "servizi sanitari e sociali") dell'art. 20 del D.Lgs. n. 163/2006 (il quale attua gli artt. 20 e 21 della direttiva 2004/18/CEE, nonché gli artt. 31 e 32 della direttiva 2004/17/CEE, riprendendo le previsioni già contenute nell'art. 3, comma 2, del D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 157 e nell'art. 7, comma 3, del D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 158). Secondo l'art. 20, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006, l'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B è disciplinata esclusivamente dagli artt. 68 (specifiche tecniche), 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento) e 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati). Tuttavia, secondo l'art. 27, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006, "l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'applica-

zione del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità” e “L’affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l’oggetto del contratto.” Resta ferma, quindi, la necessità di rispettare le regole generali di diritto interno e i principi del diritto comunitario.

Indicativa dell’individuazione di un appalto di servizi è, nella specie, la circostanza per cui l’A.S.L. 19 di Asti corrisponde ad A.M.O.S. s.p.a. (per l’espletamento del servizio) un canone mensile, oltre a un importo per ogni accesso del personale infermieristico e riabilitativo (così come prima il tutto veniva pagato a Medicasa Italia s.p.a., precedente gestore).

L’adunanza plenaria rileva che la diretta erogazione delle prestazioni (da parte del gestore del servizio) in favore della collettività, ossia degli utenti del Servizio sanitario nazionale, potrebbe indurre anche a configurare un servizio pubblico anziché un appalto di servizi. Ma ciò non sposta il problema di fondo. Trattandosi di attività di rilevanza economica oggetto di contratto da stipulare con una pubblica amministrazione, devono sempre applicarsi le regole della Comunità europea sulla concorrenza e, in particolare, gli obblighi di parità di trattamento e di trasparenza.

Si tratta dei principi del Trattato, che sono quelli di:

- a) libertà di stabilimento (art. 43);
- b) libera prestazione dei servizi (art. 49);
- c) parità di trattamento e divieto di discriminazione in base alla nazionalità (artt. 43 e 49);
- d) trasparenza e non discriminazione (art. 86, che vieta le misure di favore a vantaggio delle imprese che godono di diritti speciali o esclusivi e di quelle pubbliche).

Anche nell’ambito dei servizi pubblici deve essere assicurata l’apertura alla concorrenza (C. giust. CE: 13 settembre 2007, C-260/04; sez. I, 13 ottobre 2005, C-458/03). Ogni interessato ha diritto di avere accesso alle informazioni adeguate prima che venga attribuito un servizio pubblico, di modo che, se lo avesse desiderato, sarebbe stato in grado di manifestare il proprio interesse a conseguirlo (C. giust. CE, sez. I, 10 novembre 2005, C-29/04). Inoltre, trasparenza e pubblicità devono essere date alla notizia dell’indizione della procedura di affidamento; imparzialità o non discriminatorietà devono determinare le regole di conduzione di questa.

Si rimanda, in particolare, all’art. 30 del D.Lgs. n. 163/2006 (dal titolo “Concessione di servizi”), il quale, al comma 3, richiama i “principi generali relativi ai contratti pubblici” (nel rispetto dei quali, oltre che di quelli “desumibili dal Trattato”, deve avvenire la scelta del concessionario di servizi), che sono quelli di “trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità”; principi i quali impongono la previa indizione di una gara, seppure informale.

I principi generali del Trattato valgono comunque anche per i contratti e le fattispecie diverse da quelle concretamente contemplate; quali (oltre alla concessione di servizi) gli appalti sottosoglia e i contratti diversi dagli appalti tali da suscitare l’interesse concorrenziale delle imprese e dei professionisti (ad esempio, le concessioni di beni pubblici di rilevanza economica; da ultimo, Cons. Stato, sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 362).

Va rilevato, infine, che, nella specie, trattandosi di attività inerente il Servizio sanitario nazionale affidata da una A.S.L., non si applicano le disposizioni relative ai servizi pubblici locali, riferite, nel loro ambito soggettivo, alle sole amministrazioni di cui al D.Lgs. n. 267/2000 (testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali) e, in particolare, le prescrizioni di cui all’art. 113 (“servizi pubblici locali di rilevanza economica”).

8. L’espressione *in house providing* compare per la prima volta nel libro bianco del 1998, nel quale la Commissione europea, con riferimento al settore degli appalti pubblici,

specifica il concetto degli appalti *in house* come “quelli aggiudicati all’interno della Pubblica amministrazione, ad esempio tra Amministrazione centrale e locale o, ancora, tra una Amministrazione ed una società interamente controllata”.

La situazione di *in house* legittima l’affidamento diretto, senza previa gara, del servizio di un ente pubblico a una persona giuridicamente distinta, qualora l’ente eserciti sul secondo un controllo analogo a quello dallo stesso esercitato sui propri servizi e la seconda realizzi la parte più importante della propria attività con l’ente o con gli enti che la controllano (C. giust. CE, 18 novembre 1999, C-107/98, Teckal). L’affidamento diretto di un servizio pubblico viene consentito tutte le volte in cui un ente pubblico decida di affidare la gestione del servizio, al di fuori del sistema della gara, avvalendosi di una società esterna (ossia, soggettivamente separata) che presenti caratteristiche tali da poterla qualificare come una “derivazione”, o una *longa manus*, dell’ente stesso. Da qui, l’espressione *in house* che richiama, appunto, una gestione in qualche modo riconducibile allo stesso ente affidante o a sue articolazioni.

Si è in presenza di un modello di organizzazione meramente interno, qualificabile in termini di delegazione interorganica. Mentre, la disciplina comunitaria dei pubblici appalti va applicata se l’ente affidatario sia distinto dall’amministrazione aggiudicatrice sul piano formale e sia autonomo sul piano sostanziale.

Trattandosi di deroga ai principi di concorrenza, non discriminazione, e trasparenza (tutti costituenti canoni fondamentali del trattato istitutivo della Comunità europea), siffatto istituto è stato ritenuto ammissibile solo nel rispetto di alcune rigorose condizioni, individuate dalla giurisprudenza comunitaria ed elaborate anche da quella nazionale.

È stato affermato che, in astratto, l’affidamento diretto del servizio viola il principio di concorrenza sotto un duplice profilo: a) da una parte, sottrae al libero mercato quote di contratti pubblici, nei confronti dei quali le imprese ordinarie vengono escluse da ogni possibile accesso; b) dall’altra, si costituisce a favore dell’impresa affidataria una posizione di ingiusto privilegio, garantendole l’acquisizione di contratti. Il tutto si traduce nella creazione di posizioni di vantaggio economico che l’impresa *in house* può sfruttare anche nel mercato, nel quale si presenta come “particolarmente” competitiva, con conseguente alterazione della *par condicio* (per l’analisi delle distorsioni economiche derivanti dall’affidamento diretto, e anche per la giurisprudenza comunitaria in materia, si veda Cons. giust. amm. reg. sic. 4 settembre 2007, n. 719).

Le misure contenitive adottate già in ambito comunitario per eliminare o ridurre i suddetti inconvenienti sono costituite dalle stringenti condizioni poste per rendere legittimo l’affidamento *in house*, rappresentate da:

- 1) il così detto “controllo analogo a quello svolto sui propri servizi”, necessariamente esercitato dall’ente pubblico nei confronti dell’impresa affidataria;
- 2) il rapporto di stretta strumentalità fra le attività dell’impresa “*in house*” e le esigenze pubbliche che l’ente controllante è chiamato a soddisfare.

La giurisprudenza comunitaria, in particolare, ha utilizzato l’espressione *in house providing* per identificare il fenomeno di “autoproduzione” di beni, servizi o lavori da parte della pubblica amministrazione: la quale acquisisce un bene o un servizio attingendoli all’interno della propria compagine organizzativa senza ricorrere a “terzi” tramite gara (così detta esternalizzazione) e dunque al mercato (a partire da C. giust. CE, 18 novembre 1999, C-107/98, Teckal). In ragione del “controllo analogo” e della “destinazione prevalente dell’attività”, l’ente *in house* non può ritenersi terzo rispetto all’amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell’amministrazione stessa: non è, pertanto, necessario che l’amministrazione ponga in essere procedure di evidenza pubblica per l’affidamento di appalti.

I requisiti dell'*in house providing*, costituendo un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, vanno interpretati restrittivamente (C. giust. CE, 6 aprile 2006, C-410/04 e Cons. Stato, sez. II, n. 456/2007).

La sussistenza del controllo analogo viene esclusa in presenza di una compagine societaria composta anche da capitale privato, essendo necessaria la partecipazione pubblica totalitaria. Infatti, la partecipazione (pure minoritaria) di un'impresa privata al capitale di una società, alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare su detta società un controllo analogo a quello che essa svolge sui propri servizi [C. giust. CE: sez. II, 19 aprile 2007, C-295/05, Asociación de Empresas Forestales c. Transformación Agraria SA (TRASGA); 21 luglio 2005, C-231/03, Consorzio Corame; 11 gennaio 2005, C-26/03, Stadt Halle]. Occorre, quindi, che l'ente possieda l'intero pacchetto azionario della società affidataria (Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 2006, n. 4440; in precedenza Cons. Stato, sez. V, 22 dicembre 2005, n. 7345 aveva ritenuto che la quota pubblica dovesse essere comunque superiore al 99%).

Tuttavia, la partecipazione pubblica totalitaria è necessaria ma non sufficiente (C. giust. CE, 11 maggio 2006, C-340/04; Cons. Stato, sez. VI, 1° giugno 2007, n. 2932 e 3 aprile 2007, n. 1514), servendo maggiori strumenti di controllo da parte dell'ente rispetto a quelli previsti dal diritto civile. In particolare:

- a) lo statuto della società non deve consentire che una quota del capitale sociale, anche minoritaria, possa essere alienata a soggetti privati (Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072);
- b) il consiglio di amministrazione della società non deve avere rilevanti poteri gestionali e all'ente pubblico controllante deve essere consentito esercitare poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale (Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514);
- c) l'impresa non deve avere acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo dell'ente pubblico e che risulterebbe, tra l'altro: dall'ampliamento dell'oggetto sociale; dall'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutta l'Italia e all'estero (C. giust. CE: 10 novembre 2005, C-29/04, Mödling o Commissione c. Austria; 13 ottobre 2005, C-458/03, Parking Brixen);
- d) le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante (Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2007, n. 5).

In sostanza si ritiene che il solo controllo societario totalitario non sia garanzia della ricorrenza dei presupposti dell'*in house*, occorrendo anche un'influenza determinante da parte del socio pubblico, sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti (C. giust. CE, 11 maggio 2006, C-340/04, società Carbotermo e Consorzio Alisei c. Comune di Busto Arsizio). Ne consegue che l'*in house* esclude la terzietà, poiché l'affidamento avviene a favore di un soggetto il quale, pur dotato di autonoma personalità giuridica, si trova in condizioni di soggezione nei confronti dell'ente affidante che è in grado di determinarne le scelte, e l'impresa è anche sotto l'influenza dominante dell'ente.

Da ultimo (Cons. giust. amm. reg. sic. 4 settembre 2007, n. 719), sempre in aggiunta alla necessaria totale proprietà del capitale da parte del soggetto pubblico, si è ritenuto essenziale il concorso dei seguenti ulteriori fattori, tutti idonei a concretizzare una forma di controllo che sia effettiva, e non solo formale o apparente:

- a) il controllo del bilancio;
- b) il controllo sulla qualità della amministrazione;
- c) la spettanza di poteri ispettivi diretti e concreti;
- d) la totale dipendenza dell'affidatario diretto in tema di strategie e politiche aziendali.

L'*in house*, così come costruito dalla giurisprudenza comunitaria, sembra rappresentare, più che un modello di organizzazione dell'amministrazione, un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, le quali richiedono la previa gara.

L'adunanza plenaria ritiene, pertanto, come rilevato inizialmente anche dalla sezione quinta di questo Consiglio con la decisione n. 5527/2007, che nella specie non vi siano i presupposti per configurare un'ipotesi di *in house providing*. Ciò in quanto deve escludersi, in via generale, la riconducibilità del modello organizzativo della società mista a quello dell'*in house providing*. E A.M.O.S. s.p.a. è una società mista a capitale pubblico di maggioranza in cui circa il 30% del capitale appartiene a privati.

Si prescinde, conseguentemente, dall'esame delle varie questioni in tema di "*in house providing*" così come rimesse dalla sezione quinta.

9. La fattispecie per cui è causa va riportata nell'ambito dell'affidamento dei servizi a società (non interamente posseduta dall'ente pubblico, ma) a capitale misto pubblico/privato. Il fenomeno delle società miste rientra nel concetto di partenariato pubblico privato (PPP), la cui codificazione risale al "libro verde" della Commissione CE relativo al PPP e al diritto comunitario degli appalti e delle concessioni. Nel "libro verde", presentato il 30 aprile 2004, la Commissione ha affermato che il termine PPP si riferisce in generale a "forme di cooperazione tra le autorità pubbliche e il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio".

La Commissione, nel citato "libro verde", ha ritenuto di potere individuare due tipi di partenariato pubblico-privato; e precisamente il tipo "puramente contrattuale" e quello "istituzionalizzato".

La *ratio* dell'istituto va rinvenuta nella difficoltà dell'amministrazione di reperire risorse necessarie ad assicurare la fornitura di un'opera o di un servizio alla collettività. In un quadro di questo tipo, il ricorso a capitali ed energie private diventa momento quasi ineludibile nel difficile compito di garantire un'azione amministrativa efficiente ed efficace, fortemente improntata a criteri di economicità. L'acquisizione del patrimonio cognitivo, composto di conoscenze tecniche e scientifiche, maturato dal privato nelle singole aree strategiche di affari, costituisce un arricchimento del *know-how* pubblico oltre che un possibile alleggerimento degli oneri economico-finanziari, che le pubbliche amministrazioni devono sopportare in sede di erogazione di servizi o di realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità.

Sia la Commissione che il Parlamento europeo concordano nel ritenere che le forme di PPP non costituiscono "l'anticamera" di un processo di privatizzazione delle funzioni pubbliche, dal momento che le sinergie tra pubblica amministrazione e soggetti privati possono generare effetti positivi per la collettività, atteggiandosi a strumento alternativo alla stessa privatizzazione. Per questo motivo l'assemblea di Strasburgo ha qualificato, senza mezzi termini, il PPP, in tutte le sue manifestazioni, come un possibile strumento di organizzazione e gestione delle funzioni pubbliche, riconoscendo alle amministrazioni la più ampia facoltà di stabilire se avvalersi o meno di soggetti privati terzi, oppure di imprese interamente controllate oppure, in ultimo, di esercitare direttamente i propri compiti istituzionali.

Il PPP di tipo "puramente contrattuale" è quello "basato esclusivamente su legami contrattuali tra i vari soggetti. Esso definisce vari tipi di operazioni, nei quali uno o più compiti più o meno ampi – tra cui la progettazione, il finanziamento, la realizzazione, il rinnovamento o lo sfruttamento di un lavoro o di un servizio – vengono affidati al partner privato".

I modelli di partenariato di tipo puramente contrattuale più conosciuti sono l'appalto e la concessione.

I partenariati pubblico privato di tipo istituzionalizzato sono, secondo la Commissione europea (si veda il citato “libro verde”), quelli che implicano una cooperazione tra il settore pubblico e il settore privato in seno a un’entità distinta; che implicano, cioè, la creazione di un’entità detenuta congiuntamente dal partner pubblico e dal partner privato, la quale ha la “missione” di assicurare la fornitura di un’opera o di un servizio a favore del pubblico.

Il modello di partenariato di tipo istituzionalizzato più conosciuto è quello della società mista. La Commissione europea tende ad assimilare il partenariato pubblico-privato di tipo “istituzionalizzato” a quello di tipo “puramente contrattuale” e, perciò, a considerare applicabile anche al primo tipo di partenariato il “diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni”. Ciò ha delle ovvie ricadute sulle modalità di scelta del partner privato, essendo chiaro che anche in tal caso, pur in assenza di norme specifiche, devono applicarsi, come avviene per l’affidamento a terzi di servizi mediante concessioni, le norme del Trattato sulla libera prestazione dei servizi e sulla libertà di stabilimento, nonché i principi di trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e reciproco riconoscimento.

La necessità di ricorrere a procedure selettive per la scelta del partner privato con il quale costituire società miste costituisce una regola ormai acquisita nell’ordinamento interno. E comunque l’unico limite posto dal Parlamento europeo consiste nel rispetto dei principi di concorrenza, trasparenza, parità di trattamento, proporzionalità; principi, tutti, che trovano cittadinanza all’interno del Trattato dell’U.E.. Anche perché lo stesso “libro verde” precisa che la *partnership* pubblico-privato va senz’altro favorita ma non può rappresentare un modo per eludere la disciplina della concorrenza.

Al riguardo il D.Lgs. n. 163/2006 si limita, all’art. 1, comma 2, a prescrivere che, “Nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e/o gestione di un’opera pubblica o di un servizio, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica”. La norma ha così inteso solo codificare il principio secondo cui, in questi casi, la scelta del socio deve comunque avvenire “con procedure di evidenza pubblica” (Cons. Stato, sez. II, n. 456/2007).

10. La sezione quinta, nel rimettere all’esame dell’adunanza plenaria, ha rilevato come la questione della possibilità di affidare direttamente il servizio a società partecipate dall’ente pubblico, allorquando le esigenze di tutela della concorrenza siano state rispettate a monte, col previo esperimento della pubblica gara indetta per l’individuazione del partner privato, trova in giurisprudenza soluzioni non univoche.

Ad atteggiamenti di totale chiusura nei confronti della possibilità di affidare direttamente a società miste la gestione dei servizi [che postulerebbero, invece, l’esperimento di una specifica gara, diversa e successiva rispetto a quella necessaria all’individuazione del socio privato di minoranza (soluzione fatta propria dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana con la citata decisione n. 589/2006)], fa da contraltare la tesi sostenuta da una parte della dottrina e della giurisprudenza, secondo cui la società mista a prevalente partecipazione pubblica può essere sempre affidataria diretta dei servizi, alla sola condizione che la scelta del contraente privato sia avvenuta mediante trasparenti procedure selettive.

Una posizione intermedia tra i due riferiti orientamenti è stata espressa dalla sezione seconda di questo Consiglio, con il citato parere n. 456/2007, che si incentra sulla ritenuta ampia fungibilità tra lo schema funzionale della società mista e quello dell’appalto. In altri termini, secondo la sezione consultiva, la gestione del servizio può essere indifferentemente affidata con apposito contratto di appalto, o con lo strumento alternativo del contratto di società, costituendo apposita società a capitale misto. Nel caso del “socio di lavoro”, “socio industriale” o “socio operativo” (come contrapposti al “socio finanziario”), si è affermato che l’attività che

si ritiene “affidata” (senza gara) alla società mista sia, nella sostanza, da ritenere affidata (con gara) al partner privato scelto con una procedura di evidenza pubblica, la quale abbia a oggetto, al tempo stesso, anche l’attribuzione dei suoi compiti operativi e la qualità di socio.

In particolare, con il citato parere n. 456/2007, si è affermato che:

a) non è condivisibile la posizione “estrema” secondo la quale, per il solo fatto che il socio privato è scelto tramite procedura di evidenza pubblica, sarebbe in ogni caso possibile l’affidamento diretto;

b) tale ipotesi suscita perplessità per il caso di società miste “aperte”, nelle quali il socio, ancorché selezionato con gara, non viene scelto per finalità definite, ma soltanto come partner privato per una società “generalista”, alla quale affidare direttamente l’erogazione di servizi non ancora identificati al momento della scelta del socio e con lo scopo di svolgere anche attività *extra moenia*, avvalendosi semmai dei vantaggi derivanti dal rapporto privilegiato stabilito con il partner pubblico;

c) è ammissibile il ricorso alla figura della società mista (quantomeno) nel caso in cui essa non costituisca, in sostanza, la beneficiaria di un “affidamento diretto”, ma la modalità organizzativa con la quale l’amministrazione controlla l’affidamento disposto, con gara, al “socio operativo” della società;

d) il ricorso a tale figura deve comunque avvenire a condizione che sussistano – oltre alla specifica previsione legislativa che ne fonda la possibilità, alle motivate ragioni e alla scelta del socio con gara, ai sensi dell’art. 1, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006 – garanzie tali da fugare gli ulteriori dubbi e ragioni di perplessità in ordine alla restrizione della concorrenza;

e) laddove vi siano giustificate ragioni per non ricorrere a un affidamento esterno integrale, è legittimo configurare, quantomeno, un modello organizzativo in cui ricorrano due garanzie:

1) che vi sia una sostanziale equiparazione tra gara per l’affidamento del servizio pubblico e gara per la scelta del socio, in cui quest’ultimo si configuri come un “socio industriale od operativo”, il quale concorre materialmente allo svolgimento del servizio pubblico o di fasi dello stesso; il che vuol dire effettuazione di una gara che con la scelta del socio definisca anche l’affidamento del servizio operativo;

2) che si preveda un rinnovo della procedura di selezione “alla scadenza del periodo di affidamento”, evitando così che il socio divenga “socio stabile” della società mista, possibilmente prescrivendo che sin dagli atti di gara per la selezione del socio privato siano chiarite le modalità per l’uscita del socio stesso (con liquidazione della sua posizione), per il caso in cui all’esito della successiva gara egli risulti non più aggiudicatario.

La sezione quinta propende per l’ipotesi ricostruttiva di cui al detto parere (non ancora vagliata dalla giurisprudenza comunitaria), temperandola però con alcune precisazioni e puntualizzazioni, ed invocando altresì l’intervento del giudice comunitario.

11. L’adunanza plenaria ritiene l’illegittimità dell’impugnato affidamento siccome non preceduto da una procedura concorrenziale.

Va ribadito, innanzitutto, che, nella controversia per cui è causa, non può invocarsi quanto statuito dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana con la citata decisione n. 589/2006, secondo cui la stretta osservanza del diritto comunitario in materia di società miste comporta un’interpretazione restrittiva, se non addirittura disapplicativa, dell’art. 113, comma 5, lett. b), del D.Lgs. n. 267/2000; nel senso che la costituzione di una tale società, anche con scelta del socio a seguito di gara, non esime dall’effettuazione di una seconda gara per l’affidamento del servizio. Ciò in quanto non si è in presenza di servizi pubblici locali, ai quali solamente si può applicare (e conseguentemente disapplicare) il citato art. 113 (si veda quanto osservato alla fine del paragrafo 7 della presente decisione).

12. A livello comunitario il coinvolgimento nella gestione dei servizi di soggetti privati viene visto con favore, potendo essi apportare alla pubblica amministrazione *know how* e una gestione più manageriale. Ma il ricorso allo strumento della società mista si può prestare ad abusi, avendo spesso costituito un espediente per aggirare la regola dell'affidamento dei servizi sulla base di una procedura competitiva.

Il modello elaborato dalla sezione seconda di questo Consiglio, con il citato parere n. 456/2007, rappresenta una delle possibili soluzioni delle problematiche connesse alla costituzione delle società miste e all'affidamento del servizio alle stesse; nel rispetto del principio di concorrenza, nonché nella ricerca di contemperare le esigenze di cooperazione tra settore pubblico e privato con quelle di tutela della concorrenza. Il modello presuppone la fungibilità tra contratto di appalto e contratto sociale, e si fonda sulla necessità che la gestione del servizio venga prevista allorché si costituisce la società.

L'adunanza plenaria ritiene che, allo stato e in mancanza di indicazioni precise da parte della normativa e della giurisprudenza comunitaria, non sia elaborabile una soluzione univoca o un modello definitivo. Si corre il rischio di dar luogo a interpretazioni "*praeter legem*", che potrebbero non trovare l'avallo della Corte di giustizia. E comunque la fattispecie per cui è causa, a parte l'inconfigurabilità di un servizio pubblico locale, non rientra nei confini del modello così come costruito dalla sezione seconda di questo Consiglio.

Medicasa Italia s.p.a. era il precedente gestore del servizio di cure sanitarie domiciliari; servizio che si era aggiudicato nel 2000 dall'A.S.L. 19 di Asti a seguito di apposita gara bandita dall'azienda stessa. Il servizio veniva gestito dalla società medesima in regime di proroga sino agli ultimi mesi del 2006.

Nell'aprile 2006, infatti, l'A.S.L. 19 di Asti aveva bandito una nuova gara per "individuazione partner per la fornitura di supporto integrativo per attività sanitarie territoriali di cura alla persona". Nel giugno 2006 l'A.S.L. 19 di Asti aveva però acquisito (da soci pubblici) il 18% delle azioni di A.M.O.S. s.p.a., che esisteva già dal 2004. Conseguentemente, aveva deciso di revocare la gara già bandita e di affidare direttamente il servizio a quest'ultima.

Il modello costruito con il citato parere n. 456/2007 non è rinvenibile nella specie in quanto non si è verificata la prima delle condizioni richieste; ossia che il socio venga scelto mediante procedura a evidenza pubblica nella quale la gestione del servizio sia stata definita e precisata. Il che vuol dire avere stabilito, contestualmente alla scelta (previa gara) del socio il quale dovrà gestire il servizio, quanto meno le caratteristiche della gestione stessa (ossia condizioni, modalità e durata). Non si è verificato, quindi, quel presupposto costituito dall'effettuazione "di una gara che con la scelta del socio definisca anche l'affidamento del servizio operativo".

In particolare, la controversia per cui è causa non è in alcun modo assimilabile all'ipotesi sulla quale è stato reso il citato parere n. 456/2007 anche perché:

- a) i soci sono stati scelti alcuni anni prima l'affidamento (dall'A.S.L. 19 di Asti) del servizio alla società mista;
- b) né l'originario statuto della società mista né gli atti della gara preordinata alla scelta dei soci privati hanno previsto la possibilità di estensione dell'attività della società stessa nell'ambito dell'A.S.L. 19;
- c) la scelta dei soci è stata effettuata da amministrazione diversa da quella (A.S.L. 19) che ha dopo affidato il servizio alla società mista, avendo acquisito una percentuale del capitale della società solo alcuni anni successivi alla costituzione di quest'ultima;
- d) la società mista non è stata appositamente costituita solo per quella specifica attività in seguito oggetto di affidamento;

e) nella società mista non vi è il socio operativo che concorre materialmente allo svolgimento del servizio ma tre tipi di soci: finanziari, del settore sanitario e del settore non sanitario; f) nella gestione del servizio, di tipo sanitario, affidato alla società mista sono coinvolti indifferentemente tutti i soci, e quindi anche quelli non del settore sanitario e quelli finanziari; g) l'oggetto sociale della società mista è variegato e di ampie dimensioni (si veda l'art. 4 dello statuto e quanto osservato al paragrafo 6 della presente decisione e sottolineato anche dalla sezione quinta di questo Consiglio con la decisione n. 5527/2007).

Mancando la principale condizione, richiesta dal citato parere n. 456/2007, per potere considerare legittimo un affidamento diretto (effettuazione "di una gara che con la scelta del socio definisca anche l'affidamento del servizio operativo"), si prescinde dall'esame delle varie questioni sul medesimo parere rimesse dalla sezione quinta; questioni la cui soluzione non serve alla decisione della controversia per cui è causa.

13. L'illegittimità del contestato affidamento – avvenuto in via diretta senza previa gara – consegue alla violazione dei principi del Trattato dell'U.E.; ossia del principio di concorrenza e di quelli, che ne rappresentano attuazione e corollario, di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione e parità di trattamento.

Siffatti principi, che hanno trovato anche recepimento espresso nel diritto interno (artt. 27, comma 1, 30, comma 3, e 91, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006) e che si elevano a principi generali di tutti i contratti pubblici, sono direttamente applicabili, a prescindere dalla ricorrenza di specifiche norme comunitarie o interne e in modo prevalente su eventuali disposizioni interne di segno contrario (Cons. Stato, sez. VI: 30 gennaio 2007, n. 362; 30 dicembre 2005, n. 7616; 25 gennaio 2005, n. 168).

Alla stregua della comunicazione della Commissione europea del 12 aprile 2000, pubblicata in Gazzetta ufficiale n. C 121 del 29 aprile 2000, richiamata e sviluppata da una circolare della Presidenza del consiglio dei ministri-dipartimento per le politiche comunitarie n. 945 in data 1° marzo 2002, i principi di evidenza pubblica, da attuare in modo proporzionato e congruo all'importanza della fattispecie in rilievo, vanno applicati, in quanto dettati in via diretta e *self-executing* dal Trattato, anche alle fattispecie non interessate da specifiche disposizioni comunitarie (nella specie concessione di servizi) volte a dare la stura a una procedura competitiva puntualmente regolata.

Con la comunicazione della Commissione si è rimarcato che, "benché il Trattato non contenga alcuna esplicita menzione degli appalti pubblici, né delle concessioni, molte delle sue disposizioni sono rilevanti in materia. Si tratta delle norme del Trattato che presidiano e garantiscono il buon funzionamento del mercato unico, ossia: – le norme che vietano qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità (articolo 12, paragrafo 1, ex articolo 6, paragrafo 1); – le norme relative alla libera circolazione delle merci (articoli 28 – ex 30 – e seguenti), alla libertà di stabilimento (articoli 43 – ex 52 – e seguenti), alla libera prestazione di servizi (articoli 49 – ex 59 – e seguenti) nonché le eccezioni a tali norme previste agli articoli 30, 45 e 46 (ex articoli 36, 55 e 56); – le disposizioni dell'articolo 86 (ex 90) del Trattato".

La detta circolare ha a sua volta puntualizzato che, "a prescindere dall'applicabilità di specifici regimi, tutte le concessioni ricadono nel campo di applicazione delle disposizioni degli articoli da 28 a 30 (ex articoli da 30 a 36), da 43 a 55 (ex articoli da 52 a 66) del Trattato o dei principi sanciti dalla giurisprudenza della Corte. Si tratta in particolare dei principi di non discriminazione, di parità di trattamento, di trasparenza, di mutuo riconoscimento e proporzionalità così come risultano dalla costante tradizione giurisprudenziale della Corte europea che si è posta all'avanguardia nella loro elaborazione". Segnatamente "il principio di trasparenza, strettamente legato a quello di non discriminazione poiché garantisce condizio-

ni di concorrenza non falsate ed esige che le amministrazioni concedenti rendano pubblica, con appropriati mezzi di pubblicità, la loro intenzione di ricorrere ad una concessione. Secondo le indicazioni della Commissione europea (si veda il punto 3.1.2 della Comunicazione interpretativa) tali forme di pubblicità dovranno contenere le informazioni necessarie affinché potenziali concessionari siano in grado di valutare il loro interesse a partecipare alla procedura quali l'indicazione dei criteri di selezione ed attribuzione, l'oggetto della concessione e delle prestazioni attese dal concessionario. Spetterà poi in particolare ai giudici nazionali valutare se tali obblighi siano stati osservati attraverso l'adozione di appropriate regole o prassi amministrative". Inoltre, "la sottoposizione delle concessioni di servizi al principio di non discriminazione, in particolare in base alla nazionalità, è stato recentemente confermato anche dalla giurisprudenza comunitaria, che ha precisato come l'obbligo di trasparenza a cui sono tenute le amministrazioni consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti dei servizi alla concorrenza nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione (Corte di giustizia, sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, cit., considerato n. 62)".

La circostanza che le direttive comunitarie in materia di appalti sono attuative dell'art. 81 del Trattato porta in sostanza a ritenere che le norme delle stesse siano puramente applicative, con riferimento a determinati appalti, di principi generali che, essendo sanciti in modo universale dal Trattato, sono ovviamente vevoli anche per contratti e fattispecie diverse da quelle concretamente contemplate.

Di qui l'immediata operatività dei principi, sopra esposti con riferimento alla concessione di servizi, anche agli appalti sottosoglia (si veda la circolare del dipartimento per le politiche comunitarie in data 30 giugno 2002, ove si richiama l'ordinanza 3 dicembre 2001, C-59/00 e la sentenza 7 dicembre 2000, C-324, Teleaustria c. Post & Telekom Austria, rese dalla Corte di giustizia) e ai contratti diversi dagli appalti tali da suscitare l'interesse concorrenziale delle imprese e dei professionisti, nonché, infine, alle stesse concessioni di beni pubblici di rilevanza economica.

La Corte di giustizia, in particolare, ha statuito che, "sebbene le direttive comunitarie che coordinano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici si applichino soltanto ai contratti il cui valore supera un determinato limite previsto espressamente in ciascuna delle dette direttive, il solo fatto che il legislatore comunitario abbia considerato che le procedure particolari e rigorose previste in tali direttive non sono adeguate allorché si tratta di appalti pubblici di scarso valore, non significa che questi ultimi siano esclusi dall'ambito di applicazione del diritto comunitario" (si veda, in tal senso, l'ordinanza 3 dicembre 2001, C-59/00, punto 19). Già in precedenza il giudice comunitario aveva sottolineato la necessità del rispetto del principio di trasparenza anche per gli appalti non rientranti espressamente nella sfera di applicazione di una direttiva, ricordando che, "nonostante il fatto che siffatti contratti, allo stadio attuale del diritto comunitario, siano esclusi dalla sfera di applicazione della direttiva 93/38, gli enti aggiudicatori che li stipulano sono ciò nondimeno tenuti a rispettare i principi fondamentali del Trattato in generale, e il principio di non discriminazione in base alla nazionalità in particolare" (sentenza 7 dicembre 2000, C-324/98, Teleaustria c. Post & Telekom Austria, punto 60).

Il Consiglio di Stato (sez. IV, 15 febbraio 2002, n. 934) ha già richiamato e condiviso gli orientamenti della Corte di giustizia, puntualizzando che norme comunitarie vincolanti ben possono imporsi oltre il ristretto ambito applicativo delle direttive sugli appalti. Si è richiamata la posizione della Commissione U.E., secondo la quale, anche nei casi in cui non trova applicazione la direttiva sugli appalti di servizi (in particolare, nell'ipotesi delle concessio-

ni di pubblici servizi), la scelta del contraente incontra i limiti indicati dalle norme del Trattato in materia di libera prestazione di servizi e dai principi generali del diritto comunitario; tra cui la non discriminazione, la parità di trattamento, la trasparenza. E si è affermato che si impone così una scelta ispirata a criteri obiettivi e trasparenti, tali da assicurare in ogni caso la concorrenza tra i soggetti interessati (per l'affermazione dei medesimi principi e per la rilevanza generale degli obblighi di trasparenza nella scelta dei contraenti, specie quando si tratta di servizi pubblici, C. giust. CE, 7 dicembre 2000, C-324/98).

Siffatte affermazioni, anche se rese con riferimento alla concessione di servizi pubblici che è figura diversa dall'appalto di servizi, hanno una portata generale e possono adattarsi a ogni fattispecie estranea all'immediato ambito applicativo delle direttive sugli appalti (Cons. Stato, sez. IV, 15 febbraio 2002, n. 934).

Il principio di concorrenza è uno dei principi cardini del Trattato, soprattutto in relazione al mondo delle commesse pubbliche. Esso garantisce la completa parità di accesso di tutte le imprese europee al monte dei contratti pubblici. La conseguenza rilevante è che le imprese europee (e anche quelle dello stesso Paese del cui ordinamento giuridico si giudica) devono essere poste sullo stesso piano, concedendo loro le medesime opportunità; sia sotto il profilo dell'accesso ai contratti pubblici (e quindi attraverso il sistema ordinario dell'evidenza pubblica), sia impedendo che particolari situazioni economiche pongano alcune di esse in una condizione di privilegio o comunque di favore economico.

Da ciò consegue che il sistema dell'affidamento diretto, in primo luogo, costituisce eccezione di stretta interpretazione al sistema ordinario delle gare; e, in secondo luogo, deve rispondere a ben precisi presupposti (insussistenti nella controversia per cui è causa), in assenza dei quali l'affidamento è idoneo a turbare la *par condicio* e quindi a violare il Trattato (e le direttive). Recentemente siffatti principi sono stati ribaditi dalla Corte costituzionale, con la sentenza 22 novembre 2007, n. 401.

Nell'ambito dei contratti pubblici, ad avviso della Consulta, viene 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. Le procedure di evidenza pubblica nella scelta del contraente devono essere idonee a garantire, in particolare, il rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza. La Corte ha quindi evidenziato che la nozione comunitaria di concorrenza, che si riflette su quella di cui all'art. 117, comma 2, lett. e), della 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.

Sul piano interno, l'osservanza di siffatti principi costituisce anche attuazione delle stesse regole costituzionali di buon andamento e imparzialità, le quali, ai sensi dell'art. 97 della cost., devono guidare tutta l'azione dell'amministrazione. Anzi, è proprio l'esigenza di uniformare la normativa interna a quella comunitaria – sul piano della disciplina del procedimento di scelta del contraente – nel perseguimento della tutela della concorrenza, ad avere determinato il definitivo superamento della concezione che vedeva la procedimentalizzazione dell'attività di scelta del contraente dettata nell'esclusivo interesse dell'amministrazione. Pervenendosi all'obiettivo primario costituito dalla tutela degli interessi degli operatori, ad accedere al mercato e a concorrere per il mercato. Il che realizza pur sempre medesime finalità.

14. Con riguardo allo specifico dettato normativo, invocato dall'appellante, costituito dall'art. 9-bis, comma 1, del D.Lgs. n. 502/1992 – secondo cui "Le regioni e le province

autonome di Trento e di Bolzano, autorizzano programmi di sperimentazione aventi a oggetto nuovi modelli gestionali che prevedano forme di collaborazione tra strutture del Servizio sanitario nazionale e soggetti privati, anche attraverso la costituzione di società miste a capitale pubblico e privato” – esso consente solo la costituzione di società miste; possibilità che, altrimenti, sarebbe vietata (ai sensi del comma 4 del citato art. 9-bis, “Al di fuori dei programmi di sperimentazione di cui al presente articolo, è fatto divieto alle aziende del Servizio sanitario nazionale di costituire società di capitali aventi per oggetto sociale lo svolgimento di compiti diretti di tutela della salute”). Ma non permette certo l’affidamento diretto del servizio alla società stessa. Diversamente opinando si tratterebbe di norma da disapplicare siccome contraria ai principi del Trattato.

Non risulta risolutivo, in favore dell’appellante, nemmeno l’intervento dell’art. 13, commi 1 e 2, del d.l. n. 223/2006, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 248/2006 (così detto decreto Bersani), secondo cui le società a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all’attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali:

- devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti (viene fissata, quindi, la regola dell’esclusività, in luogo di quella della prevalenza);
- non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti;
- sono a oggetto sociale esclusivo.

È sufficiente rilevare che l’oggetto sociale esclusivo non va inteso come divieto delle società così dette *multiutilities*, ma rafforza la regola dell’esclusività evitando che dopo l’affidamento la società possa andare a fare altro (Cons. Stato, sez. III, 25 settembre 2007, n. 322 e sez. II, 18 aprile 2007, n. 456). E comunque, diversamente da quanto prospettato dall’appellante, data la differenza del fenomeno “società mista” rispetto a quello dell’*in house providing*, il disposto del comma 2 del citato art. 13 – secondo cui le società miste “sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1” – non ha dato luogo a quel “controllo analogo” che legittima l’affidamento diretto.

15. Alla luce di quanto statuito dall’adunanza plenaria, che ha evidenziato l’irrelevanza delle norme invocate anche perché non consentono l’affidamento diretto del servizio, vengono meno alla radice le condizioni per disporre il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell’U.E. con riguardo agli artt. 13 del d.l. n. 223/2006, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 248/2006, e 9-bis del D.Lgs. n. 502/1992, così come richiesto dall’appellante.

16. Il ricorso in appello, pertanto, deve essere respinto. Le spese del giudizio, sussistendo giusti motivi, possono essere compensate. Non vi è luogo a provvedere sulle spese nei confronti dei soggetti appellati non costituiti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (adunanza plenaria) respinge il ricorso in appello.

Compensa tra le parti le spese del giudizio. Nulla spese nei confronti dei soggetti appellati non costituiti.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall’autorità amministrativa.

Così deciso in Roma il 10 dicembre 2007 dal Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale (adunanza plenaria), in camera di consiglio.

(All. 2)

Giudizio in corso dinanzi alla Corte di Giustizia delle Comunità europee. Causa C-573/07 – Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Italia) il 28 dicembre 2007 – Sea s.r.l./Comune di Ponte Nossola. (Avvocato dello Stato G. Fiengo – AL 9414/08).

LA QUESTIONE PREGIUDIZIALE

Se sia compatibile con il diritto comunitario ed in particolare con la libertà di stabilimento ovvero di prestazione di servizi, con il divieto di discriminazione e con gli obblighi di parità di trattamento, di trasparenza e di libera concorrenza di cui agli artt. 12, 43, 45, 46 49 e 86 del Trattato, l'affidamento diretto di un servizio di raccolta, trasporto e smaltimento di rifiuti solidi urbani ed assimilati ad una società per azioni a capitale interamente pubblico e statuto conformato – ai fini dell'art. 113 D.Lgs. 18 agosto 2000 n. 267 – così come esposto in motivazione.

IL FATTO

La SEA S.r.l., già aggiudicataria a seguito di pubblica gara dell'appalto di servizio di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti solidi urbani ed assimilati nel territorio del Comune di Ponte Nossola per il triennio 2004/2006, ha impugnato la deliberazione comunale relativa alla procedura di affidamento diretto del servizio di raccolta e trasporto rifiuti alla società SE.T.Co. S.p.a. di cui il comune è divenuto socio. La SE.T.Co. S.p.a. è una società partecipata da alcuni Comuni della Val Seriana, il cui il maggior azionista è il Comune di Clusone. La partecipazione del Comune di Ponte Nossola è stata disposta in vista dell'affidamento diretto alla società del servizio in questione, poi effettivamente disposto dal 1 gennaio 2007.

La ricorrente lamentava tra l'altro la violazione dell'art. 113 TUEL e degli artt. 43, 49 e 86 del Trattato CE, in quanto il Comune nei confronti della Se.T.Co non eserciterebbe quel "controllo analogo" che solo consente l'affidamento diretto di un servizio ad una società partecipata. Il TAR Lombardia con ordinanza n. 148/07 del 11 ottobre 2007 rimetteva alla Corte di Giustizia la questione pregiudiziale relativa alla compatibilità dell'affidamento diretto di un servizio di raccolta, trasporto e smaltimento di rifiuti solidi urbani ed assimilati ad una società per azione a capitale interamente pubblico e statuto conformato – ai fini dell'art. 113 D.Lgs. 18 agosto 2000 n. 267 – con gli artt. 12, 43, 45, 46, 49 e 86 del Trattato sulla libertà di stabilimento ovvero di prestazione di servizi, con il divieto di discriminazione e con gli obblighi di parità di trattamento, di trasparenza e di libera concorrenza.

LE OSSERVAZIONI DEL GOVERNO ITALIANO

La questione viene posta dal giudice *a quo* come problema di compatibilità dell'art. 113 TUEL con gli artt. 12, 43, 45, 46, 49 e 86 del Trattato CE: si tratterebbe di stabilire se l'art. 113 del D.Lgs. n. 267 del 2000 che consente agli enti locali minori, ovvero a Province e Comuni, di affidare direttamente la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica a "società a capitale interamente pubblico", a condizione però che la società "realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano" e che "l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale esercitano sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi", sia compatibile con la normativa comunitaria, che tutela la libertà di stabilimento ovvero di prestazioni di servizi, con il divieto di discriminazione e con gli obblighi di parità di trattamento, di trasparenza e di libera concorrenza.

L'ordinanza del TAR per la Lombardia ha per oggetto specificatamente la cosiddetta gestione "in house" di servizi pubblici da parte di autorità nazionali, prevalentemente locali.

Il paradigma di questa modalità di gestione dei pubblici servizi si sostanzia nella scelta da parte della stazione appaltante di gestire *in proprio* un determinato servizio pubblico, del quale ha la titolarità, affidandolo direttamente ad una società di cui detiene la totalità (o la maggioranza) del capitale sociale e che, normalmente, ha creato a tali precipi fini. Pur potendo apparire come un affidamento ad un terzo, in quanto l'attribuzione del servizio avviene a favore di un soggetto avente formalmente autonoma soggettività (pubblico o privata), in realtà questa distinta persona giuridica non rappresenta altro che una *longa manus* della stessa amministrazione pubblica. L'utilità del ricorso a questa particolare modalità di gestione dei servizi pubblici è quella di consentire all'ente pubblico l'utilizzo di strumenti più duttili e flessibili alle esigenze del mercato (ad esempio la limitazione della responsabilità tipica delle società di capitali), pur mantenendo sull'ente affidatario del servizio controlli analoghi a quelli che può esercitare sulle proprie articolazioni interne. L'individuazione e la disciplina di questa particolare modalità di gestione trova fondamento nello stesso diritto comunitario; si vedano al riguardo il *libro verde sui servizi di interesse generale* COM (2003), 270, la relazione sullo stesso al Parlamento europeo di Philippe Herzog, nonché la successiva conforme risoluzione del Parlamento europeo sul predetto libro verde – punto 35 – ove si parla in maniera espressa del “*diritto all'autoproduzione dei servizi*” da parte degli enti pubblici ed è stata riconosciuta legittima della stessa Corte di giustizia del Lussemburgo (sentenza *Teckal* del 18 novembre 1999 in causa C-107/1998 nonché da ultimo nella sentenza *Tragsa* del 19 aprile 2007 in causa C-295/05).

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

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

È noto al riguardo che la normativa nazionale ha trasfuso letteralmente le indicazioni della sentenza *Teckal* della Corte di Giustizia del 18 novembre 1999 nel comma 5 lettera c) dell'art. 113 del Testo Unico sugli Enti locali (D.Lgs. n. 267 del 2000, così modificato da ultimo dal D.L. n. 269 del 2003 e relativa legge di conversione) che disciplina la gestione delle reti e dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. In virtù della predetta disposizione la gestione dei servizi pubblici locali può avvenire solo osservando le specifiche e tassative forme organizzative previste dal quinto comma, la cui nuova formulazione rende, pertanto, non più utilizzabili altre forme di affidamento previste in precedenza (quali il ricorso alle convenzioni di cui agli artt. 30 del D.Lgs. 267 del 2000 e 15 della legge 241 del 1990), anche in virtù della espressa clausola contenuta nel primo comma dell'art. 113 in cui si afferma che “*le disposizioni del presente articolo che disciplinano le modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali concernono la tutela della concorrenza e sono inderogabili...*”. In proposito è possibile rilevare che la disposizione previgente è stata interamente sostituita dalla nuova ipotesi formulata dall'art. 113, comma 5 lett. c) che prevede l'affidamento diretto a società a capitale interamente pubblico a due condizioni:

- a) che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, e
- b) che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

L'art. 113 del D.Lgs. n. 267 del 2000 è nient'altro che la trasfusione letterale di indicazioni operate dalla giurisprudenza comunitaria e pertanto sicuramente compatibile con le norme comunitarie in materia di tutela della libertà di stabilimento, ovvero di prestazioni di servizi, con il divieto di discriminazione e con gli obblighi di parità di trattamento, di trasparenza e di libera concorrenza. Infatti, i giudici di Lussemburgo nella sentenza del 6 aprile 2006 nella causa tra l'Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori contro il Comune di Bari hanno affermato che l'art. 113 è in linea di principio conforme al diritto comunitario. Sembra evidente che si tratta comunque di semplici modalità organizzative nella gestione pubblica dei servizi d'interesse generale in relazione alle quali non hanno ragion d'essere i dubbi sollevati dal giudice nazionale in ordine alla conformità al diritto comunitario.

Nel caso di specie si tratta di verificare se sussistono i requisiti stabiliti dalla sentenza *Teckal* tra l'ente e la società a capitale interamente pubblico che solo consentono l'esclusione dell'applicazione della normativa del Trattato.

In ambito comunitario si è cercato di affrontare il peculiare e delicato problema degli appalti *in house* in diverse pronunce della Corte di Giustizia (C-306/96, C-108/98, C-107/98, C-231/03, C-458/03). La Corte ha stabilito la non obbligatorietà del ricorso alla gara di affidamento, qualora l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sul soggetto aggiudicatario un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi, e tale ente realizzi la parte più importante della propria attività con l'amministrazione che lo controlla, in quanto si prescinderebbe dall'ambito di applicazione della direttiva 92/50.

La Corte richiede un controllo "analogo", che non sia esattamente coincidente, identico a quello tipico del vertice amministrativo rispetto agli apparati dell'ente; e comunque non deve trattarsi di un controllo debole né meramente formale, in quanto l'ente locale deve avere la possibilità di far valere in maniera completa i propri interessi nell'ambito dell'impresa. La formula gestionale si sostanzia in un recepimento pieno e rigoroso del modello del "*in house providing*" o della "*delegazione interorganica*", contemplato per gli appalti pubblici nella giurisprudenza della Corte di Giustizia europea. Il suddetto modello implica che la società affidataria sia in sostanza nient'altro che una sorta di diramazione organizzativa dell'ente locale, privo di una sua autonomia imprenditoriale e di capacità decisionali distinte da quelle dell'ente stesso.

Secondo il giudice comunitario esclusivamente nell'ipotesi in cui l'amministrazione aggiudicatrice concluda un contratto con un soggetto che è qualificabile in delega interorganica con la stessa si escluderà dall'ambito di applicazione della normativa comunitaria. E per compiere tale valutazione si deve ricercare la contemporanea presenza nel rapporto tra i due soggetti della dipendenza formale, di quella economica e di quella amministrativa, tali elementi devono essere unificati e caratterizzati dall'omogeneità di indirizzi nella gestione che le due persone giuridiche distinte (controllante e controllato) devono assolutamente perseguire nella loro gestione (missione).

Al riguardo la Corte di Giustizia nella sentenza 11 gennaio 2005, *Stadt Halle*, ha precisato che il concetto di "controllo analogo" implica che il soggetto su cui tale controllo viene esercitato abbia come sua finalità esclusiva il perseguimento dell'interesse pubblico; ciò non sarebbe possibile nel caso di partecipazione al soggetto stesso da parte di un imprenditore privato, che per sua natura tende a perseguire anche un interesse proprio, diverso dall'interesse pubblico in senso stretto. Di conseguenza, la partecipazione di un socio privato, anche se minoritaria, secondo la Corte impedisce di considerare la società in questione un'articolazione organizzativa dell'ente committente, non consente di parlare di società *in house* e di procedere all'affidamento senza gara (vedi peraltro in senso più flessibile la decisione n. C-

295/05 citata). Tale orientamento viene ribadito dalla Corte di Giustizia, pochi mesi dopo, con la decisione nella causa *Co.Na.Me.* a mezzo della quale il giudice comunitario ha escluso la possibilità di affidamenti *in house* nelle ipotesi in cui il soggetto aggiudicatore sia partecipato da privati. La presenza del privato sarebbe idonea, *ex se*, a precludere la spendibilità di un “controllo analogo”.

La Corte ha precisato che, trattandosi di un’eccezione alle regole generali di diritto comunitario, le due condizioni devono essere interpretate restrittivamente, e l’onere di dimostrare l’effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano la deroga a quelle regola grava sul soggetto che intende avvalersene.

La sentenza del 11 maggio 2006, *Carbotermo S.p.A. e Consorzio Alisei contro Comune di Busto Arsizio e AGESP S.p.a.*, avvia un atteggiamento meno rigido del giudice comunitario in ordine ai presupposti del controllo analogo, laddove, pur confermando che l’ente pubblico deve poter influenzare le decisioni della società partecipata in maniera determinate “*sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti*”, la Corte di Giustizia ha riconosciuto una presunzione di controllo analogo in quelle ipotesi in cui la società sia posseduta per intero dall’amministrazione aggiudicatrice.

L’esistenza di un ente distinto è facile da concepire, in quanto è sufficiente accertare che l’operatore economico sia costituito sotto una forma giuridica diversa da quella dell’amministrazione aggiudicatrice. Al contrario, non sempre è agevole rendersi conto del grado di effettiva autonomia di cui l’ente dispone. In particolare, la natura del controllo esercitato dal soggetto pubblico su un organismo giuridicamente distinto, o il livello a partire dal quale si può ritenere che quest’ultimo svolga la parte essenziale della sua attività con l’autorità pubblica dalla quale dipende, in determinate circostanze possono suscitare incertezze.

Riassumendo, il controllo analogo sussiste ogniqualvolta si accerti l’esistenza di uno stringente controllo gestionale e finanziario dell’ente pubblico sulla società partecipata, in modo tale che i compiti affidati alla società saranno trattati come se fossero stati ad essa delegati dall’amministrazione. In virtù di tale rapporto il soggetto partecipata, non possedendo alcuna autonomia decisionale in relazione ai più importanti atti di gestione, si configura come un’entità distinta solo formalmente dall’amministrazione, ma che in concreto continua a costituire parte della stessa. A tali condizione si può ritenere che tra l’amministrazione e la società sussista, agli effetti pratici un rapporto tale da impedire l’applicazione delle regole comunitarie in materia di appalti pubblici.

Nell’ordinamento italiano è stato inoltre mantenuto il comma 6 dell’art. 113 TUEL sul divieto di partecipazione alle gare da parte “*delle società che in Italia ed all’estero, gestiscono a qualunque titolo servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica, o a seguito dei relativi rinnovi*”.

Si tratta quindi di una normativa nazionale che è stata dettata in funzione dell’accelerazione del processo di liberalizzazione dei pubblici servizi locali, ma che, in un assetto definitivo della materia, potrebbe anche venire meno, in quanto il comportamento di una società costituita (ed È rimasta assegnataria senza gara di servizi) potrebbe ragionevolmente trovare eventuale sanzione sotto altri e diversi aspetti della disciplina della concorrenza.

La giurisprudenza comunitaria e nazionale riconosce in linea di massima la non applicazione delle norme del Trattato CE in merito alla libertà di stabilimento ovvero di prestazione di servizi, con il divieto di discriminazione e con gli obblighi di parità di trattamento, di trasparenza e di libera concorrenza, quando l’affidamento diretto di un servizio avviene tra un ente locale e una società a capitale interamente pubblico, dove la prima esercita un controllo analogo sulla seconda.

Spetta quindi al giudice *a quo* accertare in concreto se sussiste o meno il “controllo analogo” da parte di un ente locale, comune di Ponte Nossa, sulla società, SE.T.Co. S.p.a. Tale analisi deve essere effettuata attraverso lo statuto da società aggiudicataria e sugli effettivi poteri di controllo e di gestione dell’ente sulla società. In particolare il giudice nazionale deve tener conto delle modalità attraverso cui l’ente pubblico esercita il controllo analogo nell’ambito di uffici e strutture appartenenti alla sua organizzazione (persona giuridica) e valutare, in relazione alla struttura affidataria *in house* dell’appalto, se sussistono ed operino procedure e strumenti idonei ad assicurare in concreto l’esercizio di un potere di indirizzo “equivalente” quanto ad effetti (cosiddetto “controllo analogo”). Ogni diversa valutazione meramente astratta rischia di dire troppo o troppo poco...

Pertanto il governo italiano suggerisce alla Corte di rispondere alla domanda pregiudiziale formulata dal Tribunale Amministrativo della Lombardia, sezione staccata di Brescia, nel senso che:

“L’articolo art. 113 del D.Lgs. n. 267 del 2000 è compatibile con la normativa comunitaria sulla libertà di stabilimento ovvero di prestazione di servizi, con il divieto di discriminazione e con gli obblighi di parità di trattamento, di trasparenza e di libera concorrenza di cui agli artt. 12, 43, 45, 46, 49 e 86 del Trattato, in quanto la giurisprudenza della Corte di Giustizia delle comunità europee ha più volte stabilito la possibilità dell’affidamento diretto di servizi a società per azione a capitale interamente pubblico e statuto riformato a condizione che l’ente affidante eserciti un “controllo analogo” su quest’ultima. Il “controllo analogo” può essere effettuato in diverse modalità e sussiste qualora tra l’ente e la società aggiudicataria vi sia contemporanea presenza della dipendenza formale, economica e amministrativa. L’accertamento in concreto di tale controllo è di competenza del giudice nazionale”.

Roma, 10 aprile 2008

(All. 3)

Decreto Legge 25 giugno 2008 n. 112

Art. 23-bis. Servizi pubblici locali di rilevanza economica

1. Le disposizioni del presente articolo disciplinano l’affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in applicazione della disciplina comunitaria e al fine di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale, nonché di garantire il diritto di tutti gli utenti all’universalità e accessibilità dei servizi pubblici locali e al livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell’articolo 117, secondo comma, lettere e) e m), della Costituzione, assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione. Le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili.

2. Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria, a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità.

3. In deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2, per situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento può avvenire nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria.

4. Nei casi di cui al comma 3, l'ente affidante deve dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato, e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato e alle autorità di regolazione del settore, ove costituite, per l'espressione di un parere sui profili di competenza, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione.

5. Ferma restando la proprietà pubblica delle reti, la loro gestione può essere affidata a soggetti privati.

6. È consentito l'affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali nei casi in cui possa essere dimostrato che tale scelta sia economicamente vantaggiosa. In questo caso la durata dell'affidamento, unica per tutti i servizi, non può essere superiore alla media calcolata sulla base della durata degli affidamenti indicata dalle discipline di settore.

7. Le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze e d'intesa con la Conferenza unificata di cui all'*articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281*, e successive modificazioni, possono definire, nel rispetto delle normative settoriali, i bacini di gara per i diversi servizi, in maniera da consentire lo sfruttamento delle economie di scala e di scopo e favorire una maggiore efficienza ed efficacia nell'espletamento dei servizi, nonché l'integrazione di servizi a domanda debole nel quadro di servizi più redditizi, garantendo il raggiungimento della dimensione minima efficiente a livello di impianto per più soggetti gestori e la copertura degli obblighi di servizio universale.

8. Salvo quanto previsto dal comma 10, lettera e), le concessioni relative al servizio idrico integrato rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante. Sono escluse dalla cessazione le concessioni affidate ai sensi del comma 3.

9. I soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali non affidati mediante le procedure competitive di cui al comma 2, nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare. Il divieto di cui al periodo precedente non si applica alle società quotate in mercati regolamentati. I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere alla prima gara svolta per l'affidamento, mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, dello specifico servizio già a loro affidato. In ogni caso, entro la data del 31 dicembre 2010, per l'affidamento dei servizi si procede mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica.

10. Il Governo, su proposta del Ministro per i rapporti con le regioni ed entro centotanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sentita la Conferenza unificata di cui all'*articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281*, e successive modificazioni, nonché le competenti Commissioni parlamentari, emana uno o più regolamenti, ai sensi dell'*articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400*, al fine di:

a) prevedere l'assoggettamento dei soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno e l'osservanza da parte delle società in house e delle società a participa-

zione mista pubblica e privata di procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi e per l'assunzione di personale;

b) prevedere, in attuazione dei principi di proporzionalità e di adeguatezza di cui all'articolo 118 della Costituzione, che i comuni con un limitato numero di residenti possano svolgere le funzioni relative alla gestione dei servizi pubblici locali in forma associata;

c) prevedere una netta distinzione tra le funzioni di regolazione e le funzioni di gestione dei servizi pubblici locali, anche attraverso la revisione della disciplina sulle incompatibilità;

d) armonizzare la nuova disciplina e quella di settore applicabile ai diversi servizi pubblici locali, individuando le norme applicabili in via generale per l'affidamento di tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica in materia di rifiuti, trasporti, energia elettrica e gas, nonché in materia di acqua;

e) disciplinare, per i settori diversi da quello idrico, fermo restando il limite massimo stabilito dall'ordinamento di ciascun settore per la cessazione degli affidamenti effettuati con procedure diverse dall'evidenza pubblica o da quella di cui al comma 3, la fase transitoria, ai fini del progressivo allineamento delle gestioni in essere alle disposizioni di cui al presente articolo, prevedendo tempi differenziati e che gli affidamenti diretti in essere debbano cessare alla scadenza, con esclusione di ogni proroga o rinnovo;

f) prevedere l'applicazione del principio di reciprocità ai fini dell'ammissione alle gare di imprese estere;

g) limitare, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale e razionalità economica, i casi di gestione in regime d'esclusiva dei servizi pubblici locali, liberalizzando le altre attività economiche di prestazione di servizi di interesse generale in ambito locale compatibili con le garanzie di universalità e accessibilità del servizio pubblico locale;

h) prevedere nella disciplina degli affidamenti idonee forme di ammortamento degli investimenti e una durata degli affidamenti strettamente proporzionale e mai superiore ai tempi di recupero degli investimenti;

i) disciplinare, in ogni caso di subentro, la cessione dei beni, di proprietà del precedente gestore, necessari per la prosecuzione del servizio;

l) prevedere adeguati strumenti di tutela non giurisdizionale anche con riguardo agli utenti dei servizi;

m) individuare espressamente le norme abrogate ai sensi del presente articolo.

11. L'articolo 113 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni, è abrogato nelle parti incompatibili con le disposizioni di cui al presente articolo.

12. Restano salve le procedure di affidamento già avviate alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto.

(All. 4)

Sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee, Seconda Sezione, 17 luglio 2008 nella causa C-371/05 – Commissione delle Comunità europee/Repubblica italiana. (Avvocato dello Stato G. Fiengo – AL 52569/05).

Inadempimento di uno Stato – Direttiva 92/50/CEE – Artt. 11 e 15, n. 2 – Appalti pubblici di servizi – Aggiudicazione dei servizi informatici del Comune di Mantova – Aggiudicazione diretta senza previa pubblicazione di un bando di gara.

(...*Omissis*)

1. Con il presente ricorso la Commissione delle Comunità europee chiede alla Corte di constatare che, avendo il Comune di Mantova affidato in via diretta e senza pubblicazione di un apposito bando di gara nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* la gestione, la manutenzione e lo sviluppo di propri servizi informatici all'ASI SpA (in prosieguo: l'«ASI»), la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che le incombono 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), così come modificata dalla direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE (GU L 199, pag. 1) (in prosieguo: la «direttiva 92/50»), in particolare degli artt. 11 e 15, n. 2, della suddetta direttiva 92/50.

Contesto normativo

2. L'art. 1, lett. a)-f), della direttiva 92/50 recita come segue:

«Ai fini della presente direttiva s'intendono per:

- a) “*appalti pubblici di servizi*”, i contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi ed un'amministrazione aggiudicatrice, (...);
- b) “*amministrazioni aggiudicatrici*”, lo Stato, gli enti locali, gli organismi di diritto pubblico, le associazioni costituite da detti enti od organismi di diritto pubblico.

Per “*organismo di diritto pubblico*” si intende qualsiasi organismo:

- istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, e
- avente personalità giuridica, e
- la cui attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti locali o da organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione è soggetta al controllo di questi ultimi, oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza è costituito da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico.

(...)

- c) “*prestatori di servizi*” le persone fisiche o giuridiche, inclusi gli enti pubblici che forniscono servizi. Viene chiamato “offerente” il prestatore di servizi che presenti un'offerta e “candidato” chi solleciti un invito a partecipare ad una procedura ristretta o negoziata;
- d) “*procedure aperte*” le procedure nazionali nell'ambito delle quali tutti i prestatori di servizi interessati possono presentare offerte;
- e) “*procedure ristrette*” le procedure nazionali nell'ambito delle quali possono presentare offerte soltanto i prestatori di servizi invitati dall'amministrazione;
- f) “*procedure negoziate*” le procedure nazionali nell'ambito delle quali le amministrazioni consultano i prestatori di servizi di loro scelta e negoziano i termini del contratto con uno o più di essi».

3. Ai sensi dell'art. 7, n. 1, della medesima direttiva, quest'ultima si applica agli appalti pubblici di servizi il cui importo stimato al netto dell'IVA sia pari o superiore a [EUR] 200000.

4. L'art. 8 di detta direttiva così prevede:

«Gli appalti aventi per oggetto servizi elencati nell'allegato I A vengono aggiudicati conformemente alle disposizioni dei titoli da III a VI».

5. L'art. 11, n. 1, della direttiva 92/50, che compare al titolo III della stessa rubricato «Scelta delle procedure d'aggiudicazione e norme relative ai concorsi di progettazione», dispone che, nell'aggiudicare gli appalti pubblici di servizi, le amministrazioni aggiudicatrici applichino le procedure definite all'art. 1, lett. d)-f), di tale direttiva. I nn. 2 e 3 di detto

art. 11 specificano i casi in cui le amministrazioni aggiudicatrici ricorrono alla procedura negoziata, rispettivamente, previa pubblicazione di un bando di gara e senza pubblicazione di un tale bando. Il n. 4 del citato art. 11 precisa che in tutti gli altri casi le amministrazioni assegnano gli appalti di servizi con procedura aperta ovvero con procedura ristretta.

6. Ai sensi dell'art. 15, n. 2, della direttiva 92/50, che figura al titolo V della stessa relativo alle norme comuni di pubblicità:

«Le amministrazioni che intendono aggiudicare un appalto pubblico di servizi mediante procedura aperta, ristretta o, nei casi stabiliti nell'articolo 11, negoziata, rendono nota tale intenzione con un bando di gara».

7. Tra i servizi a norma dell'art. 8 l'allegato I A di tale direttiva comprende, nella categoria 7, i «servizi informatici ed affini».

Procedimento precontenzioso

8. Mediante una convenzione conclusa in data 2 dicembre 1997, il Comune di Mantova affidava all'ASI la gestione, la manutenzione e lo sviluppo dei servizi informatici comunali fino al 31 dicembre 2012 (in prosieguo: la «convenzione»), senza che tale attribuzione fosse oggetto di una procedura di gara.

9. In seguito ad un reclamo, la Commissione indirizzava alla Repubblica italiana, in data 20 giugno 2001, una lettera in cui chiedeva delucidazioni in merito alla convenzione e ricordava le condizioni affinché un appalto pubblico possa essere sottratto all'applicazione delle direttive comunitarie in materia di aggiudicazione di appalti pubblici. Il suddetto Stato membro rispondeva con lettera 26 giugno 2001 sostenendo l'inapplicabilità delle disposizioni della direttiva 92/50 al caso di specie.

10. Il 24 ottobre 2001 la Commissione indirizzava una lettera di diffida alla Repubblica italiana, alla quale quest'ultima rispondeva in data 11 febbraio 2002.

11. In seguito all'esame delle osservazioni presentate dalla Repubblica italiana, la Commissione, in data 27 giugno 2002, emetteva un parere motivato invitando tale Stato membro ad adottare i provvedimenti necessari per conformarsi al suddetto parere nel termine di due mesi dalla data di ricezione dello stesso.

12. Poiché la Repubblica italiana non ha dato riscontro a tale parere motivato, la Commissione ha deciso di proporre il presente ricorso.

Sul ricorso

13. Con ordinanza del presidente della Corte 4 maggio 2006, la Repubblica di Finlandia è stata ammessa a intervenire nella causa a sostegno delle conclusioni della Repubblica italiana. Con lettera depositata presso la cancelleria della Corte il 5 settembre 2006, la Repubblica di Finlandia ha informato la Corte della sua intenzione di rinunciare ad intervenire nella presente causa. Con ordinanza del presidente della Corte 2 ottobre 2006, la Repubblica di Finlandia è stata cancellata come parte interveniente nella controversia.

Argomenti delle parti

14. La Commissione deduce un motivo unico a sostegno del proprio ricorso, affermando che la convenzione non è stata conclusa nel rispetto degli artt. 11 e 15, n. 2, della direttiva 92/50.

15. La Commissione sostiene, infatti, che la convenzione rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 92/50 e che, pertanto, avrebbe dovuto essere stipulata conformemente, in particolare, ai citati articoli.

16. Facendo riferimento alla sentenza della Corte 18 novembre 1999, causa C-107/98, Teckal (Racc. pag. I-8121), essa esclude che la relazione tra il Comune di Mantova e l'ASI possa essere qualificata come gestione «interna» ai sensi di tale sentenza. Infatti, il control-

lo esercitato dal suddetto comune sull'ASI in applicazione degli artt. 8 e 11 della convenzione sarebbe analogo a quello di un semplice azionista di maggioranza di una società per azioni e sarebbe limitato dalla necessità di prendere in considerazione gli interessi degli altri azionisti di tale società. D'altronde, la Commissione fa notare che il Comune di Mantova è uscito dal capitale dell'ASI senza che ciò abbia messo fine alla convenzione.

17. Per contro, la Repubblica italiana sostiene che, al momento della conclusione della convenzione e conformemente alla normativa nazionale vigente, il capitale dell'ASI era interamente detenuto dal Comune di Mantova e da altri comuni limitrofi. Pertanto il Comune di Mantova avrebbe avuto su tale società un controllo strutturale e funzionale analogo a quello esercitato sui propri servizi.

18. La Repubblica italiana sottolinea che il Comune di Mantova designava i membri degli organi direttivi della suddetta società. Inoltre, è pacifico che l'unico interesse tutelato dalla convenzione è quello del suddetto comune. A ciò si aggiunge che le spese dell'ASI sarebbero periodicamente stabilite da delibere comunali. Il Comune di Mantova si sarebbe anche riservato la possibilità di procedere a una serie di verifiche degli obiettivi previsti dalla convenzione. A questo proposito, la nomina di un funzionario ai sensi dell'art. 8 della convenzione sarebbe l'espressione di quel potere di supervisione che detto comune deve mantenere per soddisfare il requisito del controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi stabilito dalla citata sentenza Teckal.

19. In ogni caso, la Repubblica italiana precisa che, conformemente alle decisioni adottate in occasione dell'assemblea generale degli azionisti dell'ASI, tenutasi il 23 dicembre 2004, il Comune di Mantova è definitivamente uscito dal capitale sociale dell'ASI e che quest'ultima ha cessato di svolgere le attività oggetto della convenzione al 31 dicembre 2006.

Giudizio della Corte

20. Occorre anzitutto rilevare che le parti non contestano che la convenzione riguarda la fornitura di servizi di cui all'allegato I A della direttiva 92/50 e che il valore di tali servizi oltrepassa la soglia, fissata all'art. 7, n. 1, di tale direttiva, idonea a far rientrare la convenzione nell'ambito di applicazione della direttiva stessa.

21. Tuttavia, la Repubblica italiana fa valere che la convenzione non doveva essere assoggettata alle norme che disciplinano gli appalti pubblici, dato che i criteri di gestione «interna» erano soddisfatti.

22. A tale proposito si deve rammentare che, secondo la costante giurisprudenza della Corte, l'indizione di una gara pubblica, conformemente alle direttive relative all'aggiudicazione degli appalti pubblici, non è obbligatoria, anche quando l'affidatario è un ente giuridicamente distinto dall'amministrazione aggiudicatrice, qualora siano soddisfatte le due condizioni seguenti. Da un lato, l'amministrazione pubblica, che è un'amministrazione aggiudicatrice, deve esercitare sull'ente giuridicamente distinto di cui trattasi un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e, dall'altro, tale ente deve svolgere la parte più importante della sua attività con l'ente o gli enti pubblici che lo detengono (v., in particolare, sentenze Teckal, cit., punto 50, e 8 aprile 2008, causa C-337/05, Commissione/Italia, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 36 e giurisprudenza citata).

23. Occorre pertanto esaminare se, riguardo all'ASI, le due condizioni richieste dalla giurisprudenza citata al punto precedente siano soddisfatte.

24. Per quanto attiene alla prima condizione, relativa al controllo da parte dell'autorità pubblica, dalla giurisprudenza della Corte emerge che è necessario tener conto non solo di tutte le disposizioni normative, ma altresì delle circostanze pertinenti del caso di specie. Dall'esame deve risultare che la società aggiudicataria è soggetta a un controllo che consen-

te all'amministrazione aggiudicatrice di condizionarne le decisioni. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici sia sulle decisioni importanti di detta società (v. sentenze 13 ottobre 2005, causa C-458/03, Parking Brixen, Racc. pag. I-8585, punto 65, e 11 maggio 2006, causa C-340/04, Carbotermo e Consorzio Alisei, Racc. pag. I-4137, punto 36).

25. La Repubblica italiana ha affermato, senza essere contraddetta sul punto dalla Commissione, che il Comune di Mantova aveva la possibilità, per il suo ruolo di socio di maggioranza dell'ASI, di designare i membri degli organi direttivi e di condizionare l'attività di questa società. Essa ha parimenti evidenziato che, in applicazione della convenzione, il consiglio comunale del suddetto comune stabiliva, per mezzo di delibere, le spese di funzionamento di detta società e che il Comune di Mantova si era riservato la possibilità di compiere una serie di verifiche, da un lato, con la nomina di un funzionario comunale incaricato di collaborare, stimolare e controllare l'operato dell'ASI e, dall'altro, con il controllo sulla contabilità di detta società al fine di assicurare la piena applicazione delle norme di correttezza contabile e delle norme di tutela previste dalla convenzione.

26. Ne risulta che il suddetto comune aveva la facoltà di incidere in modo determinante tanto sugli obiettivi strategici quanto sulle decisioni importanti dell'ASI tramite la nomina dei membri degli organi direttivi di tale società e di un funzionario comunale incaricato di orientare e controllare l'operato di quest'ultima. Tale facoltà è sufficiente a dimostrare l'esistenza di un potere di controllo strutturale e funzionale del Comune di Mantova su detta società analogo a quello esercitato sui propri servizi, così da soddisfare la prima condizione stabilita dalla Corte al punto 50 della citata sentenza Teckal.

27. Tuttavia, la Commissione sostiene che la suddetta condizione non poteva essere soddisfatta in quanto, in primo luogo, al momento della stipula della convenzione partecipavano al capitale dell'ASI due organismi di diritto privato, la TEA SpA e l'APAM SpA, e, in secondo luogo, anche a voler supporre che l'ASI fosse una società a capitale interamente pubblico, la partecipazione di soci privati era esplicitamente prevista sin dalla sua costituzione.

28. Orbene, quanto al primo argomento avanzato dalla Commissione, è sufficiente constatare che quest'ultima non ha contestato le informazioni fornite dalla Repubblica italiana nella contropetizione in base alle quali le due società in questione erano a loro volta imprese comunali.

29. Per quanto riguarda il secondo argomento esposto dalla Commissione, si deve rilevare che la possibilità per i privati di partecipare al capitale della società aggiudicataria, in considerazione in particolare della forma societaria di quest'ultima, non è sufficiente, in assenza di una loro effettiva partecipazione al momento della stipula di una convenzione come quella di cui trattasi nella presente causa, per concludere che la prima condizione, relativa al controllo dell'autorità pubblica, non sia soddisfatta. Infatti, per ragioni di certezza del diritto, l'eventuale obbligo per l'amministrazione aggiudicatrice di procedere ad una gara d'appalto dev'essere valutato, in via di principio, alla luce delle condizioni esistenti alla data dell'aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi (v., in tal senso, sentenza 10 novembre 2005, causa C-29/04, Commissione/Austria, Racc. pag. I-9705, punto 38).

30. Circostanze particolari, segnatamente qualora risulti che l'apertura del capitale dell'ente interessato a soci privati era prevista sin dall'assegnazione del suddetto appalto pubblico, possono, di certo, richiedere che sia presa in considerazione la partecipazione effettiva di detti soci intervenuta successivamente a tale assegnazione (v., in tal senso, sentenza Commissione/Austria, cit., punto 38). Tuttavia, nella fattispecie, è giocoforza constatare che la Commissione non è riuscita a fornire la prova dell'esistenza di tali circostanze particolari.

31. Per quanto attiene alla seconda condizione, relativa all'attività dell'ente in questione, è d'uopo rammentare che un'impresa svolge la parte più importante della sua attività con l'ente che la detiene, ai sensi della citata sentenza Teckal, se l'attività di detta impresa è destinata principalmente all'ente in questione e ogni altra attività risulta avere solo un carattere marginale (v. sentenza Carbotermo e Consorzio Alisei, cit., punto 63).

32. Inoltre, nel caso in cui diversi enti detengano un'impresa, la condizione relativa all'attività può ricorrere qualora tale impresa svolga la parte più importante della propria attività non necessariamente con questo o con quell'ente, ma con tali enti complessivamente considerati. Di conseguenza, l'attività da prendere in considerazione nel caso di un'impresa detenuta da vari enti è quella realizzata da detta impresa con tutti questi enti (v. sentenza Carbotermo e Consorzio Alisei, cit., punti 70 e 71).

33. A tale proposito, dai documenti presentati dalla Repubblica italiana emerge che, se si tiene conto delle attività svolte dall'ASI non soltanto a favore del Comune di Mantova, bensì per tutti gli enti che la detengono, tali attività possono essere considerate come essenzialmente dedicate ai suddetti enti.

34. Pertanto, la seconda condizione stabilita dalla Corte al punto 50 della citata sentenza Teckal è soddisfatta.

35. Alla luce di ciò, si deve ritenere che la Repubblica italiana abbia sufficientemente dimostrato in diritto che le condizioni richieste dalla giurisprudenza citata al punto 22 della presente sentenza sono soddisfatte e che, pertanto, il Comune di Mantova non era tenuto a indire una gara pubblica prima di concludere la convenzione.

36. Di conseguenza, il ricorso della Commissione dev'essere respinto in quanto infondato.
Sulle spese

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

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

1) *Il ricorso è respinto.*

2) *La Commissione delle Comunità europee è condannata alle spese.*

I servizi pubblici locali alla luce della recente riforma: un passo avanti verso la concorrenza?

di Daniele Rosato^(*)

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Servizi pubblici locali e servizi di interesse generale: cenni al contesto comunitario. – 3. Il servizio pubblico locale a rilevanza economica: del carattere “economico” del servizio. – 4. La disciplina statale: dal D.Lgs. n. 267 del 2000 alla recente riforma. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

La disciplina dei servizi pubblici locali offre da sempre interessanti spunti di riflessione favoriti dal continuo susseguirsi di interventi riformatori. Il tema è da sempre assai controverso, basti pensare in proposito alla difficoltà di prospettare una precisa definizione della nozione di pubblico servizio (1).

La questione concerne in particolare il ruolo delle autorità pubbliche nell'economia, che consiste da un lato nel garantire il buon funzionamento del mercato e il rispetto delle regole del gioco da parte di tutti gli interessati, e dall'altro nel garantire l'interesse generale e in particolare la soddisfazione dei bisogni essenziali dei cittadini quando il mercato non vi sopperisce.

Originariamente concepiti al di fuori del mercato, i servizi pubblici locali rappresentano oggi un settore fondamentale per l'economia nazionale e l'esistenza di vincoli per le imprese che intendano fare ingresso nel relativo mercato costituisce un ostacolo per lo sviluppo di quel confronto competitivo che generalmente produce uno sviluppo dei servizi pubblici in termini di qualità ed efficacia, a vantaggio dei cittadini e delle imprese.

Soprattutto a partire dagli anni Novanta si è diffuso un ampio dibattito circa l'opportunità di modificare il regime giuridico di quei servizi pubblici

^(*) Dottore in giurisprudenza.

(1) Sulle problematiche connesse all'individuazione della nozione di pubblico servizio, D. ROSATO, *Concessioni e appalti di servizi tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, 2008, II, 109; V.F. GIGLINI, *Osservazioni sull'evoluzione della nozione “Servizio Pubblico”*, in *Foro amm.*, 1998, 2280; V. PARISIO, *Servizi pubblici e Monopoli*, in E. PICOZZA, *Dizionario di diritto pubblico dell'economia* (a cura di) Rimini, 1997; F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990; U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964; A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, (a cura di) V. E. ORLANDO, 1930, VI, 379. Per una pregevole esposizione della concezione comunitaria di pubblico servizio e delle implicazioni che comporta l'adattamento al diritto comunitario, E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 2004. Per un confronto tra le diverse idee che si hanno della nozione di servizio pubblico nel sistema giuridico francese, inglese e tedesco, G. MARCOU, *I servizi pubblici tra regolazione e liberalizzazione: l'esperienza francese, inglese e tedesca a confronto*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 1, 125.

che sino a quel momento erano stati impostati secondo i tradizionali modelli organizzativi di stampo pubblicistico. In particolare l'art. 41, comma 3, e l'art. 43 della Carta costituzionale hanno a lungo rappresentato la base giuridica per legittimare provvedimenti a sostegno dell'intervento pubblico nell'economia, avallando costituzionalmente l'esercizio in regime di monopolio legale di numerosi servizi pubblici a contenuto economico (2).

In un Paese come il nostro, tradizionalmente caratterizzato da un forte intervento statale nell'economia, sono stati i processi di liberalizzazione avviati a livello comunitario a far venir meno le situazioni di monopolio. Per poter meglio comprendere, dunque, la disciplina dei servizi pubblici locali risulta opportuno innanzitutto effettuare una ricostruzione del contesto comunitario che ha fortemente condizionato questo settore (3).

2. Servizi pubblici locali e servizi di interesse generale: cenni al contesto comunitario

Nei primi anni di vita della Comunità l'obiettivo di raggiungere un'integrazione economica ha portato a concentrare l'impegno degli organi comunitari principalmente sulla rimozione delle barriere al commercio fra gli Stati membri. Il presupposto che ha dato origine all'intervento della Comunità nel settore dei servizi pubblici, dunque, è stato diverso da quello tradizionalmente rinvenibile negli ordinamenti nazionali perché il diritto comunitario in materia si è a lungo concentrato esclusivamente sui principi in tema di concorrenza e di accesso al mercato, senza prendere direttamente in considerazione il punto di vista degli utenti. Più precisamente, ciò che ha assunto rilievo per il diritto comunitario è stato il rapporto tra lo svolgimento delle attività economiche di interesse generale e le norme del Trattato poste a tutela della concorrenza.

L'originaria scelta della Comunità era dovuta non soltanto all'oggettiva difficoltà di disciplinare una materia caratterizzata dalla presenza negli Stati membri di qualificazioni giuridiche spesso divergenti tra loro, quanto alla volontà di non invadere una materia particolarmente delicata perché incide sui interessi che non presentano carattere meramente economico o individualistico.

(2) Cfr. F. CINTIOLI, *Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, in *Dir. Un. Eur.*, 2006, 3, 453. L'Autore pone al lettore una serie di interrogativi quale, tra gli altri, quello di capire se nel settore dei servizi di interesse economico generale vi sia spazio tanto per i diritti che per le libertà, rispondendo in termini positivi e ritenendo che in sede comunitaria il confine si sia di recente spostato verso i primi. Un giusto equilibrio, secondo l'Autore, potrebbe essere garantito dagli organi di vigilanza.

(3) Cfr. M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 1, 91, il quale ritiene che "il diritto europeo ha rappresentato un fattore di cambiamento epocale anche nel settore dei servizi pubblici, componente essenziale dello Stato sociale in espansione per buona parte del secolo scorso". L'Autore analizza l'impatto che la costituzione economica europea ha avuto sull'ordinamento italiano e su quello tedesco, concludendo che l'effetto sia stato molto più dirompente nel primo che nel secondo.

Successivamente, intorno agli inizi degli anni Novanta, il diritto comunitario ha cambiato la propria impostazione. A livello europeo è stata progressivamente percepita la necessità che la Comunità estendesse l'ambito dei propri interessi al di là di quello strettamente economico. Ne è dimostrazione, semplice quanto significativa, il cambiamento nella denominazione: non più Comunità Economica Europea (CEE) ma Comunità Europea (CE). Con il Trattato di Maastricht, in particolare, la Comunità ha fissato tra i propri obiettivi la promozione di uno sviluppo che sia non solamente economico, ma anche equilibrato, la realizzazione di una coesione economica e sociale (4).

È in questo contesto che il diritto comunitario ha avvertito l'immediata rilevanza dei servizi pubblici e ha riconosciuto che le relative funzioni possono giustificare l'applicazione di un regime particolare, tale da legittimare deroghe alle regole della concorrenza o la previsione di garanzie funzionali al raggiungimento di un certo standard qualitativo del servizio. In tal senso è stato importante l'apporto della giurisprudenza di Lussemburgo in ordine all'interpretazione dell'art. 86, par. 2, del Trattato e alle condizioni al verificarsi delle quali le regole poste a tutela della concorrenza possono conoscere delle deroghe nel settore dei servizi pubblici (5).

A ben vedere, la nozione di servizio pubblico è sostanzialmente estranea al diritto comunitario in quanto il legislatore europeo ha preferito utilizzare categorie concettuali di più ampio respiro quali le nozioni di servizio di interesse generale e di servizio di interesse economico generale (6).

Per quanto riguarda la prima, tale espressione non è presente nel Trattato ed il riferimento principale è il Libro bianco sui servizi di interesse generale (7).

(4) Sul tema, P. MENGOZZI, *European Community Law. From Common Market to European Union*, London/Dordrecht/Boston, 1992, 307.

(5) In generale, sul ruolo assunto dalla giurisprudenza di Lussemburgo in ordine allo sviluppo del diritto comunitario, A. TIZZANO, *Il ruolo della Corte di Giustizia nella prospettiva dell'Unione Europea*, in *Riv. dir. intern.*, 1994, 922; M. VAN EMPEL, *The 1992 Programme: Interaction between legislation and judiciary*, in *Legal Issues on European Integration*, 1992, 2; P. MENGOZZI, *La rule of law e il diritto comunitario di formazione giurisprudenziale*, in *Riv. dir. eur.*, 1992, 511, il quale mette in evidenza che "la Corte di giustizia delle Comunità europee ha assunto, per la precisazione del diritto comunitario e la sua progressiva integrazione nel tempo, un ruolo che sicuramente trascende quello tradizionalmente proprio dei giudici ordinari, anche di ultima istanza, dei paesi membri, specie di quelli dell'Europa continentale (...) esiste una parte sempre più importante del diritto comunitario che è di formazione giurisprudenziale". Si veda anche M.P. CHITI, *I signori del diritto comunitario: la Corte di Giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, 796.

(6) Nel Trattato l'unica disposizione che fa espressamente riferimento ai servizi pubblici è l'art. 73 (già 77) in materia di trasporti, secondo la quale "sono compatibili con il presente trattato tutti gli aiuti richiesti dalle necessità di coordinamento dei trasporti ovvero corrispondenti al rimborso di talune servitù inerenti alla nozione di pubblico servizio".

(7) Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 12 maggio 2004, COM (2004) 374. Presentato come estensione del Libro verde sui servizi di interesse gene-

Si tratta di una categoria più ampia rispetto a quella dei servizi di interesse economico generale in quanto riguarda tanto i servizi di mercato che quelli non di mercato che le autorità pubbliche considerano di interesse generale e che pertanto assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico (8).

L'espressione "servizi di interesse economico generale" è invece presente negli artt. 16 e 86, par. 2, del Trattato (9). Tali servizi sono stati definiti dalla Commissione come quelli di natura economica che in virtù di un criterio di interesse generale gli Stati membri o la Comunità assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico (10).

L'art. 16 del Trattato riconosce la rilevanza dei servizi di interesse economico generale e la loro importanza quale strumento per la promozione della coesione sociale e territoriale, impegnando pertanto gli Stati membri e la Comunità a provvedere affinché tali servizi funzionino "in base a principi e condizioni che consentano loro di assolvere i loro compiti" (11).

Il Trattato si occupa dei servizi di interesse economico generale anche nell'art. 86, laddove è stabilito che in linea di principio le imprese che gestiscono tali servizi soggiacciono come ogni altra alle norme poste a tutela della concorrenza, ma che detta regola generale conosce un'eccezione qualora l'applicazione di tali norme possa compromettere la specifica missione affidata a tali imprese (12).

rale, il Libro bianco illustra i criteri adottati dall'Unione europea per sostenere lo sviluppo dei servizi di interesse generale di qualità. In esso figurano i principali elementi di una strategia diretta ad assicurare a tutti i cittadini e a tutte le imprese servizi di alta qualità a prezzi accessibili.

(8) Libro verde della Commissione del 21 maggio 2003 sui servizi di interesse generale, COM(2003) 270, Gazzetta ufficiale C 76 del 25 marzo 2004, punto 16.

(9) I servizi di interesse economico generale sono citati anche nell'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, secondo il quale l'Unione riconosce e rispetta l'accesso ai servizi di interesse economico generale al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione stessa.

(10) Libro verde della Commissione del 21 maggio 2003 sui servizi di interesse generale, punto 17.

(11) Nel senso che l'applicazione delle regole del Trattato non debba sfociare in un peggioramento della qualità e della disponibilità dei servizi pubblici, L.G. RADICATI DI BROZOLO, *La nuova disposizione sui servizi di interesse economico generale*, in *Dir. Un. Europea*, 1998, 273. Per un'analisi delle diverse opinioni espresse in dottrina in ordine al significato e all'effetto dell'art. 16 del Trattato, M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, op. cit.

(12) Per un'analisi dell'art. 86 si rinvia a R. SCHMIDT, *La liberalizzazione dei servizi di interesse generale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 3, 687; D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 7; P. FATTORI, *Monopoli pubblici e art. 90 del Trattato CE nella giurisprudenza comunitaria*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 1999, 127; G. TESAURO, *Intervento pubblico nell'economia e art. 90, n. 2, del Trattato CE*, in *Dir. Un. Eur.*, 1996, 719; A. PAPPALARDO, *Commento all'art. 90*, in *Trattato istitutivo della Comunità economica europea, Commentario*, R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI, (diretto da), Milano, 1965, vol. I, 692. N. RANGONE, *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2005, 433, rileva che "i servizi di interesse

La disposizione è stata oggetto di una cospicua giurisprudenza comunitaria e, mentre in un primo momento i giudici di Lussemburgo con rigore hanno ridotto al minimo l'ambito delle attività sottratte alle regole concorrenziali, successivamente hanno sostenuto un orientamento meno rigido con la possibilità di deroghe al regime competitivo (13). La Corte di Giustizia, nel tentativo di garantire il giusto equilibrio tra le diverse esigenze che la norma tenta di conciliare, ha ammesso eccezioni alla libera concorrenza non solo quando possa risultare compromesso l'adempimento delle specifiche missioni assegnate al concessionario, ma anche quando tale deroga risulti necessaria per salvaguardare l'equilibrio economico dell'impresa incaricata della gestione del servizio.

Più in generale, è stata la considerazione che gradualmente si è manifestata a livello comunitario intorno all'importanza dei servizi di interesse economico generale al fine di soddisfare i diritti fondamentali che ha dato origine ad una tendenza maggiormente incline alle deroghe concorrenziali. Il diritto comunitario, pur nella convinzione che il libero mercato rappresenti l'obiettivo primario da raggiungere, ha progressivamente accolto l'idea che il processo di liberalizzazione non debba in alcun modo compromettere la qualità dei servizi, la loro continuità ed accessibilità. La Comunità ha dunque promosso un'apertura graduale del mercato, accompagnata da misure di tutela dell'interesse generale per garantire, in particolare attraverso la teoria del servizio universale, l'accesso di ciascun cittadino europeo ad un servizio di qualità e ad un prezzo accessibile.

Quale, allora, il punto di equilibrio tra le diverse esigenze, da una parte garantire il rispetto delle regole del mercato da parte di tutti gli interessati, e dall'altra garantire la soddisfazione delle finalità di interesse generale?

Al riguardo la comunicazione della Commissione sui servizi di interesse generale per accertare la compatibilità con il diritto comunitario di una deroga al regime concorrenziale utilizza il parametro della proporzionalità (14). Tale criterio richiede che i mezzi impiegati per il raggiungimento della

economico generale sono presi in considerazione dal Trattato Ce in quanto costituiscono eccezioni al libero gioco del mercato (...) Questo consente di derogare al principio della concorrenza come regola generale solo quando ciò risulti necessario al raggiungimento del servizio pubblico (...) Su questa base la Comunità europea ha promosso una liberalizzazione controllata, vale a dire un'apertura graduale del mercato, accompagnata da misure di tutela dell'interesse generale".

(13) Cfr. Corte di Giustizia, sentenze 17 maggio 2001, C-340/99; 19 maggio 1993, C-320/91; 27 aprile 1994, C-393/92; 30 aprile 1974, C-155/73. Per un'indagine della giurisprudenza comunitaria in ordine all'interpretazione dell'art. 86, comma 2, del Trattato, P. CASSINIS, *Diritti speciali ed esclusivi e diritto della concorrenza*, in *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, VII, G.F. AIANI-P. BENACCHIO (diretto da), Torino, 2006; M. LOTTINI, *I servizi di interesse economico generale: una nozione controversa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 5, 1351.

(14) Comunicazione della Commissione, I servizi di interesse generale in Europa (2001/C 17/04), punto 23.

missione di interesse generale non debbano originare distorsioni non indispensabili degli scambi. In altre parole, ogni restrizione alle libertà del mercato interno non deve eccedere quanto strettamente necessario per garantire il buon andamento della missione in quanto la realizzazione del servizio di interesse economico generale deve essere comunque garantita e le imprese alle quali tale compito è affidato devono comunque essere in grado di sostenere gli oneri specifici ed i costi che ne derivano.

3. Il servizio pubblico locale a rilevanza economica: del carattere “economico” del servizio

Nel nostro ordinamento i servizi pubblici locali sono stati distinti nelle due categorie contemplate dall'art. 113 del D.Lgs. n. 267 del 2000 come modificato dall'art. 14 del Decreto legge n. 269 del 2003: servizi a rilevanza economica e servizi che sono privi di tale rilevanza (15).

La differenza tra le due categorie non è di poco rilievo in quanto a seconda che un servizio venga ricondotto in una categoria piuttosto che nell'altra l'interprete è tenuto ad applicare uno statuto ben differente. Infatti, mentre per i servizi pubblici locali con rilevanza economica l'affidamento mediante procedure ad evidenza pubblica costituisce la regola generale, peraltro suscettibile di deroghe, per i servizi privi di tale rilevanza, viceversa, l'affidamento diretto costituisce il fondamentale strumento di scelta del concessionario (16).

L'importanza della distinzione, come è noto, è accresciuta in seguito alla sentenza della Corte costituzionale n. 272 del 2004, in quanto dall'inquadramento di un servizio come avente rilevanza economica o meno non discen-

(15) Decreto legge n. 269 del 2003, “Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici”, pubblicato nella G.U. del 2 ottobre 2003, convertito nella l. 24 novembre 2003, n. 326. In precedenza, l'art. 35 della legge n. 448 del 2001 attribuiva rilievo alla “rilevanza industriale” del servizio. Il legislatore del 2003 facendo riferimento alla diversa espressione “rilevanza economica” ha ampliato sensibilmente il campo di applicazione della norma, in quanto quest'ultima categoria appare più ampia rispetto alla precedente. Per un commento alla precedente riforma dell'art. 113 attuata con l'art. 35 della legge n. 448 del 2001, si veda E. CARLONI, *Il “carattere” del servizio locale e il suo affidamento: il sistema italiano fra aperture, paradossi e regressioni* (nota a Cons. di Stato, sez. V, 15 aprile 2004, n. 2155), in *Servizi pubb. e appalti*, 2004, 4, 786; C. CALVIERI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici di cui all'art. 35 L. 448/2001 e sua compatibilità con processi di riorganizzazione in atto*, consultabile sul sito www.lexitalia.it, 2002, 4.

(16) La previsione di un tale differente regime è dovuta, secondo parte della dottrina, alle minori esigenze di tutela in ordine ai servizi pubblici di rilevanza non economica. Mentre nei servizi di rilevanza economica l'elemento ispiratore sarebbe rappresentato dalla tutela della concorrenza, nel caso invece dei servizi privi di tale rilevanza “le esigenze della concorrenza appaiono sensibilmente temperate dall'esigenza di dare massima espressione alla dimensione sociale, che in questi servizi assume grande rilievo”: T. TESSARO, *I servizi pubblici locali privi di rilevanza economica*, in *Comuni d'Italia*, 2004, 22; si veda anche C. SAN MAURO, *Le più recenti norme sui servizi pubblici locali: note di inquadramento*, consultabile sul sito www.giustamm.it.

de più solamente il diverso regime applicabile in ordine alla procedura di affidamento ma anche la fonte, rispettivamente nazionale o regionale, abilitata a disciplinare la materia (17).

Quella tra servizi di rilevanza economica e servizi privi di tale rilevanza è una distinzione di matrice esclusivamente statale in quanto l'ordinamento comunitario non conosce tale distinzione. In ambito europeo, viceversa, esiste la ripartizione tra servizi di interesse generale *tout court* e servizi di interesse economico generale, importante in quanto mentre i servizi di interesse generale di natura non economica non sono soggetti a norme comunitarie specifiche né alle norme del Trattato sul mercato interno, la concorrenza e gli aiuti di stato (18), i servizi di interesse economico generale sono sottoposti al diritto comunitario in materia di libertà di stabilimento, alle norme sulla concorrenza e sugli aiuti di stato e, in particolare, alla disciplina contenuta nell'art. 86 del Trattato secondo la quale le imprese che gestiscono tali servizi soggiacciono come ogni altra impresa alle norme poste a tutela della concorrenza.

La giurisprudenza comunitaria ha ricondotto il concetto di economicità nell'ambito della nozione di impresa, precisando che essa "abbraccia qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo *status* giuridico di detta entità e della sua modalità di finanziamento" (19). Al riguardo, la stessa giurisprudenza ha indicato che "costituisce attività economica qualsiasi attività che implica l'offerta di beni o servizi in un determinato mercato" (20).

(17) Con tale sentenza la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 113 *bis* del D.Lgs. n. 267 del 2000 contenente la disciplina statale delle forme di gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica, mentre ha lasciato sostanzialmente immutato l'impianto dell'art. 113 che disciplina, invece, i servizi pubblici locali con rilevanza economica. Secondo la Corte Costituzionale lo Stato nel dettare la disciplina dell'affidamento di questi ultimi servizi trae la propria legittimazione nella materia della tutela della concorrenza, mentre tale titolo non sarebbe invocabile per la disciplina dei servizi privi di rilevanza economica perché "in riferimento ad essi non esiste un mercato concorrenziale". Per un commento alla sentenza E. ZANELLI, *Servizi pubblici locali e Corte Costituzionale un passo avanti e due indietro*, in *Corriere giuridico*, 2005, 1; A. POLICE- W. GIULIETTI, *Servizi pubblici, servizi sociali e mercato: un difficile equilibrio*, (nota a Corte costituzionale n. 272 del 2004), in *Servizi pubblici e appalti*, 2004, 831; G. SCIULLO, *Stato, regioni e servizi pubblici locali nella pronuncia n. 272/04 della Consulta*, consultabile sul sito www.lexitalia.it.

(18) Tali servizi sono tuttavia oggetto delle norme comunitarie che si applicano anche alle attività non economiche e a quelle che non incidono sugli scambi intracomunitari, come il principio fondamentale di non discriminazione o quello della libera circolazione delle persone. In questi termini il Libro verde della Commissione del 21 maggio 2003 sui servizi di interesse generale, punti 32 e 43.

(19) Corte di Giustizia, sentenze 21 settembre 1999, C-67/96, punto 39; 23 aprile 1991, C-41/90, punto 21; 17 febbraio 1993, C-159/91 e C-160/91, punto 17; 16 novembre 1995, C-244/94, punto 14.

(20) Corte di Giustizia, sentenze 18 giugno 1998, C- 35/96, punto 36; 16 giugno 1987, C-118/85, punto 7. In questi termini anche il Libro verde della Commissione del 21 maggio 2003 sui servizi di interesse generale, punti 43 e 44.

Quello del giudice comunitario è evidentemente un indirizzo rigoroso finalizzato a tutelare nella maggiore misura possibile il libero mercato. Come accennato nel paragrafo che precede, alla luce della giurisprudenza comunitaria sulla portata dell'art. 86, par. 2, la deroga all'applicazione delle regole del Trattato dirette a instaurare un mercato comune può trovare applicazione solamente se la missione dell'ente che detiene il monopolio presuppone che tali norme vengano disapplicate. In altre parole, l'applicabilità della suddetta deroga sarebbe subordinata alla dimostrazione che l'applicazione delle norme poste a tutela della concorrenza renderebbe impossibile l'adempimento di tale missione (21).

Anche la giurisprudenza italiana ha affrontato la questione della rilevanza economica o meno dei servizi pubblici locali. Tale esame, infatti, risulta indispensabile per il giudice amministrativo per determinare la legittimità dell'affidamento diretto di un servizio pubblico. In assenza di una disposizione legislativa che ne fornisca una precisa definizione, la nozione di servizio pubblico locale con rilevanza economica e quella di servizio privo di siffatta rilevanza devono essere ricostruite in via interpretativa.

La giurisprudenza amministrativa ritiene che tale distinzione debba essere ancorata all'impatto che l'attività può avere sull'assetto della concorrenza e ai suoi caratteri di redditività. Così argomentando, assume rilevanza economica il servizio che si svolge in un settore per il quale potrebbe esistere, almeno potenzialmente, una redditività e quindi una competizione sul mercato; e ciò ancorché siano previste forme di finanziamento pubblico, più o meno ampie, dell'attività in questione. Dovrebbe, viceversa, essere considerato privo di tale rilevanza il servizio che, per la sua natura o per i vincoli ai quali è sottoposta la relativa gestione, non origina alcuna competizione e, quindi, appare irrilevante ai fini della concorrenza (22).

(21) Corte di Giustizia, sentenza 23 maggio 2000, C-209/98, punti 74-81; Trib. di I grado, 13 giugno 2000, procedimenti riuniti T-204/97 e T-270/97, punti 125 e 126; Conclusioni dell'Avvocato generale presentate il 12 febbraio 2008 nella causa T-289/03. Il punto 22 della comunicazione della Commissione sui servizi di interesse generale in Europa (G.U. 2001, C 17/04), richiede che, affinché sia applicabile la deroga di cui all'art. 86, par. 2, la missione di servizio pubblico sia chiaramente definita e sia affidata esplicitamente con atto pubblico. Tale obbligo discenderebbe dall'esigenza di garantire la certezza giuridica e la trasparenza nei confronti dei cittadini e sarebbe indispensabile affinché la Commissione possa verificare il rispetto del criterio di proporzionalità.

(22) Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 30 agosto 2006, n. 5072, in *Foro amm. CDS*, con nota di S. GOBBATO, *Regole di concorrenza e gestione in house dei servizi socio-assistenziali*, 2007, 2, 575. Il giudice amministrativo con questa pronuncia ha inoltre specificato che allorché un soggetto sia chiamato a svolgere sia servizi dotati di rilevanza economica sia servizi che, astrattamente, potrebbero esserne privi “deve aversi comunque riguardo alla globalità dei servizi espletati dal soggetto societario e, quindi, al carattere essenzialmente economico che li contraddistingue e che impedisce di porli su piani separati e non comunicanti”. Si veda anche T.A.R. Puglia, Bari, sentenza 8 marzo 2006, n. 1318; T.A.R. Liguria, sez. II, sentenza 28 aprile 2005, n. 527.

La rilevanza economica del servizio, secondo questo indirizzo, viene sostanzialmente a dipendere dal tipo di attività che si svolge. A prescindere dalle ulteriori caratteristiche che contraddistinguono la missione, infatti, sarebbe l'esistenza di un mercato nel settore a determinare la rilevanza economica del servizio. Alla base di questo orientamento sembra esserci la volontà di garantire il maggior livello di tutela per il regime concorrenziale, in quanto dire che un servizio ha rilievo economico quando opera in un settore in cui potrebbe esistere "almeno potenzialmente" un mercato concorrenziale significa imporre alla pubblica amministrazione di svolgere la procedura di gara in relazione all'affidamento di ogni servizio che origina reddito, salvo ovviamente le ipotesi in cui l'applicazione delle norme concorrenziali possa compromettere la realizzazione della missione affidata.

4. La disciplina statale: dal testo unico degli enti locali alla recente riforma

La disciplina dei servizi pubblici locali negli ultimi anni è stata oggetto di una serie di riforme che ne hanno più volte modificato il contenuto (23). L'ennesima riscrittura delle norme in tale materia è attualmente contenuta nell'art. 23 *bis* del Decreto legge 25 giugno 2008, n. 112 (24). In precedenza la disciplina generale di riferimento era contenuta nell'art. 113 del D.Lgs. n. 267 del 2000 (25), il quale stabiliva che l'erogazione del servizio poteva avvenire:

a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica;

b) a società di capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica;

c) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

(23) Il primo provvedimento legislativo che ha riguardato in maniera globale i servizi pubblici risale ai primi anni del secolo scorso. Si tratta della legge 29 marzo 1903 n. 103, volta a disciplinare il fenomeno delle c.d. municipalizzazioni, vale a dire dell'assunzione dei servizi pubblici da parte degli enti locali. L'art. 112 del D.Lgs. n. 267 del 2000 qualifica servizi pubblici locali quelli "che abbiano per oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali".

(24) Decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, "Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria". L'art. 23 *bis* è stato inserito dalla legge di conversione 6 agosto 2008, n. 133. Per un primo commento, R. DE NICTOLIS, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Urb. e app.*, 2008, 1109; S. COLOMBARI, *La disciplina dei servizi pubblici locali: carattere integrativo e non riformatore dell'art. 23 bis del d.l. n. 112/2008*, consultabile sul sito www.giustamm.it.

(25) D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, "Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali", pubblicato nella G.U. 28 settembre 2000, n. 227, S.O.

Come anticipato, con l'entrata in vigore della legge n. 133 del 6 agosto 2008 la disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica è ora contenuta nell'art. 23 *bis* della stessa legge. Infatti, nonostante l'ultima parte del primo comma stabilisca che le disposizioni contenute nell'art. 23 *bis* si applicano "a tutti i servizi pubblici locali", tale norma non può che essere interpretata in stretta connessione con la prima parte del medesimo comma, sicché l'espressione "tutti i servizi pubblici locali" deve essere considerata come comprensiva esclusivamente di quelli che presentano rilevanza economica.

Uno dei punti di maggiore rilievo introdotti dalla recente riforma concerne le modalità di affidamento del servizio pubblico locale. Il legislatore ha introdotto quale regola generale l'indispensabilità della gara ai fini dell'affidamento della gestione del servizio, in quanto il conferimento deve avvenire "in via ordinaria" mediante procedure competitive ad evidenza pubblica (26). La disposizione, tuttavia, non descrive le modalità di espletamento della procedura competitiva, limitandosi ad indicare che essa dovrà svolgersi "nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità". Le amministrazioni affidanti in virtù di una disposizione come quella in commento si trovano oggi a godere di un ampio margine di discrezionalità nella definizione delle procedure di gara, in quanto l'unico limite al riguardo rinvenibile è il rispetto dei principi generali elencati dal legislatore.

Si è detto dell'introduzione del principio dell'indispensabilità della gara ai fini dell'affidamento del servizio pubblico locale avente rilevanza economica. La riforma, tuttavia, ha inserito una rilevante deroga alla regola generale stabilendo che laddove sussistano "peculiarità caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche" che non consentono "un efficace e utile ricorso al mercato", l'affidamento da parte dell'ente locale può essere effettuato "nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria". Anche in questo caso il legislatore non descrive quali siano le modalità di affidamento in deroga; sembra tuttavia che la norma implicitamente faccia riferimento e legittimi l'accesso al sistema *in house providing* (27). Alla luce del diritto comunitario la pubblica amministrazione non è obbligata ad indire una procedura competitiva qualora ricorrano due condizioni: che l'amministrazione eserciti sul soggetto affidatario un controllo analogo a quello che

(26) B. RAGANELLI-G. PIGA, *La questione del conferimento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, lavoro compreso nel rapporto di Confindustria del mese di settembre 2008, sottolineano che lo svolgimento di una procedura di gara costituisce la condizione necessaria per la creazione di un esito concorrenziale ma rischia di non essere sufficiente a tal fine se non è accompagnato dalla sussistenza di altre condizioni, tra le quali la qualità del capitolato.

(27) Cfr. S. COLOMBARI, *La disciplina dei servizi pubblici locali*, op. cit., 5.

essa esercita sui propri uffici; che tale soggetto svolga la parte più importante della sua attività a favore dell'amministrazione aggiudicatrice (28).

La possibilità per l'ente locale di "sfuggire" dallo svolgimento della gara ad evidenza pubblica "rifugiandosi" nella fattispecie *in house* è parzialmente attenuata dalla previsione dell'obbligo in capo all'amministrazione di fornire pubblicità della scelta, di motivarla sulla base di un'analisi del mercato e di trasmettere una relazione che contenga gli esiti di tale verifica all'Autorità Antitrust e alle Autorità di regolazione del settore, ove esistenti, affinché esse esprimano un parere entro sessanta giorni dalla ricezione della relazione.

La riforma, dunque, non ha determinato un'apertura totale dei servizi pubblici locali al mercato né tantomeno il *de profundis* dell'affidamento *in house*: la novità, invece, sembra consistere nell'aver aggravato il procedimento amministrativo che regge tali affidamenti imponendo una maggiore ponderazione da parte degli enti locali, i quali saranno tenuti a motivare la loro scelta in base ad un'analisi di mercato che dia dimostrazione delle ragioni di ordine economico, sociale, ambientale e geomorfologico che non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato.

Tale disposizione apre ad una serie di riflessioni. Innanzitutto in merito alle modalità ed ai termini entro i quali deve essere condotta da parte dell'ente locale che ha inteso derogare al principio della gara l'analisi di mercato. In assenza di alcun parametro stabilito *ex lege* in ordine al contenuto di tale analisi, lo stesso non può che essere rimesso ad una valutazione discrezionale da parte dell'amministrazione affidante. Quanto invece allo scopo di tale analisi, sembra che attraverso la stessa l'amministrazione debba dimostrare che l'esternalizzazione non rappresenta la soluzione preferibile per la gestione del servizio pubblico locale. In secondo luogo la previsione di una prodromica indagine da parte degli enti locali, specialmente con riferimento a quelli di minore dimensione, inevitabilmente costringerà tali amministrazioni a sostenere una spesa aggiuntiva non trascurabile. Infine, in assenza di diversa precisazione legislativa, il parere dell'Autorità Antitrust è obbligatorio ma deve essere considerato non vincolante e allora, ecco il punto, quale è l'effettivo limite stabilito dalla norma?

(28) Numerosi sono gli Autori che hanno preso in esame il fenomeno *in house providing*. Tra gli altri, S. COLOMBARI, *Il modello in house providing tra mito (interno) e realtà (comunitaria)*, in *Urb. e app.*, 2008, 211; G. FIENGO, *Un significativo allargamento dell'in house providing*, in *Rass. Avv. Stato*, 2007, I, 254; R. CAVALLO PERIN—D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 2006, I; D. ROSATO, *Appalti in house: rassegna critica della giurisprudenza*, in *Rass. Avv. Stato*, 2006, IV, 33; R. DE NICTOLIS, *La Corte si pronuncia in tema di tutela della trattativa privata, negli affidamenti in house a società miste*, in *Urb. e App.*, 2005, 295; B. MAMELI, *Affidamenti in house e libera concorrenza*, in *Urb. e app.*, 2003, 1419; C. ALBERTI, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2001, 495. Per la giurisprudenza, per la sua valenza riassuntiva, Consiglio di Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1, in *Foro it.*, 2008, III, 161.

Le disposizioni in commento, in realtà, benché ispirate dall'apprezzabile intento di limitare il diffondersi di deroghe ingiustificate al principio generale della gara, non appaiono idonee a raggiungere agevolmente tale auspicabile risultato.

La riforma ha previsto anche la possibilità di affidamento simultaneo con unica gara di una pluralità di servizi pubblici locali qualora l'ente affidante riesca a dimostrare che tale scelta sia economicamente vantaggiosa. Anche in relazione a tale ipotesi, probabilmente, sarebbe stato più opportuno se il legislatore avesse stabilito espressamente i criteri che l'ente deve considerare per dimostrare il vantaggio economico di tale scelta organizzativa. In assenza di tale previsione, infatti, l'amministrazione affidante si trova a godere di un ampio margine di discrezionalità nell'effettuare la propria scelta.

La riforma ha introdotto una rilevante novità anche per quanto concerne il soggetto affidatario del servizio pubblico locale. In base al nuovo quadro normativo, infatti, possono partecipare alla gara per l'affidamento della gestione dei servizi tutti gli imprenditori e tutte le società indipendentemente dalla veste giuridica che esse assumano. In tal modo il legislatore ha recepito l'orientamento del giudice comunitario secondo il quale i giudici italiani sono tenuti a disapplicare norme come l'art. 113, comma 5, lett. a) del TUEL per manifesta incompatibilità con i principi di parità di trattamento, di divieto di discriminazione e di libera concorrenza sanciti dal Trattato (29) perché impediscono ad operatori economici di presentare offerte soltanto per il fatto che tali offerenti non presentano la forma giuridica corrispondente ad una determinata categoria di persone giuridiche. Alla luce del nuovo contesto normativo e giurisprudenziale il discrimine della forma societaria, dunque, non può più operare nei riguardi della società partecipante alla gara per la gestione del servizio pubblico locale, al cui affidamento può concorrere qualsivoglia soggetto, anche costituito in forma diversa dalla società di capitali.

La disciplina contenuta nell'art. 23 *bis* del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112 trova il proprio ambito di applicazione con riferimento a tutti i servizi pubblici locali a rilevanza economica. Nel testo, però, c'è anche una

(29) Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza 18 dicembre 2007, C-357/06. L'art. 113, comma 5, lett. a) del TUEL stabiliva che l'erogazione del servizio potesse avvenire con conferimento della titolarità del servizio a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica. Il giudice di Lussemburgo ha stabilito che "l'art. 26 n. 1 e 2 della direttiva del Consiglio 92/50/CE osta a disposizioni nazionali, come quelle costituite dagli art. 113, comma 5, D.Lgs. n. 267 del 2000, art. 198, comma 1, D.Lgs. n. 152 del 2006 e art. 2, comma 6, l.r. Lombardia n. 26 del 2003, che impediscono ad operatori economici di presentare offerte, soltanto per il fatto che tali offerenti non abbiano la forma giuridica corrispondente ad una determinata categoria di persone giuridiche, ossia quella delle società di capitali. Il giudice nazionale, in tal caso, è obbligato a dare un'interpretazione ed un'applicazione conformi alle prescrizioni del diritto comunitario e, qualora siffatta interpretazione conforme non sia possibile, a disapplicare ogni disposizione di diritto interna contraria a tali prescrizioni". Conforme a questo orientamento la recente pronuncia del Consiglio di Stato, sez. V, 8 settembre 2008 n. 4242.

disposizione che fa specifico riferimento al servizio idrico integrato. Si tratta del comma ottavo, il quale stabilisce che qualora all'attuale concessionario sia stata affidata la gestione del servizio senza una previa gara ad evidenza pubblica, l'efficacia del titolo concessorio termina il 31 dicembre 2010, senza la necessità che l'ente affidante adotti una delibera *ad hoc*. La disposizione stabilisce anche che qualora le concessioni del servizio idrico integrato siano state affidate in presenza delle particolari condizioni che legittimano la deroga al principio della gara, tali affidamenti sono esclusi dalla cessazione. Il dato letterale ("*sono escluse dalla cessazione le concessioni affidate ai sensi del comma 3*") fa presumere che il momento rilevante per verificare la presenza delle condizioni che legittimano la deroga sia quello in cui è stato effettuato l'affidamento originario. Tuttavia, secondo una parte della dottrina, sarebbe più ragionevole fare riferimento al momento, successivo, della prevista cessazione della concessione quale momento per accertare la sussistenza delle condizioni derogatorie, "in quanto sarebbe illogico imporre la decadenza delle concessioni in essere assentite a trattativa diretta se poi comunque si può far ricorso anche nell'attualità (*rectius* anche dopo il 2010) alla trattativa diretta in forza del più volte citato comma 3" (30).

Degna di commento è anche la previsione del divieto per i titolari di servizi pubblici locali non affidati mediante procedura competitiva, nonché per i soggetti cui sia stata affidata la gestione delle reti, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, di acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, di svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare. La disposizione precisa che tale divieto non si estende alle società quotate nei mercati regolamentati e che non opera in relazione alle gare per il conferimento dello stesso servizio pubblico di cui il privato sia stato precedentemente concessionario (31).

Il divieto appare particolarmente restrittivo e probabilmente solleva dei dubbi di legittimità costituzionale e comunitaria in particolare con riferimento alle norme poste a tutela dell'iniziativa privata. Infatti, tale limite preclude ai soggetti affidatari diretti di un servizio pubblico locale di concorrere, anche mediante procedura ad evidenza pubblica, per l'affidamento di un servizio pubblico ulteriore, e ciò anche quando il servizio inerisca ad un ambito territoriale diverso, anche quando a competere per l'ulteriore servizio sia una società controllante, controllata o semplicemente partecipata dall'affidataria diretta. Inoltre la disposizione comprende il divieto, particolarmente limitativo, di svolgere servizi o attività anche per altri soggetti "pubblici o privati".

(30) Cfr. F. LILLI, "La nuova disciplina di riforma dei servizi pubblici locali", consultabile sul sito www.giustamm.it, pubblicato il 17 settembre 2008.

(31) La disposizione riprende sostanzialmente il divieto di cui all'art. 113, comma 6, del D.Lgs. n. 267 del 2000.

La riforma dei servizi pubblici locali non si esaurisce nel decreto legge n. 112 del 2008, in quanto il comma 10 dell'art. 23 *bis* demanda ad uno o più regolamenti governativi il compito di completare la riforma. Per un giudizio completo sulla riforma, dunque, non si può che attendere l'emanazione di tali regolamenti per valutarne il contenuto.

Per quanto concerne il rapporto tra la nuova disciplina e quella di cui all'art. 113 del D.Lgs. n. 267 del 2000 il legislatore non ha fornito un parametro certo, rinviando il compito di individuare quali norme di tale ultima disposizione siano incompatibili con la nuova disciplina all'interprete e, plausibilmente, al regolamento di cui al comma 10, il quale, tra l'altro, dovrà "*individuare espressamente le norme abrogate ai sensi del presente articolo*". In attesa dell'auspicato regolamento governativo, il giudizio circa la tecnica normativa utilizzata dal legislatore non può essere esente da critiche perché in contrasto con quelli che sono i principi generali di *drafting* legislativo. Sarebbe stata preferibile un'esplicita indicazione da parte del legislatore di quali norme contenute nell'art. 113 del D.Lgs. n. 267 del 2000 devono oggi ritenersi applicabili, evitando ogni forma di abrogazione implicita e con una soluzione maggiormente consona a quel canone della certezza del diritto spesso ignorato dal nostro legislatore. *Medio tempore*, sarà l'interprete a dover determinare "*le parti incompatibili con le disposizioni del presente articolo*", ovvero stabilire in quale misura l'art. 113 debba considerarsi attualmente abrogato.

Per quanto attiene alla regolamentazione del periodo transitorio, l'art. 23 *bis* contiene norme in tema di transitoria prosecuzione delle gestioni in corso al momento dell'entrata in vigore della nuova disciplina. Il legislatore ha stabilito espressamente che restano salve le procedure di affidamento avviate e non ancora concluse nel momento in cui la legge n. 113 del 2008 è entrata in vigore, in ossequio a quell'interpretazione del principio della certezza del diritto elaborata dal giudice comunitario secondo cui la cessazione di una concessione preesistente all'entrata in vigore di una nuova norma deve essere corredata da un periodo transitorio che permetta alle parti del contratto di sciogliere i rispettivi rapporti contrattuali a condizioni accettabili sia dal punto di vista delle esigenze del servizio pubblico, sia dal punto di vista economico (32).

5. Riflessioni conclusive

La riforma dei servizi pubblici locali introdotta con l'art. 23 *bis* della legge n. 133 del 2008 rappresenta l'ennesimo tentativo di disciplinare questa complessa materia. Se sembra condivisibile che la *ratio* della riforma sia stata quella di tutelare il più possibile il principio della libera concorrenza (33),

(32) Corte di Giustizia, sez. II, sentenza 17 luglio 2008, nel procedimento C-347/06.

(33) Cfr. G. GUZZO, *La nuova veste dei servizi pubblici locali alla luce degli emendamenti e sub-emendamenti al ddl n. AC 1386 di conversione del dl 112/08*, consultabile sul sito www.dirittodeiservizipubblici.it.

appare tuttavia evidente che il disegno del legislatore sia suscettibile di un miglioramento, in vista di una più ampia affermazione di quella concorrenza che generalmente è considerata funzionale all'efficienza operativa dei servizi (34).

Ferme restando le osservazioni esposte, in generale si può sostenere che a fronte di una condivisibile affermazione del principio della gara come regola generale, la previsione di deroghe come quelle previste al comma 3 dell'art. 23 *bis*, di fatto, non fa che riproporre le questioni oggi ancora aperte in tema di affidamenti diretti. L'aver individuato quale parametro per "aggirare" la regola della gara uno dai connotati incerti, infatti, non contribuisce a promuovere una maggiore certezza del diritto e non consente la definitiva apertura del settore alla libera concorrenza. La disposizione si presta ad interpretazioni evidentemente discrezionali le quali, anche in ragione della prassi esistente in questo settore, non fanno apparire improbabile un ricorso assai frequente da parte degli enti locali alla deroga al principio della gara.

La riforma della disciplina dei servizi pubblici locali, dunque, sotto questo profilo non rappresenta un reale passo avanti verso il libero sviluppo dei mercati, né tantomeno la conclusione dell'opera di sistemazione di questa tormentata materia. L'art. 23 *bis*, piuttosto, costituisce un nuovo intervento legislativo che se da una parte puntualizza alcune questioni, dall'altra ne lascia aperte altre non meno importanti.

(34) Segnalazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AS457) del 24 luglio 2008 sulla disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

LE DECISIONI

Appalti pubblici: legittimazione ad agire *singulatim* da parte di imprese membri di una associazione temporanea

(Corte di Giustizia delle Comunità europee, Sezione Sesta, ordinanza del 4 ottobre 2007 nella causa C-492/06)

L'ordinanza oggetto della presente nota a commento concerne la questione della legittimazione o meno delle imprese, facenti parte di una associazione temporanea (ATI), ad agire in giudizio a titolo individuale, addivendo alla conclusione della piena compatibilità comunitaria di un ordinamento nazionale che riconosca la legittimazione attiva anche ai singoli membri di un'ATI.

Fatto

È opportuno, in via preliminare, offrire un quadro dei fatti posti al vaglio della Corte al fine di comprendere la portata della sua statuizione.

In data 30 novembre 2004 l'Azienda Ospedaliera Ospedale Niguarda Ca' Granda di Milano pubblicava un bando di gara avente ad oggetto un servizio di elisoccorso. Venivano depositate le offerte. La prima, da parte della Elilombarda in quanto capofila di un'associazione temporanea in via di costituzione; la seconda, depositata dal Consorzio il quale risultava poi aggiudicatario.

La Elilombarda proponeva dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, in nome proprio e a titolo individuale, un ricorso rivolto contro tale decisione. Il Consorzio sollevava l'eccezione di inammissibilità per difetto di legittimazione ad agire *singulatim* in quanto – a suo dire – unico soggetto legittimato a ricorrere era l'ATI, seppure ancora in via di costituzione, quale unico centro di interesse.

Il TAR accoglieva il ricorso dell'Elilombarda, riferendosi alla giurisprudenza maggioritaria del Consiglio di Stato.

Il Consorzio proponeva, dunque, appello al Consiglio di Stato il quale, sospendendo il procedimento, con ordinanza (1) sottoponeva al vaglio della Corte di Giustizia la seguente questione pregiudiziale: "l'art. 1 della cd. direttiva – ricorsi n. 89/665 deve essere interpretato nel senso che osta a che,

(1) CdS, sez. V, n. 6677 del 14 novembre 2006.

secondo il diritto nazionale, il ricorso contro una decisione di aggiudicazione di un appalto possa essere proposto a titolo individuale da uno solo dei membri di un'associazione temporanea priva di personalità giuridica, che ha partecipato in quanto tale ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico e non si è vista attribuire il detto appalto?".

La decisione della Corte di Giustizia consolida l'orientamento maggioritario della giurisprudenza amministrativa dello Stato italiano

La tesi prevalente nella giurisprudenza amministrativa nazionale (2) ammette la legittimazione processuale delle singole imprese facenti parte di un'ATI, sia già costituita sia in via di costituzione, ad agire individualmente, sulla base della circostanza per cui, nonostante la partecipazione ad un raggruppamento e nonostante il conferimento di un mandato ad una capogruppo, le singole imprese rimangono tuttavia titolari di propri diritti soggettivi ed interessi legittimi, aventi ciascuna un proprio interesse ad agire.

Si cita, a titolo esemplificativo, la pronuncia del Consiglio di Stato sez. V n. 1805 del 19 aprile 2005 secondo cui, relativamente ad un'ATI costituenda, "la possibilità di una futura costituzione di un soggetto diverso, l'ATI appunto, non priva i singoli partecipanti della propria legittimazione attiva. In particolare nelle gare per affidamento di appalti pubblici, ciascuno dei soggetti che hanno chiesto di partecipare dichiarando di volersi riunire in associazione temporanea in caso di aggiudicazione, è legittimato, come portatore di un interesse proprio riconosciuto dall'ordinamento, ad impugnare l'aggiudicazione. E ancora, si menziona la più recente pronuncia del Consiglio di Stato, sez. V, n. 5577 del 23 ottobre 2007 per cui "Il collegio, pur prendendo atto della esistenza di alcune posizioni differenziate, ritiene preferibile l'opinione secondo cui, anche prima della costituzione dell'associazione temporanea di impresa e del conferimento della rappresentanza alla capogruppo mandataria, ciascuna impresa mandante ha il diritto di proporre ricorso avverso le determinazioni della procedura di gara che provochino lesione dei propri interessi... le regole interne possono stabilire una legittimazione al ricorso ancora più ampia ed estesa di quella prevista dal diritto comunitario, riferendola a ciascuna delle singole imprese facenti parte della costituenda ATI" (3).

(2) *Ex multis*, CdS sez. IV, n. 397 del 23 gennaio 2002; CdS sez. V n. 5646 del 30 agosto 2004; CdS sez. V n. 1411 del 18 marzo 2004; CdS sez. V n. 6769 del 30 ottobre 2003; CdS sez. IV n. 3721 del 10 giugno 2004; CdS sez. V n. 5577 del 23 ottobre 2007.

(3) Confr. TAR Calabria n. 170 del 18 luglio 1983; CdS, sez. VI, n. 937 del 23 gennaio 2002; CdS, sez. IV, n. 3721 del 10 giugno 2004 per cui "il conferimento del mandato speciale collettivo irrevocabile gratuito all'impresa capogruppo attribuisce al legale rappresentante di quest'ultima la rappresentanza processuale nei confronti dell'amministrazione e delle imprese terze controinteressate, ma non preclude o limita la facoltà delle singole imprese mandanti di agire in giudizio *singulatim*, mancando una espressa previsione in tal senso nella normativa comunitaria di riferimento ed in quella nazionale di recepimento".

Di avviso contrario è la tesi (4), minoritaria in giurisprudenza, secondo cui necessariamente la legittimazione ad agire spetti al raggruppamento in sé poiché ai soli fini della partecipazione alla gara si crea un unico centro di interesse, un unico concorrente, che partecipa alla gara formulando un'unica offerta, e che va mantenuto su un piano di parità rispetto agli altri concorrenti, destinatari di un'unica notificazione alla impresa capogruppo ai fini della decorrenza del termine per impugnare gli atti di gara lesivi in sede giurisdizionale.

La Corte di Giustizia aveva già esaminato analoga questione con la nota sentenza *Espace-Trianon* (5).

La fattispecie posta all'esame della Corte concerneva la compatibilità comunitaria dell'ordinamento belga in materia di appalti pubblici il quale non prevedeva la legittimazione ad agire *singulatim* delle imprese di una ATI. La Corte ha statuito che, "la direttiva ricorsi 89/665/CEE non osta a che la normativa nazionale di uno Stato membro preveda che le singole imprese costituite in raggruppamento temporaneo non siano legittimate ad impugnare in via autonoma l'aggiudicazione della gara d'appalto cui abbiano preso parte nell'ambito del raggruppamento stesso".

Con la sentenza *Espace-Trianon* viene, dunque, dichiarato conforme all'ordinamento comunitario il sistema processuale (belga, nella fattispecie) nella misura in cui prevede che il ricorso contro l'aggiudicazione di un appalto possa essere proposto unicamente dalla totalità dei membri di un'ATI.

Nulla si dice, tuttavia, in merito al caso in cui il singolo Stato membro ammetta la possibilità per le imprese di agire *singulatim*, non rientrando la questione – secondo le parole dell'Avvocato Generale – nell'oggetto del giudizio.

Nel caso di specie, Consorzio Elisoccorso c/o Elilombarda, posto all'esame della presente nota a commento, risolutive sono le conclusioni dell'Avvocato Generale il quale ha affermato che "la circostanza che in alcuni Stati membri anche i singoli componenti di un raggruppamento di imprenditori possano proporre ricorso non muta il fatto che la direttiva – ricorsi non richiede una siffatta possibilità. Gli Stati membri, infatti, in linea di principio ben possono andare oltre i requisiti minimi stabiliti dalle direttive".

Ulteriori elementi, inoltre, quali la lettera della norma comunitaria nonché l'obiettivo prefissato dall'ordinamento comunitario, costituiscono indici rilevanti al fine di poter sostenere la compatibilità del sistema nazionale italiano con l'ordinamento comunitario in materia.

L'art. 1 comma 3 della citata direttiva, infatti, dispone che "gli Stati membri garantiscono che le procedure di ricorso siano accessibili, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, per lo meno a chiunque

(4) *Ex pluribus*, CdS, sez. V n. 5032 del 09 luglio 2004; CdS, sez. V, n. 3950 del 17 luglio 2001.

(5) Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Sezione Seconda, sentenza dell'8 settembre 2005, C-129/04. Richiamata, nella fattispecie oggetto della presente nota a commento, dall'ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato alla Corte di Giustizia.

abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico...".

L'utilizzo della locuzione "per lo meno a chiunque" (nel testo della direttiva in lingua ufficiale "*au moins a toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché public*") è sintomatico del potenziale ampliamento della sfera dei soggetti legittimati ad agire.

In secondo luogo, la normativa comunitaria è finalizzata ad una tutela che sia la più ampia possibile.

Dunque, la cd. direttiva – ricorsi individua una soglia minima di tutela processuale inderogabile. La stessa Corte di Giustizia ha più volte affermato che "la direttiva 89/665 detta soltanto 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" (*ex multis* Corte di Giustizia CE, Sezione Sesta, 27 febbraio 2003, C-327/00).

Considerazioni conclusive

La Corte di Giustizia CE, con l'ordinanza oggetto della presente nota a commento, nell'affermare che "*l'art. 1 della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE... deve essere interpretato nel senso che non 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 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*", si conforma all'orientamento maggioritario della giurisprudenza amministrativa nazionale consolidandolo.

La direttiva citata, infatti, fissa soltanto degli *standards* minimi inderogabili dai singoli Stati membri e pertanto si ammette la possibilità di ampliare tali *standards* come, nel caso di specie, consentendo una legittimazione ad agire in giudizio *singulatim* delle imprese facenti parte di una associazione temporanea. La *ratio* della direttiva n. 665/89 è quella di rendere efficaci le procedure di ricorso definendo la piattaforma minima delle garanzie giurisdizionali offerte alle imprese che concorrono alle procedure per l'affidamento di pubblici appalti. Questa finalità non è certamente contraddetta da disposizioni con cui i singoli Stati membri introducano regole volte ad allargare le opportunità del sindacato giurisdizionale sulla corretta applicazione del diritto comunitario.

Dott.ssa Carolina Layek^()*

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

Ordinanza della Corte di Giustizia delle Comunità europee, Sesta Sezione, 4 ottobre 2007 nella causa C-492/06 – Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Consiglio di Stato – Consorzio Elisoccorso San Raffaele/Elilombarda Srl, Azienda Ospedaliera Ospedale Niguarda Cà Granda di Milano. (Avvocato dello Stato G. Fiengo – AL 8224/07).

Appalti pubblici – Direttiva 89/665/CEE – Procedura di ricorso in materia di aggiudicazione di appalti pubblici – Soggetti ammessi ad accedere alle procedure di ricorso – Associazione temporanea offerente – Diritto di ciascuno dei membri di un'associazione temporanea di proporre ricorso a titolo individuale.

(... *Omissis*)

1. 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; in prosieguo: la «direttiva 89/665»).

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

Contesto normativo

La normativa comunitaria

3. L'art. 1 della direttiva 89/665 dispone:

«1. Gli Stati membri prendono i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici disciplinati dalle direttive 71/305/CEE, 77/62/CEE e 92/50/CEE (...), le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di ricorsi efficaci e, in particolare, quanto più rapidi possibile, secondo le condizioni previste negli articoli seguenti, in particolare nell'articolo 2, paragrafo 7, in quanto tali decisioni [abbiano] violato il diritto comunitario in materia di appalti pubblici o le norme nazionali che recepiscono tale diritto.

(...)

3. Gli Stati membri garantiscono che le procedure di ricorso siano accessibili, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico di forniture o di lavori e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione denunciata. In particolare gli Stati membri possono esigere che la persona che desideri avvalersi di tale procedura abbia preventivamente informato l'autorità aggiudicatrice della pretesa violazione e della propria intenzione di presentare un ricorso».

4. L'art. 2, n. 1, di tale direttiva prevede:

«Gli Stati membri fanno sì che i provvedimenti presi ai fini dei ricorsi di cui all'articolo 1 prevedano i poteri che permettano di:

(...)

b) annullare o far annullare le decisioni illegittime, compresa la soppressione delle specificazioni tecniche, economiche o finanziarie discriminatorie figuranti nei documenti di gara, nei capitolati d'oneri o in ogni altro documento connesso con la procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione;

(...))».

5. L'art. 26, n. 1, della direttiva 92/50 così dispone:

«Le offerte possono venir presentate da raggruppamenti di prestatori di servizi. A tali raggruppamenti non può venir richiesto di assumere una forma giuridica specifica ai fini della presentazione dell'offerta; ciò può tuttavia venir richiesto al raggruppamento selezionato una volta che gli sia stato aggiudicato l'appalto».

La normativa nazionale

6. La normativa nazionale in materia di aggiudicazione di appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi [v., rispettivamente, legge 11 febbraio 1994, n. 109 (GURI n. 41 del 19 febbraio 1994), decreto legislativo 24 luglio 1992, n. 358 (GURI n. 188 dell'11 agosto 1992), e decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157 (GURI n. 104 del 6 maggio 1995)] non preclude né limita la facoltà delle singole imprese che fanno parte di un'«associazione temporanea» o di un «raggruppamento d'impresa» di agire in giudizio a titolo individuale.

7. Secondo una costante giurisprudenza del Consiglio di Stato, le imprese che sono membri di un'associazione temporanea o di un raggruppamento d'impresa sono individualmente legittimate ad impugnare gli atti concernenti l'appalto pubblico cui esse hanno partecipato.

Causa principale e questione pregiudiziale

8. 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.

9. 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.

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

11. 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.

12. 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.

13. Riferendosi alla giurisprudenza del Consiglio di Stato, il TAR Lombardia respingeva l'eccezione di inammissibilità e, accogliendo il ricorso, annullava i provvedimenti adottati dall'autorità aggiudicatrice.

14. Il Consorzio ha proposto appello dinanzi al Consiglio di Stato, il quale, in via preliminare, deve esaminare la decisione del TAR Lombardia relativa all'ammissibilità del ricorso proposto dalla Elilombarda.

15. Nella sua ordinanza di rinvio il Consiglio di Stato evidenzia, da un lato, che la normativa nazionale in materia di aggiudicazione di appalti pubblici non preclude né limita la facoltà delle singole imprese facenti parte di un'associazione di agire in giudizio singulatim e, dall'altro, che il TAR Lombardia ha effettivamente applicato i principi stabiliti a tale riguardo dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato stesso.

16. Tuttavia, esso si chiede se, in considerazione di quanto statuito dalla Corte nella sentenza 8 settembre 2005, causa C-129/04, Espace Trianon e Sofibail (Racc. pag. I-7805), l'art.

1 della direttiva 89/665 osti ad un ricorso proposto a titolo individuale da uno dei membri di un'associazione temporanea offerente avverso una decisione di aggiudicazione di un appalto.

17. In tale contesto il Consiglio di Stato ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«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 possa essere proposto a titolo individuale da uno solo dei membri di un'associazione temporanea priva di personalità giuridica, che ha partecipato in quanto tale ad una procedura d'aggiudicazione di un appalto pubblico e non si è vista attribuire il detto appalto».

Sulla questione pregiudiziale

18. Ai sensi dell'art. 104, n. 3, primo comma, del regolamento di procedura, qualora la soluzione di una questione pregiudiziale possa essere chiaramente desunta dalla giurisprudenza, la Corte, dopo aver sentito l'avvocato generale, può statuire in qualsiasi momento con ordinanza motivata.

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 sua citata 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, come rilevato giustamente dalla Elilombarda e dalla Commissione delle Comunità europee nelle loro osservazioni scritte, 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 altri Stati membri possano, nel loro diritto nazionale, concedere un accesso più esteso a tali ricorsi, sancendo una nozione di legittimazione ad agire più ampia di quella, minima, garantita dalla citata direttiva.

28. Infatti, in assenza di una disposizione specifica di quest'ultima, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro determinare in particolare se e a quali condizioni la legittimazione ad agire nelle procedure di ricorso possa essere estesa alle imprese facenti parte di un'associazione che abbia in quanto tale presentato un'offerta.

29. A tale riguardo occorre precisare che, dal momento che si tratta di modalità procedurali di ricorso in giudizio destinate ad assicurare la salvaguardia dei diritti conferiti dal diritto comunitario ai candidati ed agli offerenti lesi da decisioni delle autorità aggiudicatrici, tali modalità non devono mettere in pericolo l'effetto utile della direttiva 89/665 (v. sentenza 12 dicembre 2002, causa C-470/99, *Universale-Bau e a.*, Racc. pag. I-11617, punto 72), il cui obiettivo è di garantire che le decisioni illegittime delle autorità aggiudicatrici possano essere oggetto di ricorsi efficaci e quanto più rapidi possibile.

30. Tuttavia, a differenza di ciò che sostiene il governo cipriota, un'interpretazione dell'art. 1 della citata direttiva che permetta di estendere la legittimazione ad agire in giudizio a ciascuno dei membri di un'associazione temporanea la quale abbia presentato un'offerta in un procedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico non compromette il detto obiettivo, ma risulta, al contrario, idonea a contribuire alla sua realizzazione.

31. Pertanto, occorre rispondere alla questione proposta dichiarando che l'art. 1 della direttiva 89/665 deve essere interpretato nel senso che non 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 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.

Sulle spese

32. 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 (Sesta Sezione) dichiara:

L'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, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, deve essere interpretato nel senso che non 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 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.

I GIUDIZI IN CORSO ALLA CORTE DI GIUSTIZIA CE

Causa C-343/07 – Materia trattata: agricoltura – Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Corte d'appello di Torino (Italia) il 25 luglio 2007 – Bavaria N.V. e Bavaria Italia s.r.l./Bayerischer Brauerbund e.V. (Avvocato dello Stato W. Ferrante – AL 36475/07).

LE QUESTIONI PREGIUDIZIALI

1) Se il Regolamento CE n. 1347/2001 del Consiglio del 28/6/01 sia o non invalido, eventualmente anche come invalidità derivata da quella di altri atti, sotto i seguenti profili:

Violazione di principi generali

– per invalidità del combinato disposto dell'art. 1.1 e dell' Allegato I del Reg. CEE 2081/1992 nella parte in cui consente la registrazione di indicazioni geografiche relative alla "birra", che è bevanda alcolica (erroneamente) ricompresa nel citato Allegato I tra i "prodotti alimentari" menzionati nel citato art. 1.1, e non è compresa tra i "prodotti agricoli" di cui all'Allegato I del Trattato CE ed agli artt. 32 (ex 38) e 37 (ex 43) del medesimo, su cui il Consiglio ha fondato i propri poteri nell'emanare il Reg. CEE 2081/1992;

– per invalidità dell'art. 17 del Reg. CEE 2081/1992 nella parte in cui prevede una procedura accelerata di registrazione tale da limitare e pregiudicare in misura sostanziale i diritti dei soggetti interessati, non prevedendo alcun diritto di opposizione, con una chiara violazione dei principi di trasparenza e di certezza giuridica; ciò, in particolare, sia alla luce della complessità del procedimento di registrazione della stessa IGP "Bayerisches Bier", durato oltre sette anni dal 1994 al 2001, sia dell'espresso riconoscimento nel Considerando n. 13 del Reg. CE 692/2003, il cui art. 15 ha per le citate ragioni abrogato l'art. 17 del Reg. CEE 2081/1992;

Carenza di requisiti formali

– perché l'indicazione "Bayerisches Bier" non soddisfa le condizioni richieste dall'art. 17 del Reg. CEE 2081/1992 per poter accedere alla registrazione secondo la procedura semplificata dallo stesso prevista, in quanto tale indicazione, al momento della presentazione della domanda di registrazione, non era in Germania "giuridicamente protetta" né "sancita dall'uso".

– perché la ricorrenza dei requisiti per la registrazione dell'indicazione "Bayerisches Bier" non è stata debitamente considerata né dal Governo tedesco prima di presentare alla Commissione la domanda di registrazione, né dalla Commissione stessa dopo aver ricevuto la domanda, contrariamente a quanto previsto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (sentenza del 6 dicembre 2001, in causa C-269/99, Kuhre Spreewalder Gurken);

– perché la domanda di registrazione dell'indicazione "Bayerisches Bier" non è stata presentata tempestivamente dal Governo tedesco, secondo quan-

to previsto dall'art. 17.1 del Reg. CEE 2081/92 (sei mesi successivamente all'entrata in vigore del Regolamento, avvenuta in data 24 luglio 1993), dal momento che la domanda inizialmente presentata dal richiedente prevedeva otto diverse indicazioni, con la possibilità di ulteriori e indefinite variazioni, che confluirono nell'attuale unica indicazione "Bayerisches Bier" solo dopo che il termine finale del 24 gennaio 1994 era da lungo tempo scaduto;

Carenza di requisiti sostanziali

– perché l'indicazione "Bayerisches Bier" non soddisfa i requisiti sostanziali stabiliti dall'art. 2.2.b del Reg. CEE 2081/1992 ai fini della registrazione a titolo di indicazione geografica protetta, stante il carattere generico di questa indicazione, che ha storicamente designato birra prodotta secondo un particolare metodo di produzione originato in Baviera nel corso del XIX secolo e quindi diffusosi nel resto d'Europa ed in tutto il mondo (il cosiddetto "metodo bavarese" a bassa fermentazione), che anche oggi in alcune lingue europee (danese, svedese, finlandese) è termine generico per la birra, e che, in ogni caso, al più può solamente e genericamente indicare "birra prodotta nella Baviera tedesca", di qualsiasi tipologia tra le numerosissime e diversissime esistenti, senza che sia rinvenibile alcun "nesso diretto" (sentenza della Corte di Giustizia del 7 novembre 2000, in causa C-312/98, Warsteiner) tra una specifica qualità, la reputazione o altre caratteristiche del prodotto (birra) e la sua specifica origine geografica (Baviera), né ricorrendo i "casi eccezionali" richiesti dalla citata norma per consentire la registrazione di un'indicazione geografica comprensiva del nome di un Paese; – perché, per quanto detto al paragrafo che precede, l'indicazione "Bayerisches Bier" è un'indicazione "generica", in quanto tale esclusa dalla possibilità di registrazione ai sensi degli artt. 3.1 e 17.2 del Reg. CE 2081/92.

– perché l'indicazione "Bayerisches Bier" non avrebbe dovuto essere registrata ai sensi dell'art. 14.3 del Reg. CEE 2081/92, dal momento che "Bayerisches Bier", tenuto conto della "fama, della notorietà e della durata di utilizzazione" dei Marchi Bavaria, è "tale da indurre il consumatore in errore quanto alla vera identità del prodotto";

2) in subordine, per il caso di ritenuta irricevibilità o di infondatezza della questione sub 1), se il Regolamento CE n° 1347/2001 del Consiglio del 28/6/01 debba ovvero non interpretarsi nel senso che il riconoscimento della IGP "Bayerisches Bier" ivi contenuto non pregiudichi la validità ed utilizzabilità dei preesistenti marchi di terzi in cui compaia la dizione "Bavaria".

L'INTERVENTO ORALE DEL GOVERNO ITALIANO

Signor Presidente, signori Giudici, signor Avvocato Generale,

Il rinvio pregiudiziale trae origine da una controversia pendente innanzi alla Corte d'appello di Torino promossa dalla Bayerischer Brauerbund e V. (BBB) nei confronti delle due società Bavaria N.V. e Bavaria Italia s.r.l., al fine di ottenere una pronuncia che inibisca a queste ultime la prosecuzione dell'uso in Italia di una serie di marchi, il cui cuore distintivo è rappresentato

dal termine “Bavaria”, previa dichiarazione di nullità degli stessi a causa della interferenza con l’indicazione geografica protetta (IGP) “Bayerisches Bier”.

Analoghe cause sono state proposte in Spagna e in Germania e, in particolare, il Bundesgerichtshof ha presentato una domanda di rinvio pregiudiziale con ordinanza del 14 febbraio 2008, Causa C-120/08, che è stata sospesa in attesa della decisione della presente causa.

È stata parimenti sospesa la causa T-178/06 proposta dalla Bavaria contro il Consiglio ai sensi dell’art. 288 del Trattato innanzi al Tribunale di primo grado, volta ad ottenere il risarcimento del danno asseritamente derivante dall’adozione del regolamento n. 1347/2001 che ha registrato l’IGP “Bayerisches Bier”.

Il giudice remittente pone sostanzialmente due quesiti: uno attinente alla validità del regolamento n. 1347/2001, posta in dubbio per una serie di motivi formali e sostanziali, e uno, subordinato, in caso di ritenuta validità del predetto regolamento, attinente all’interpretazione dello stesso e, specificamente, alla possibilità di coesistenza dei preesistenti marchi Bavaria con l’IGP Bayerisches Bier.

Implicitamente, però la Corte d’appello di Torino demanda alla Corte di giustizia un ulteriore accertamento pregiudiziale attinente alla ricevibilità del primo quesito, non avendo le società Bavaria e Bavaria Italia tempestivamente impugnato il regolamento n. 1347/2001 nel termine di due mesi previsto dall’art. 230 del Trattato.

Si legge infatti a p. 4 dell’ordinanza di rinvio: “reputa questa Corte che le ragioni di inammissibilità della questione pregiudiziale comunitaria, ritenute dal Tribunale, non siano fondate ma che in ogni caso sia opportuno che anche il possibile dubbio al riguardo venga affrontato dalla Corte di giustizia UE”.

Affronterò quindi per prima tale questione, assorbente per la decisione del quesito concernente la validità del regolamento.

Sulla ricevibilità del primo quesito

Il regolamento n. 1347/01 riguardava direttamente ed individualmente Bavaria e perciò andava impugnato nei termini previsti dall’art. 230 del Trattato, essendo ormai preclusa al diretto destinatario del regolamento la possibilità di eccepirne l’invalidità innanzi al giudice nazionale o tramite rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

In proposito, non può condividersi quanto affermato dalla Commissione al punto 61 delle sue osservazioni in ordine al fatto che le conseguenze della registrazione dell’IGP Bayerisches Bier a carico di Bavaria e Bavaria Italia non deriverebbero direttamente dal regolamento n. 1347/2001 bensì dagli articoli 13 e 14 del regolamento n. 2081/92.

Da un lato, è vero infatti che il 4° considerando del regolamento 1347/2001 prevede la possibilità di proseguire l’uso del marchio olandese Bavaria e del marchio danese Høker Bajer nonostante la registrazione dell’IGP Bayerisches Bier “nella misura in cui essi soddisfano le condizioni previste all’articolo 14, paragrafo 2 del regolamento n. 2081/92”, demandando quindi al giudice nazionale la verifica circa la possibilità di coesistenza dei marchi preesistenti con la predetta IGP.

Dall'altro, è vero però che il 3° considerando afferma espressamente che l'IGP Bayerisches Bier e il marchio Bavaria non si trovano nella situazione prevista dall'art. 14, paragrafo, 3 del regolamento n. 2081/92 in quanto la registrazione della denominazione Bayerisches Bier non è tale da indurre il consumatore in errore quanto alla vera identità del prodotto.

Tale accertamento non solo si riferisce testualmente al marchio Bavaria (e non a titolo di esempio come nel 4° considerando) e al suo rapporto con l'IGP Bayerisches Bier ma è idoneo a far discendere automaticamente conseguenze pregiudizievoli per i titolari del marchio Bavaria, a prescindere dalla valutazione del giudice nazionale in ordine alla sussistenza delle condizioni di applicabilità delle norme del regolamento n. 2081/1992.

Anche dal 5° considerando deriva l'accertamento di un fatto potenzialmente dannoso per Bavaria e non più confutabile ove non tempestivamente contestato e cioè l'esclusione del carattere generico della denominazione "bayerisches", che avrebbe impedito la sua registrazione come IGP, non essendo dimostrato che tale termine o la sua traduzione nelle altre lingue sia diventato sinonimo di "birra".

Da tale accertamento derivano direttamente effetti nella sfera giuridica di Bavaria e cioè l'interferenza con i suoi marchi, senza necessità di adozione di ulteriori misure di attuazione.

Che il regolamento n. 1347/2001 abbia prodotto effetti diretti nei confronti di Bavaria è peraltro ulteriormente confermato dalla proposizione da parte di questa di un'azione di risarcimento dei danni derivanti dall'adozione del predetto regolamento innanzi al Tribunale di primo grado ai sensi dell'art. 288 del Trattato (Causa T-178/06).

Il predetto regolamento riguarda inoltre individualmente Bavaria in quanto deve ritenersi destinatario di un atto di un'istituzione comunitaria ogni soggetto che sia toccato da tale atto "a causa di determinate qualità personali, ovvero di particolari circostanze atte a distinguerlo dalla generalità" (sentenza *Plaumann*, causa C-25/62).

Peraltro, come affermato dalla costante giurisprudenza della Corte, i termini di ricorso sono intesi a preservare la certezza del diritto, evitando che atti comunitari produttivi di effetti giuridici vengano rimessi in questione all'infinito (sentenza *TWD*, causa C-188/92).

Va ricordato inoltre che l'articolo 230, paragrafo 4, CE dispone che: "*qualsiasi persona fisica o giuridica può proporre (...) un ricorso contro le decisioni prese nei suoi confronti e contro le decisioni che, pur apparendo come un regolamento o una decisione presa nei confronti di altre persone, la riguardano direttamente ed individualmente*".

Il caso della sentenza *Codorniu*, causa C-309/89, appare perfettamente sovrapponibile alla fattispecie in esame. La Corte ha chiarito infatti che una disposizione regolamentare che riservi l'utilizzazione della dicitura "crémant" a vini spumanti di qualità, prodotti in una regione determinata in condizioni specifiche, in Francia e in Lussemburgo ha, per la sua natura e la sua portata, un carattere normativo, in quanto si applica alla generalità degli operatori economici interessati ma non può per questo escludersi che essa possa concernere individualmente alcuni di loro.

Pertanto la società spagnola Codorniu che produca e ponga in commercio vini spumanti di qualità, prodotti in una regione determinata, la quale molto tempo prima dell'adozione del regolamento ha registrato in Spagna un marchio contenente il termine "crémant" e ne ha fatto uso sia prima che dopo la registrazione, si trova in particolari circostanze atte a distinguerla dalla generalità degli altri operatori economici, in quanto la suddetta disposizione giunge al risultato di impedirle di far uso del suo marchio denominativo.

La Corte ha quindi concluso, in quel caso, che la Codorniu poteva ed anzi doveva impugnare il regolamento nel termine di decadenza previsto dal Trattato.

Quindi, anche nella fattispecie, mentre non vi era onere di tempestiva impugnazione del regolamento da parte di tutti i produttori di birra, che pure possono subire indirettamente effetti di ripercussione dalla registrazione dell'IGP Bayerisches Bier, certamente tale onere vi era da parte della Bavaria che è espressamente citata nel regolamento censurato e i cui marchi interferiscono con la predetta IGP.

Sulla questione relativa alla validità del regolamento n. 1347/2001

Le suesposte considerazioni basterebbero a ritenere risolto il primo quesito nel senso della sua irricevibilità, con conseguente intangibilità del regolamento n. 1347/2001, da ritenersi pienamente valido a tutti gli effetti.

Per completezza, affronterò comunque i vari profili di invalidità prospettati dal giudice remittente, soffermandomi in particolare sulle dedotte carenze formali onde evitare ripetizioni rispetto alla discussione orale delle altre parti che hanno presentato osservazioni conformi a quelle del Governo italiano.

Sotto un primo profilo, il giudice remittente ritiene il regolamento n. 1347/2001 affetto da invalidità derivata rispetto al regolamento generale n. 2081/92 atteso che la "birra", in quanto bevanda alcolica, non avrebbe potuto essere indicata tra i "prodotti alimentari" suscettibili di registrazione come IGP elencati nell'allegato I del predetto regolamento, che trova la propria base giuridica nell'art. 37 del Trattato, atteso che l'allegato I del Trattato non comprende la birra tra i "prodotti agricoli".

Innanzitutto, va ribadito che la birra non può essere assimilata, in quanto bevanda alcolica, al vino che è espressamente sottratto dall'art. 1, paragrafo 1 dall'ambito di applicazione del regolamento n. 2081/92 in quanto il settore vitivinicolo è tradizionalmente oggetto di specifica disciplina in sede comunitaria, che appresta una protezione anche superiore rispetto a quella stabilita dal regolamento n. 2081/92.

Inoltre, la Corte di Giustizia ha precisato che le misure che si fondano sugli articoli 32 e seguenti del Trattato, per dare attuazione alla politica agricola comune, possono anche concernere in via accessoria prodotti non compresi nell'allegato I del Trattato (causa C-11/88, causa C-180/96) quando la loro produzione e commercializzazione persegua i medesimi obiettivi della PAC enunciati dall'art. 33 del Trattato.

** * * *

Sotto un secondo profilo, secondo la Corte d'Appello di Torino, l'IGP in questione, tenuto conto della particolare complessità del caso, non avrebbe

dovuto essere registrata secondo la procedura semplificata prevista dall'articolo 17 del regolamento n. 2081/92 che, non prevedendo alcun diritto di opposizione ai sensi dell'art. 7, ha comportato una chiara violazione dei principi del contraddittorio.

Al riguardo, si deve invece rilevare che, come emerge espressamente dal 1° considerando del regolamento n. 1347/2001, nel corso della procedura di registrazione dell'IGP in questione, sono state chieste informazioni complementari al fine di accertare la conformità di detta denominazione al disposto degli articoli 2 e 4 del regolamento e quindi sono state ampiamente rispettate le esigenze del contraddittorio.

In particolare, come confermato nelle osservazioni della Commissione, la Bavaria ha potuto sottoporre varie volte ai servizi della Commissione il proprio punto di vista tramite le autorità olandesi e ha fatto ad essi pervenire dossier molto dettagliati riguardanti il marchio Bavaria ed i prodotti con questo designati.

Inoltre, con lettera del 9 novembre 2000, la Commissione invitava tutti gli Stati membri a produrre informazioni tali da permettere di determinare se la denominazione Bayerisches Bier avesse assunto, sul loro territorio, carattere di denominazione generica, elemento che sarebbe stato ostativo alla registrazione come IGP.

L'istruttoria è stata quindi completa ed approfondita, come si evince anche dalla durata della procedura (7 anni), e non ha comportato alcuna compromissione del principio del contraddittorio.

Quanto all'avvenuta abrogazione della procedura di cui all'art. 17 del regolamento n. 2081/92 da parte del regolamento n. 692/2003, va ricordato che detta procedura semplificata aveva lo scopo di consentire, entro il breve termine di sei mesi dall'entrata in vigore del regolamento, la presentazione di domande di registrazione a livello comunitario delle denominazioni già esistenti, tutelate negli Stati membri o sancite dall'uso.

È evidente quindi che, data la natura transitoria della norma in questione, l'abrogazione della stessa è da giustificarsi semplicemente con l'avvenuto esaurimento dei suoi effetti.

** ** *

Sotto un terzo profilo, secondo la Corte d'Appello di Torino, non sarebbe stato possibile ricorrere alla procedura semplificata di cui all'articolo 17 del regolamento n. 2081/92 in quanto l'IGP in questione, al momento della presentazione della domanda di registrazione, non era in Germania "giuridicamente protetta", nè "sancita dall'uso".

In proposito, occorre ricordare che, in Germania, prima dell'adozione del regolamento n. 2081/92, l'unica protezione offerta alle denominazioni geografiche era quella derivante dalle disposizioni generali in materia di concorrenza sleale.

Peraltro, dalla domanda di registrazione, è risultato che tale denominazione era protetta da alcune convenzioni bilaterali concluse dalla Germania con la Francia, con l'Italia, con la Spagna e con la Svizzera, il che non può che significare che detta denominazione fosse consacrata dall'uso sul territorio nazionale.

Ciò detto, va sottolineato che, conformemente alla sentenza *Kühne* (causa C-269/99), esiste una ripartizione di competenze tra lo Stato membro interessato e la Commissione nella verifica delle condizioni per ottenere la registrazione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni di origine.

In particolare, non spetta alla Commissione determinare se una denominazione notificata da uno Stato membro sia sancita dall'uso, se il prodotto di cui trattasi debba beneficiare, secondo la sua natura, di una DOP o di una IGP o se la zona geografica sia stata definita correttamente.

Infatti, la verifica della sussistenza di tali requisiti richiede conoscenze approfondite di elementi particolari dello Stato membro interessato, che possono essere accertati più agevolmente dalle autorità competenti di tale Stato mentre la Commissione è tenuta a svolgere soltanto un esame formale per verificare che la valutazione effettuata dalle autorità competenti non sia viziata da un errore manifesto.

In proposito, va evidenziato che nella causa collegata e sospesa C-120/08, il Bundesgerichtshof, e quindi il massimo organo della giustizia tedesca, ha espressamente accertato, nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale del 14 febbraio 2008, quale giudice nazionale competente ai sensi della richiamata giurisprudenza comunitaria, che il termine Bayerisches Bier non costituisce in Germania una denominazione generica.

Dovranno quindi trarsene le dovute conseguenze anche nel presente giudizio.

** * * *

Sotto un quarto profilo, il giudice remittente ritiene che la domanda di registrazione dell'IGP non sarebbe stata presentata tempestivamente.

Al riguardo, posto che la domanda è stata pacificamente presentata nel termine di sei mesi dall'entrata in vigore del regolamento, il vizio formale atterrebbe, secondo la Corte d'appello di Torino al fatto che la domanda è stata modificata successivamente allo scadere del predetto termine.

In proposito, basti osservare che nella citata sentenza *Kühne* (causa C-269/99), la Corte di giustizia ha precisato che, contrariamente all'art. 5 del regolamento n. 2081/92, il quale prevede espressamente che, nell'ambito del procedimento normale, la domanda di registrazione sia accompagnata dal disciplinare, l'art. 17 dello stesso regolamento si limita, per la procedura semplificata, ad imporre agli Stati membri l'obbligo di comunicare alla Commissione quali denominazioni, tra quelle giuridicamente protette o sancite dall'uso, essi desiderano far registrare.

Pertanto, conformemente alla citata sentenza, il predetto articolo 17 non può essere interpretato nel senso che esso impone agli Stati membri l'obbligo di comunicare, entro un termine di sei mesi, la versione definitiva del disciplinare e degli altri documenti rilevanti, con la conseguenza che qualsiasi modifica del disciplinare inizialmente presentato comporterebbe l'applicazione del procedimento normale. Deve quindi concludersi che la domanda di registrazione dell'IGP è stata presentata tempestivamente.

** * * *

Quanto ai sollevati profili di invalidità del regolamento per carenze sostanziali, rinvio a quanto già ampiamente esposto nelle osservazioni scritte.

Sulla questione relativa all'interpretazione del regolamento n. 1347/2001

Con il secondo quesito, formulato in subordine, il giudice remittente chiede alla Corte se il Regolamento n. 1347/2001 debba interpretarsi nel senso che il riconoscimento della IGP 'Bayerisches Bier' ivi contenuto pregiudichi o meno la validità ed utilizzabilità dei preesistenti marchi di terzi in cui compaia la dizione 'Bavaria'.

In proposito, si osserva che una questione simile è già stata affrontata dalla Corte di Giustizia nel caso Gorgonzola (causa C-87/97).

In detta sentenza, la Corte ha innanzitutto chiarito che la nozione di "evocazione" di cui all'art. 13, n. 1 lett. b) del regolamento n. 2081/92 si riferisce all'ipotesi in cui il termine utilizzato per designare un prodotto, nella specie "Cambozola", incorpori una parte di una denominazione protetta, nella specie "Gorgonzola", di modo che il consumatore, in presenza del nome del prodotto, sia indotto ad aver in mente, come immagine di riferimento, la merce che fruisce della denominazione.

Per i termini Bayerisches Bier e Bavaria, occorre poi tener conto del fatto che, ai sensi dell'art. 13, paragrafo 1, lett. b) del regolamento n. 2081/92, la tutela contro l'evocazione si estende anche alla traduzione della denominazione protetta, nella specie, "Birra Bavarese".

Ma, soprattutto, la Corte, nella sentenza Gorgonzola, ha stabilito che spetta al Giudice nazionale stabilire se le condizioni poste dall'articolo 14, paragrafo 2, del regolamento n. 2081/92, consentano la prosecuzione dell'uso del marchio previamente registrato nonostante la registrazione della denominazione di origine protetta, fondandosi in particolare sulla situazione giuridica vigente al momento della registrazione del marchio onde valutare se quest'ultima sia stata effettuata in buona fede e non comporti un inganno del consumatore.

Alla luce di tale precedente giurisprudenziale, si ritiene che anche i quesiti posti dal Bundesgerichtshof nella causa collegata C-120/08, volti sostanzialmente a stabilire se l'IGP comunitaria debba prevalere o meno su un marchio internazionale preesistente e se l'uso di quest'ultimo possa proseguire nonostante la registrazione dell'IGP, saranno decisi alla luce dei principi affermati dalla richiamata sentenza Gorgonzola.

Lussemburgo, 18 settembre 2008

Avv. Wally Ferrante

Causa C-415/07 – Materia trattata: aiuti di Stato – Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale ordinario di Nocera Inferiore (Italia) il 10 settembre 2007 – Lodato Gennaro & C. SpA/Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS), SCCI. (Avvocato dello Stato W. Ferrante – AL 42622/07).

LA QUESTIONE PREGIUDIZIALE

Se il diritto comunitario recato dagli Orientamenti in materia di aiuti all'occupazione, dagli Orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità

regionale, e dal Regolamento (CE) n. 2204/2002 della Commissione, del 5 dicembre 2002, debba essere interpretato nel senso che, per verificare se vi sia stato incremento dei posti di lavoro, si debba operare il confronto tra la media ULA (forza occupazionale) dell'anno precedente all'assunzione e la media ULA dell'anno successivo all'assunzione, o se invece debba essere interpretato nel senso che si debba, o anche solo si possa, operare il confronto tra la media ULA dell'anno precedente all'assunzione ed il dato puntuale della forza lavoro esistente in azienda nel solo giorno dell'assunzione.

L'INTERVENTO ORALE DEL GOVERNO ITALIANO

Signor Presidente, signori Giudici, signor Avvocato Generale,

Il giudice del rinvio chiede alla Corte se gli orientamenti in materia di aiuti a favore dell'occupazione, gli orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale e il regolamento n. 2204/2002 debbano essere interpretati nel senso che l'incremento del numero dei posti di lavoro, affinché le imprese possano fruire degli sgravi contributivi, deve essere calcolato confrontando la media ULA (unità di lavoro annuale) dell'anno precedente all'assunzione con la media ULA dell'anno successivo – e quindi due dati omogenei – ovvero confrontando la media ULA dell'anno precedente all'assunzione con il numero dei lavoratori alla data dell'assunzione – e quindi due parametri eterogenei.

La legislazione italiana, ed in particolare l'art. 3, comma 5 della legge n. 448/1998 e l'art. 44, comma 1 della legge n. 448/2001, come successivamente specificati dalle due circolari INPS, hanno adottato la seconda soluzione, prevedendo che il calcolo dell'incremento sia ricavato in relazione al dato puntuale risultante il giorno dell'assunzione.

Il giudice del rinvio propende invece per la prima soluzione, ritenendo che il raffronto debba essere fatto tra la media ULA dell'anno precedente e quella dell'anno successivo all'assunzione e chiede conforto alla Corte di giustizia in ordine alla correttezza di tale interpretazione.

Ciò premesso, va ricordato che i due regimi di aiuti di cui alle due suddette leggi del 1998 e del 2001 (di cui la seconda ribadisce presupposti e condizioni della prima, fissando una nuova data di riferimento per il calcolo delle nuove assunzioni) sono stati dichiarati dalla Commissione compatibili con il mercato comune.

Per giungere a tale conclusione, come ricordato dalla stessa Lodato al punto 14 delle osservazioni scritte, la Commissione ha richiesto allo Stato italiano di precisare le modalità di calcolo dell'incremento netto del numero di dipendenti nel senso che “la creazione di posti di lavoro è calcolata in rapporto alla media dei lavoratori dell'impresa nel corso dei dodici mesi precedenti l'assunzione”.

Nessun riferimento viene fatto invece dalla Commissione al secondo termine di paragone che, secondo la Lodato, dovrebbe anch'esso essere un parametro temporale di pari durata e cioè annuale.

Se la Commissione avesse inteso subordinare la compatibilità dell'aiuto di Stato ad un calcolo dell'incremento della forza lavoro basato su due parametri

temporali di pari durata (la media dell'anno precedente e quella dell'anno successivo all'assunzione) lo avrebbe richiesto espressamente allo Stato italiano che, con la versione originaria delle due leggi del 1998 e del 2001, aveva parametrato detto calcolo al confronto di due dati giornalieri: il 31 dicembre 1998 e, rispettivamente, il 31 dicembre 2001 e il giorno dell'assunzione.

Invece la Commissione si è limitata a richiedere, per il calcolo dell'incremento dei posti di lavoro, di far riferimento alla media dei dodici mesi precedenti l'assunzione.

Ne deriva che il secondo termine di confronto previsto dalla legislazione italiana e cioè il dato relativo al giorno dell'assunzione, è stato ritenuto dall'istituzione comunitaria coerente e compatibile con il mercato comune.

Va sottolineato inoltre che, a fronte dell'art. 87, paragrafo 1 del Trattato, che pone in linea generale il divieto di aiuti di Stato alle imprese in quanto idonei a falsare la concorrenza, le ipotesi derogatorie di cui ai paragrafi 2 e 3 della stessa norma, in quanto ipotesi eccezionali e tassative, debbono essere interpretate restrittivamente, come correttamente osservato dall'INPS ai punti 17 e 18 delle osservazioni.

Ciò detto, si osserva che la Commissione, nelle sue osservazioni scritte, pur concordando nella sostanza con le argomentazioni del Governo italiano per quanto concerne l'individuazione della *ratio* giustificatrice degli aiuti di Stato in questione, consistenti in sgravi contributivi per incentivare l'incremento dell'occupazione e garantire la stabilità e la continuità nel tempo dei nuovi posti di lavoro, tuttavia conclude nel senso che il criterio di calcolo dell'aumento netto dei posti di lavoro presupporrebbe due termini temporali di paragone omogenei (l'anno precedente e l'anno successivo all'assunzione), consentendo così di usufruire del beneficio anche alle imprese che si avvalgano prevalentemente di lavoratori stagionali, il cui rapporto di lavoro non è quindi caratterizzato da quella stabilità e continuità che costituisce la giustificazione dell'aiuto.

La Commissione pur non escludendo la legittimità di un regime di aiuti che preveda regole più rigide, per quanto riguarda la condizione della stabilità e della continuità nel tempo dei nuovi posti di lavoro, quale quello italiano, ritiene coerente con la finalità dell'aiuto anche la considerazione delle assunzioni di lavoratori stagionali.

Tale tesi non appare condivisibile.

Infatti, pur essendo connaturato a determinate attività, quali quelle turistiche o quelle di raccolta e trasformazione di prodotti agricoli stagionali, come nel caso di specie, un picco di attività in determinati periodi dell'anno, con la conseguente necessità di assumere un maggior numero di dipendenti per quel determinato periodo, il presupposto indefettibile per poter beneficiare degli sgravi contributivi in questione sembra essere invece l'incremento di posti di lavoro stabili e duraturi.

Che questa sia la finalità degli aiuti in questione emerge in modo inequivocabile dal punto 21 degli Orientamenti in materia di aiuti all'occupazione, che prevede due condizioni che vanno entrambe nella direzione dell'incentivo alla stabilità del rapporto: 1. l'obbligo di effettuare l'assunzione nel qua-

dro di un contratto a tempo indeterminato o di durata sufficientemente lunga;
2. l'obbligo di mantenere il nuovo posto di lavoro per un periodo di tempo minimo dopo la sua creazione.

Dette condizioni sono contemplate esplicitamente anche nella legislazione italiana ed in particolare all'art. 3, comma 6, lettere f) e c) della legge 488/98 che richiedono, rispettivamente, che i contratti di lavoro siano a tempo indeterminato e che il livello di occupazione raggiunto a seguito delle nuove assunzioni non subisca riduzioni nel corso del periodo agevolato, pari ad un triennio.

In questo quadro, appare contraddittoria la posizione della Commissione che, da un lato, afferma espressamente, al punto 35 delle osservazioni, che al fine di stabilire l'incremento netto dei posti di lavoro si possono contare solo i posti di lavoro creati in maniera stabile e mantenuti per un periodo minimo e che i lavoratori assunti in maniera precaria, per un periodo estremamente limitato, non possono invece essere calcolati; dall'altro, ritiene preferibile il sistema di calcolo dell'incremento dei posti di lavoro prospettato dal giudice del rinvio che, richiedendo il confronto tra due dati temporali omogenei (l'anno precedente e l'anno successivo) consente di beneficiare dell'aiuto anche chi assuma un gran numero di lavoratori stagionali che costituiscono l'antitesi del rapporto stabile e continuativo.

Peraltro, non appare affatto necessario che anche il secondo termine di confronto sia anch'esso un periodo di tempo (e non un giorno) al fine di poter compensare i posti di lavoro creati e soppressi in un arco temporale.

Infatti non solo l'art. 3, comma 6 lettera d) della legge 448/98 prevede che l'incremento della base occupazionale venga considerato al netto delle diminuzioni addirittura in società controllate ma il periodo successivo alla nuova assunzione, come si è detto, è stato oggetto di specifica valutazione sia da parte del legislatore italiano, sia dagli orientamenti in materia di aiuti all'occupazione.

Tale periodo però rileva esclusivamente ai fini del requisito del mantenimento del livello occupazionale raggiunto a seguito delle nuove assunzioni, pena la revoca del beneficio, requisito distinto dall'incremento occupazionale netto e parimenti necessario per il diritto allo sgravio contributivo triennale.

Di conseguenza, la modalità di calcolo dell'incremento occupazionale netto prospettata dal giudice *a quo* verrebbe a sovrapporsi, almeno parzialmente, al requisito del mantenimento occupazionale raggiunto, ingenerando solo confusione nella verifica degli elementi costitutivi del diritto allo sgravio contributivo.

Quanto al rilievo del giudice del rinvio secondo il quale il criterio adottato dall'INPS nel calcolo dell'incremento occupazionale si risolverebbe in una disparità di trattamento tra imprese che hanno una forza occupazionale costante e imprese che esercitano attività stagionali, caratterizzata da picchi di assunzioni, si ribadisce che tale diverso trattamento non appare ingiustificato ed anzi il fatto che le imprese stagionali incontrino limiti nel fruire dello sgravio triennale è del tutto coerente sia con la *ratio* della legislazione italiana, sia con la normativa comunitaria in materia di aiuti all'occupazione.

Infatti, la norma di diritto interno, subordinando il beneficio contributivo all'assunzione del lavoratore con rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed al mantenimento del livello occupazionale raggiunto per un periodo di tre anni, è finalizzata a premiare l'incremento di occupazione stabile e non di quella saltuaria tipica delle attività stagionali, che non offrono alcuna garanzia di continuità nel rapporto di lavoro.

Lussemburgo, 21 ottobre 2008

Avv. Wally Ferrante

Causa C-444/07 – Materia trattata: spazio di libertà, sicurezza e giustizia – Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Sąd Rejonowy Gdańsk – Północ w Gdańsku (Repubblica di Polonia) il 27 settembre 2007 – MG Probud Gdynia Sp. z o.o. w Gdyni/Ufficio doganale principale di Saarbrücken. (Avvocato dello Stato W. Ferrante – AL 33958/07).

LE QUESTIONI PREGIUDIZIALI

1) *Se, in considerazione degli articoli agli artt. 3, 4, 16, 17 nonché 25 del regolamento CE del Consiglio 29 maggio 2000, n. 1346, relativo alle procedure di insolvenza, cioè alla luce della normativa concernente la competenza internazionale dei giudici dello Stato di apertura del procedimento di insolvenza, il diritto di applicarla a tale procedimento nonché i presupposti e gli effetti del riconoscimento del procedimento di insolvenza, gli organi dell'amministrazione statale di uno Stato membro abbiano il diritto di procedere al pignoramento di mezzi finanziari depositati sul conto bancario di un operatore economico in seguito all'apertura in un altro Stato membro del procedimento relativo alla sua insolvenza (applicazione del cosiddetto sequestro dei beni) in contrasto con la legge nazionale dello Stato di apertura del procedimento (art. 4 del regolamento del Consiglio 29 maggio 2000, n. 1346, relativo alle procedure di insolvenza) in una situazione in cui non sussistono i presupposti di un'applicazione degli artt. 5 e 10 del regolamento;*

2) *se, alla luce dell'art. 25, punto 1 e segg. del regolamento CE del Consiglio 29 maggio 2000, n. 1346, relativo alle procedure di insolvenza, gli organi dell'amministrazione statale di uno Stato membro, in cui non è stato aperto alcun procedimento secondario di insolvenza e che sono soggetti al riconoscimento ai sensi dell'art. 16 del regolamento, possano rifiutare di riconoscere le decisioni dello Stato di apertura concernenti lo svolgimento e la chiusura del procedimento di insolvenza, basate sugli artt. 31-51 della Convenzione di Bruxelles sulla competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materie civili e commerciali, richiamandosi a normative nazionali.*

IL FATTO

Le questioni pregiudiziali sono state sollevate dal Tribunale polacco nel corso di una procedura fallimentare di una società avente la sua sede principa-

le in Polonia ed una sede secondaria in Germania al fine di accertare la legittimità degli atti esecutivi posti in essere in Germania dall'Ufficio doganale di Saarbrücken che ha proceduto al pignoramento di depositi bancari ed altri crediti finanziari vantati dalla società insolvente in Germania nei confronti di controparti tedesche, successivamente all'apertura del fallimento in Polonia.

LA POSIZIONE DEL GOVERNO ITALIANO

Al primo quesito, secondo il Governo italiano, va data risposta negativa.

Va rilevato infatti che, a norma dell'art. 3 del regolamento n. 1346 del 2000, sono competenti ad aprire la procedura di insolvenza i giudici dello Stato membro nel cui territorio è situato il centro degli interessi principali del debitore. Per le società e le persone giuridiche si presume che il centro degli interessi principali sia, fino a prova contraria, il luogo in cui si trova la sede statutaria.

Se il centro degli interessi principali del debitore è situato nel territorio di uno Stato membro, i giudici di un altro Stato membro sono competenti ad aprire una procedura di insolvenza nei confronti del debitore solo se questi possiede una dipendenza nel territorio di tale altro Stato membro. Gli effetti di tale procedura sono limitati ai beni del debitore che si trovano in tale territorio.

Nella fattispecie in esame è fuori discussione che la competenza è del giudice polacco e che non è stata aperta una procedura concorsuale secondaria in Germania.

Ai sensi del seguente art. 4 dello stesso regolamento, inoltre, alla procedura di insolvenza e ai suoi effetti, si applica la legge dello Stato membro nel cui territorio è aperta la procedura.

La legge dello Stato di apertura determina le condizioni di apertura, lo svolgimento e la chiusura della procedura di insolvenza. Essa determina in particolare, tra l'altro: i debitori che per la loro qualità possono essere assoggettati alla procedura di insolvenza; i beni che sono oggetto di spossessamento e la sorte dei beni acquisiti dal debitore dopo l'apertura della procedura di insolvenza; gli effetti della procedura di insolvenza sui contratti in corso di cui il debitore è parte; gli effetti della procedura di insolvenza sulle azioni giudiziarie individuali, salvo che per i procedimenti pendenti.

Un'importante eccezione è posta dall'art. 5, a mente del quale l'apertura della procedura di insolvenza non pregiudica il diritto reale del creditore o del terzo sui beni materiali o immateriali, mobili o immobili, siano essi beni determinati o universalità di beni indeterminati variabili nel tempo, di proprietà del debitore, che, al momento dell'apertura della procedura, si trovano nel territorio di un altro Stato membro.

Ne deriva che, nel caso in esame, non sembra sia ammesso dal regolamento il diritto di pignorare, dopo l'apertura della procedura di insolvenza, depositi bancari o crediti finanziari esistenti presso enti siti in uno Stato membro differente da quello di apertura del procedimento concorsuale, posto che tali beni esulano dalla disciplina derogatoria delineata dal citato art. 5.

Si tratta infatti, da quanto emerge dall'ordinanza di rimessione, di pignoramento di crediti basati su contratti di deposito o assimilabili, e quindi di

beni che, come segnala il Tribunale polacco, sono ritenuti, dalla legge applicabile ai sensi del regolamento, oggetto di spossessamento.

Né è applicabile nella fattispecie l'ulteriore eccezione di cui all'art. 10 del regolamento, in base al quale gli effetti della procedura di insolvenza sul contratto e sul rapporto di lavoro sono disciplinati dalla legge dello Stato membro applicabile al contratto di lavoro.

L'Ufficio doganale tedesco avrebbe pertanto dovuto fare istanza per l'apertura di una procedura concorsuale secondaria in Germania presso il Tribunale ove ha sede la dipendenza della società polacca ai sensi dell'art. 3, paragrafi 2 e 3 ovvero insinuare i propri crediti al passivo fallimentare nella procedura aperta in Polonia, ai sensi dell'art. 39 del regolamento, al fine di non pregiudicare la massa dei creditori.

Dopo l'apertura del fallimento infatti non sono più ammessi atti esecutivi individuali ed anzi l'art. 20 del regolamento dispone che il creditore che, dopo l'apertura del fallimento, ottenga con qualsiasi mezzo, in particolare mediante azioni esecutive, soddisfazione totale o parziale del credito con beni del debitore situati nel territorio di un altro Stato membro, deve restituire al curatore ciò che ha ottenuto.

Come risulta dal terzo considerando del regolamento, infatti, atteso che l'attività delle imprese presentano sempre di più implicazioni transfrontaliere, è necessario che la normativa comunitaria imponga di coordinare i provvedimenti da adottare in merito al patrimonio del debitore insolvente.

Proprio al fine di salvaguardare la parità di trattamento dei creditori, i considerando 20 e 21 precisano che le procedure principali e secondarie di insolvenza possono contribuire ad un efficace liquidazione dell'attivo se è effettuato un coordinamento tra tutte le procedure pendenti.

Pertanto, qualora la società insolvente abbia una dipendenza in un altro Stato membro rispetto alla sua sede statutaria, il regolamento consente al creditore la suddetta alternativa: far aprire una procedura concorsuale secondaria in detto Stato membro ovvero insinuarsi al passivo del fallimento aperto nello Stato membro ove la società ha la sua sede principale.

Gli è precluso invece di promuovere azioni esecutive individuali.

** ** *

Quanto al secondo quesito, la soluzione dipende dall'accertamento se la procedura di insolvenza aperta in Polonia rientri o meno, ai sensi dell'art. 2, paragrafo 1, lettera *a*), nell'elenco di cui all'allegato A, come integrato con il regolamento (CE) n. 603/2005 adottato a seguito dell'adesione all'Unione europea dei nuovi Stati membri, tra cui la Polonia.

Tale circostanza non sembra essere stata accertata dal giudice del rinvio che, a p. 3 dell'ordinanza di rimessione, da atto che i giudici tedeschi hanno ritenuto che l'apertura del procedimento a Danzica non ostacolasse il sequestro e pignoramento dei detti crediti, proprio in quanto la procedura non risulterebbe rientrare nell'allegato A del regolamento, che specifica tassativamente quali sono le procedure di insolvenza rilevanti nei singoli Stati.

Se, cioè, non si trattasse di procedimento rientrante nel predetto allegato, cadrebbe la rilevanza della questione posta.

Altrimenti, ai sensi degli artt. 16 e 25 del regolamento, la decisione di apertura della procedura di insolvenza da parte di un giudice di uno Stato membro è riconosciuta in tutti gli altri Stati membri non appena essa produce effetto nello Stato in cui la procedura è aperta ed è eseguita a norma degli articoli 31 e 51 della Convenzione di Bruxelles.

** * * *

Il Governo italiano propone quindi alla Corte di risolvere il primo quesito nel senso che gli organi dell'amministrazione statale di uno Stato membro non hanno il diritto di procedere al pignoramento di mezzi finanziari depositati sul conto bancario di un operatore economico, in seguito all'apertura in un altro Stato membro del procedimento relativo alla sua insolvenza in contrasto con la legge nazionale dello Stato di apertura del procedimento in una situazione in cui non sussistono i presupposti di un'applicazione degli artt. 5 e 10 del regolamento.

Il Governo italiano propone inoltre alla Corte di risolvere il secondo quesito nel senso che, alla luce dell'art. 25, punto 1 e segg. del regolamento CE del Consiglio 29 maggio 2000, n. 1346, relativo alle procedure di insolvenza, gli organi dell'amministrazione statale di uno Stato membro, in cui non è stato aperto alcun procedimento secondario di insolvenza e che sono soggetti al riconoscimento ai sensi dell'art. 16 del regolamento, possono rifiutare di riconoscere le decisioni dello Stato di apertura concernenti lo svolgimento e la chiusura del procedimento di insolvenza, basate sugli artt. 31-51 della Convenzione di Bruxelles sulla competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civili e commerciali, solo se la procedura in questione non rientra nell'elenco di cui all'allegato A del regolamento.

Roma, 10 ottobre 2008

Avv. Wally Ferrante

Causa C-138/08 – Materia trattata: libera prestazione dei servizi – Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Fovárosi Ítélotábla (Repubblica Ungheria) il 7 aprile 2008 – Hochtief AG e Linde-Kca-Dresden GmbH/Közbeszerzés Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság. (Avvocato dello Stato S. Fiorentino – AL 24119/08).

LE QUESTIONI PREGIUDIZIALI

1) *Se sia applicabile il regime di cui all'art. 44, n. 3, della direttiva 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori [, di forniture e di servizi], che ha sostituito l'art. 22 della direttiva del Consiglio 93/37/CEE, qualora l'inizio della procedura di appalto si sia verificato in un lasso di tempo in cui la direttiva 2004/18/CE era già entrata in vigore, ma non era ancora scaduto il periodo concesso agli Stati membri per l'attuazione della direttiva in parola, così che quest'ultima non era ancora stata recepita nel diritto interno.*

2) *Qualora la prima questione sia risolta in senso affermativo, si chiede altresì alla Corte di giustizia se, in caso di procedure negoziate con pubbli-*

cazione di un bando di gara, considerato che l'art. 44, n. 3 della direttiva 2004/18/CE stabilisce che "[i]n ogni caso il numero di candidati invitati deve essere sufficiente ad assicurare un'effettiva concorrenza", si debba interpretare la limitazione del numero di candidati idonei nel senso che nella seconda fase – quella relativa all'aggiudicazione dell'appalto – debba esserci invariabilmente un numero minimo di candidati (pari a tre).

3) Qualora la prima questione sia risolta in senso negativo, si chiede altresì alla Corte di giustizia se il requisito che "vi sia un numero sufficiente di candidati idonei", di cui all'art. 22, n. 3 della direttiva del Consiglio 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (in prosieguo: la "Direttiva"), si debba interpretare nel senso che, quando non si raggiunga il numero minimo (tre) di candidati idonei invitati a partecipare, l'iter della procedura non possa proseguire con l'invito a presentare offerte.

4) Qualora la Corte di giustizia risolva la terza questione in senso negativo, si chiede altresì se l'art. 22, n. 2, secondo comma, della Direttiva, collocato fra le disposizioni relative alle procedure ristrette, in base al quale "[i]n ogni caso, il numero dei candidati ammessi a presentare offerta deve essere sufficiente ad assicurare una concorrenza reale", si applichi alle procedure negoziate in due fasi disciplinate al n. 3.

IL FATTO

Con decisione del 13 febbraio 2008, depositata il successivo 7 aprile, il Fovárosi Ítéletábla (Corte d'Appello della Capitale), nell'ambito di un procedimento civile di appello promosso dalla "Hochtief AG" e dalla "Linde Kca Dresden GmbH" (in prosieguo: «le appellanti» o «le ricorrenti») nei confronti della "Commissione decisoria in materia di aggiudicazione di pubblici appalti del Consiglio per i pubblici appalti" («l'appellata» o «la convenuta»), a favore della quale è intervenuto il Comune di Budapest, ha sottoposto alla Corte i sopra esposti quesiti.

Il 5 febbraio 2005 il Comune di Budapest, agendo in qualità di amministrazione aggiudicatrice, ha pubblicato sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea un bando di gara per una procedura negoziata avente ad oggetto lavori il cui valore superava la soglia di rilevanza prevista dalla direttiva. Il numero di candidati che sarebbero stati invitati a formulare offerte era fissato in un minimo di tre e in un massimo di cinque. Nel termine fissato dal bando sono pervenute cinque candidature, fra le quali quelle delle ricorrenti (che, secondo quanto è dato ricavare dall'ordinanza di rinvio, erano riunite in consorzio o in associazione temporanea). L'amministrazione aggiudicatrice ha chiuso la fase di presentazione delle offerte, ha ritenuto idonei due soli candidati ed ha comunicato loro l'invito a presentare offerte.

Le ricorrenti sono insorte con un ricorso nel quale hanno contestato, oltre alla propria esclusione (1), la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di proseguire nella procedura di gara nonostante il numero delle candidature considerate valide ed idonee fosse inferiore a tre.

Le parti hanno proposto al Tribunale punti di vista contrastanti in ordine alla interpretazione della normativa interna ungherese, vertenti principalmente sull'articolo 130, nn. 1 e 7, della «2003. évi CXXIX. Törvény. a Közbiztosításokról» (legge ungherese in materia di aggiudicazione di appalti pubblici: in prosieguo «Kbt.»): secondo l'appellata e l'interveniente, questa norma prescrive di invitare a presentare offerte candidati in numero pari a quello stabilito, ma non impone di considerare deserta la fase di presentazione delle candidature e, quindi, di arrestare l'iter della procedura nel caso in cui le candidature valide siano in numero inferiore. Le ricorrenti hanno insistito nella tesi opposta, facendo leva sull'articolo 22, paragrafi 2 e 3, della direttiva, alla luce del quale doveva essere interpretato l'articolo 130, nn. 1 e 7, della Kbt..

Il Tribunale ha rigettato il ricorso, in quanto ha ritenuto che il requisito di cui alla norma nazionale ungherese si riferisca esclusivamente al limite superiore, nel senso di vietare che siano invitati un numero di candidati superiore a tale limite. In mancanza di disposizioni in tal senso, non è invece possibile dichiarare la gara deserta nel caso in cui il numero dei candidati idonei non raggiunga il limite inferiore.

Le ricorrenti si sono appellate al Giudice di secondo grado, tornando ad invocare la propria lettura dell'art. 22, par. 3, della direttiva, secondo la quale non sarebbe consentita la partecipazione di meno di tre candidati alla fase della negoziazione. Questa regola, secondo le ricorrenti, è stata ribadita nell'art. 44, par. 3, della direttiva 2004/18/CE.

Nella motivazione del rinvio, la Corte d'Appello ha interpretato le disposizioni della Kbt. nel senso che, qualora vi siano candidati idonei che abbiano presentato candidature valide, l'iter della procedura deve proseguire, sebbene il loro numero sia minore del limite inferiore. Al fine di assicurare la concorrenza effettiva è, infatti, sufficiente che l'amministrazione aggiudicatrice, nel momento in cui si inizia la procedura, fissi dei limiti inferiori e superiori conformi alla norma.

LA NORMATIVA COMUNITARIA RILEVANTE

I quesiti posti nell'ordinanza di rinvio portano sull'interpretazione della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, Direttiva del Consiglio che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori.

L'articolo 1, che contiene le definizioni rilevanti per la direttiva, chiarisce quanto segue:

«Ai fini della presente direttiva:

a – d) ... *Omissis* ...

e) le “*procedure aperte*” sono le procedure nazionali in cui ogni imprenditore interessato può presentare un'offerta;

(1) Le ragioni dell'esclusione sono illustrate nell'ordinanza di rimessione, ma in questo scritto se ne prescindereà in quanto non rilevanti ai fini delle questioni pregiudiziali.

f) le “*procedure ristrette*” sono le procedure nazionali in cui soltanto gli imprenditori invitati dalle amministrazioni aggiudicatrici possono presentare un’offerta;

g) le “*procedure negoziate*” sono le procedure nazionali in cui le amministrazioni aggiudicatrici consultano gli imprenditori di propria scelta e negoziano con uno o più di essi le condizioni del contratto;

h) “*offerente*” è l’imprenditore che ha presentato un’offerta e “*candidato*” è chi chiede un invito a partecipare a una procedura ristretta o a una procedura negoziata».

L’articolo 22 della direttiva dispone:

«1. Nelle procedure ristrette e nelle procedure negoziate, le amministrazioni aggiudicatrici scelgono, sulla base delle informazioni riguardanti la situazione personale dell’imprenditore e delle informazioni e formalità necessarie per la valutazione delle condizioni minime di carattere economico e tecnico che questi ultimi devono soddisfare, i candidati che esse inviteranno a presentare un’offerta o a negoziare, fra quelli che posseggono le qualifiche richieste dagli articoli da 24 a 29.

2. Le amministrazioni aggiudicatrici, quando attribuiscono un appalto mediante procedura ristretta, possono prevedere la forcella all’interno della quale si collocherà il numero delle imprese che esse intendono invitare. In questo caso, la forcella è indicata nel bando di gara. La forcella è stabilita in funzione della natura dell’opera da realizzare. La cifra meno elevata della forcella non deve essere inferiore a cinque. La cifra superiore della forcella può essere fissata a venti.

In ogni caso, il numero dei candidati ammessi a presentare offerta deve essere sufficiente ad assicurare una concorrenza reale.

3. Le amministrazioni aggiudicatrici, quando attribuiscono un appalto mediante procedura negoziata, nei casi previsti all’articolo 7, paragrafo 2, il numero dei candidati ammessi a negoziare non può essere inferiore a tre, a condizione che vi sia un numero sufficiente di candidati idonei.

4. Gli Stati membri assicurano che le amministrazioni aggiudicatrici facciano appello, senza discriminazione agli imprenditori degli altri Stati membri aventi le qualifiche prescritte e che ciò avvenga a condizioni uguali a quelle applicabili agli imprenditori nazionali».

L’intera direttiva è stata abrogata dall’articolo 82 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, n. 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi. Questa direttiva, all’articolo 1, par. 11, contiene le seguenti definizioni:

«a) Le «*procedure aperte*» sono le procedure in cui ogni operatore economico interessato può presentare un’offerta.

b) Le «*procedure ristrette*» sono le procedure alle quali ogni operatore economico può chiedere di partecipare e in cui soltanto gli operatori economici invitati dalle amministrazioni aggiudicatrici possono presentare un’offerta.

c) Il «*dialogo competitivo*» è una procedura alla quale qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare e nella quale l’amministrazione

aggiudicatrice avvia un dialogo con i candidati ammessi a tale procedura al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le sue necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati saranno invitati a presentare le offerte.

... Omissis...

d) Le «procedure negoziate» sono le procedure in cui le amministrazioni aggiudicatrici consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto.

e) ... Omissis ...».

L'articolo 44, paragrafo 3, della direttiva dispone:

«3. Nelle procedure ristrette, nelle procedure negoziate con pubblicazione di un bando di gara e nel dialogo competitivo, le amministrazioni aggiudicatrici possono limitare il numero di candidati idonei che inviteranno a presentare un'offerta, a negoziare od a partecipare al dialogo, purché vi sia un numero sufficiente di candidati idonei. Le amministrazioni aggiudicatrici indicano nel bando di gara i criteri o le norme obiettivi e non discriminatori che intendono applicare, il numero minimo di candidati che intendono invitare e, all'occorrenza, il numero massimo.

Nelle procedure ristrette il numero minimo di candidati è cinque. Nelle procedure negoziate con pubblicazione di un bando di gara e nel dialogo competitivo il numero minimo di candidati è tre. In ogni caso il numero di candidati invitati deve essere sufficiente ad assicurare un'effettiva concorrenza. Le amministrazioni aggiudicatrici invitano un numero di candidati almeno pari al numero minimo prestabilito. Se il numero di candidati che soddisfano i criteri di selezione e i livelli minimi è inferiore al numero minimo, l'amministrazione aggiudicatrice può proseguire la procedura invitando il candidato o i candidati in possesso delle capacità richieste. L'amministrazione aggiudicatrice non può includere in tale procedura altri operatori economici che non abbiano chiesto di partecipare o candidati che non abbiano le capacità richieste».

L'articolo 80 della direttiva 2004/18/CE, al paragrafo 1, dispone:

«Gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva entro il 31 gennaio 2006. Essi ne informano immediatamente la Commissione».

Il successivo articolo 82, al paragrafo 1, stabilisce:

«La direttiva 92/50/CEE, ad eccezione dell'articolo 41, e le direttive 93/36/CEE e 93/37/CEE sono abrogate, a decorrere dalla data di cui all'articolo 80, fatti salvi gli obblighi degli Stati membri relativi ai termini di recepimento e di attuazione di cui all'allegato XI».

LA POSIZIONE DEL GOVERNO ITALIANO

Analisi – Primo quesito

Con il primo quesito, il Giudice del rinvio chiede di conoscere se sia applicabile ai fatti di causa il regime di cui all'art. 44, par. 3, della direttiva 2004/18/CE, sebbene la procedura d'appalto abbia avuto inizio in un'epoca in

cui la direttiva non era stata ancora recepita nel diritto interno e in cui non era ancora scaduto il termine di trasposizione previsto dalla direttiva medesima.

Ritiene il Governo italiano che, in conformità alla consolidata giurisprudenza di codesta Corte, al quesito debba darsi risposta negativa.

Alle norme di una direttiva il cui termine di trasposizione non sia scaduto non può essere attribuita efficacia ai fini del c.d. *effetto diretto verticale* (rispetto al quale sembrerebbero, invece, sussistere le condizioni soggettive nel giudizio *a quo*).

È noto, infatti, come la ragione giustificatrice del principio dell'effetto diretto verticale delle direttive risieda nella necessità di evitare che uno Stato membro si giovi della propria situazione di inadempimento per negare al singolo l'esercizio di un diritto attribuito da una direttiva. Questa è anche la ragione per la quale il principio non può essere invocato da uno Stato per affermare un obbligo del singolo. Infatti le direttive, in base all'articolo 249 CE e a differenza delle norme del Trattato, non possono istituire direttamente obblighi a carico dei singoli.

Sin da epoca risalente codesta Corte ha, pertanto, enunciato il principio – al quale il Governo italiano ritiene occorra dare continuità – secondo il quale in pendenza del termine di trasposizione l'inosservanza dell'obbligo dello Stato di realizzare il risultato voluto dalla direttiva non è sanzionabile, sebbene nel periodo tra l'entrata in vigore della direttiva e la scadenza del termine per il recepimento gravi sugli Stati membri un obbligo di *standstill*, che ha fonte in elementari doveri di buona fede e di leale cooperazione e che comporta che gli Stati devono astenersi dall'adottare disposizioni che possano compromettere gravemente il risultato prescritto dalla direttiva (2).

Poiché non consta che la norma nazionale, che la giurisdizione di rinvio ha prospettato di dover applicare, sia stata introdotta nell'ordinamento ungherese dopo l'entrata di vigore della direttiva 2004/18/CE, la questione di una eventuale violazione dell'obbligo di *standstill* non può venire in rilievo nella presente controversia.

Per ragioni sostanzialmente analoghe deve escludersi che alle norme della direttiva 2004/18/CE possa essere attribuita efficacia ai fini dell'effetto c.d. di *primazia del diritto comunitario* e, dunque, di disapplicazione delle norme di diritto interno con esso contrastanti.

Sul punto, basterà rilevare che i fatti oggetto della controversia avevano esaurito i propri effetti in un'epoca nella quale, non essendo scaduto il termine previsto dall'articolo 80 della direttiva 2004/18/CE, non si era prodotto l'effetto abrogativo previsto dall'art. 82 della medesima direttiva. A tale epoca, pertanto, aveva ancora pieno vigore la direttiva 93/37/CEE, alla luce delle cui norme deve esser analizzata la situazione di fatto per cui è causa e la compatibilità della norma ungherese con il diritto comunitario (3).

(2) Sentenza 18 dicembre 1997, causa C-129/06, *Inter-Environment Wallonie*, punti da 45 a 50.

(3) Si confronti, per un caso analogo, la sentenza 29 novembre 2007, causa C-119/06, *Commissione/Italia*, punto 33.

Secondo e terzo quesito

In considerazione della risposta che è stata suggerita per il primo quesito, ritiene il Governo italiano che la Corte debba trascorrere all'esame del terzo quesito. Nella presente sezione, tuttavia, si analizzeranno anche gli effetti dell'art. 44, par. 3, della direttiva 2004/18/CE che, ad avviso del Governo italiano, non conducono a risultati difformi rispetto a quelli prodotti dall'articolo 22, par. 3, della direttiva 93/37/CEE.

L'articolo 22, par. 3, della direttiva 93/77/CEE dispone(va) che nel caso in cui le amministrazioni aggiudicatrici attribuissero un appalto mediante procedura negoziata, il numero dei candidati ammessi a negoziare non potesse essere inferiore a tre «*a condizione che vi sia un numero sufficiente di candidati idonei*».

La direttiva 2004/18/CE, attraverso il combinato disposto dei commi 1 e 2 dell'art. 44, par. 3, ha previsto una regola analoga. Al successivo comma terzo del medesimo paragrafo la direttiva chiarisce che il numero minimo si riferisce ai candidati che le amministrazioni aggiudicatrici “invitano” e che qualora il numero dei candidati che soddisfano i criteri di selezione e i livelli minimi sia inferiore al numero minimo, l'amministrazione aggiudicatrice «*può proseguire la procedura invitando il candidato o i candidati in possesso delle capacità richieste*».

Entrambe le direttive, pertanto, seppure attraverso disposizioni parzialmente difformi, sembrano piuttosto chiare nell'affermare un analogo principio, e cioè che il rispetto del numero minimo di candidati da ammettere alla fase della negoziazione è subordinato alla sussistenza un numero almeno pari di candidati idonei e che, nel caso in cui non si verifichi tale condizione, il limite rimane quello del rispetto della “effettiva concorrenza” (4).

Questa previsione è enunciata espressamente dalla direttiva 2004/18/CE, all'articolo 44, par. 3, comma 3.

Ma la stessa soluzione si ricava dal tenore letterale dell'articolo 22, par. 3, della direttiva 93/37/CEE, perché la regola secondo la quale il numero minimo dei candidati ammessi a negoziare debba essere almeno pari a tre è affermata alla condizione dell'esistenza di un numero sufficiente di candidati idonei. Quindi il fatto che questa condizione non si verifichi non comporta, come invece ritengono le ricorrenti nel giudizio *a quo*, che la procedura si debba arrestare, ma, più semplicemente, che non si applichi la regola sul numero minimo pari a tre dei candidati ammessi (5).

(4) Questo limite, ribadito dall'art. 22, par. 2, comma 2, inerisce evidentemente a tutte le procedure previste dalla direttiva, costituendone l'obiettivo: v., per tutte, sentenza 7 ottobre 2004, causa C-247/02, *Sintesi S.p.a.*, punti 35 - 37.

(5) In effetti, la versione italiana dell'art. 22, par. 3, della direttiva 93/37/CEE è piuttosto approssimativa. Ma l'interpretazione letterale che si è proposta nel testo sembra a maggior ragione imposta ove si abbia riguardo alla versione inglese della direttiva («*Where the contracting authorities award a contract by negotiated procedure as referred to in Article 7 (2), the number of candidates admitted to negotiate may not be less than three provided that*

In altre parole, il numero minimo di candidati è condizione di procedibilità della procedura di aggiudicazione solo se sussistano in tale numero soggetti qualificati.

La soluzione appare imposta anche dall'interpretazione sistematica, perché dalla definizione contenuta nell'articolo 1 della direttiva 93/37/CEE (la quale non è stata sostanzialmente modificata dalla direttiva 2004/18/CE), si ricava che nella procedura negoziata la fase della negoziazione può coinvolgere «*uno o più*» imprenditori, il che appunto esclude che a questa fase debbano prendere parte almeno tre offerenti. Questa definizione, infatti, riguarda tutte le procedure negoziate, indipendentemente dal fatto che si ricada nell'ambito del paragrafo 2 o del paragrafo 3 dell'articolo 7 della direttiva (dal fatto, cioè, che sia necessaria, o meno, la pubblicazione preliminare di un bando di gara).

Va, inoltre, evidenziato che l'articolo 22, par. 3, utilizza il termine "candidato" che, secondo la definizione contenuta nell'articolo 1, par. 1, lettera f), è nozione (distinta da quella di "offerente") che individua «*chi chiede un invito a partecipare... o a una procedura negoziata*». Anche questo ulteriore riferimento testuale sembra, quindi, confermare che la norma voglia salvaguardare la concorrenza con riferimento alla potenzialità degli offerenti qualificati per la partecipazione al negoziato e non alla effettività delle offerte poi presentate nella procedura medesima.

In conclusione, ritiene il Governo italiano che la questione posta dal giudice *a quo* debba essere risolta, indipendentemente dalla disciplina applicabile nel caso in esame, affermando che il principio di effettiva concorrenza debba essere garantito *ex ante* dall'amministrazione aggiudicatrice e, quindi, nella fase dell'invito rivolto alle imprese a presentare le candidature, fermo restando che il bando di gara può disporre che si prosegua nella procedura anche in presenza di un numero di candidati idonei inferiori al minimo. Ciò in quanto l'effettività della concorrenza non dipende dal numero delle imprese che si ammettono a partecipare alla negoziazione, ma dalle condizioni che si creano per un mercato aperto e competitivo, ossia dalla individuazione dei requisiti che si chiedono alle stesse, che devono essere tali da non limitare la possibilità concreta di presentare offerte.

Quarto quesito

Alla luce della risposta che si è suggerita per i precedenti quesiti, il Governo italiano non ritiene di dover prendere posizione sul quarto quesito.

Conclusioni

Alla stregua delle considerazioni che precedono, il Governo italiano suggerisce alla Corte di rispondere ai quesiti sottoposti al suo esame affermando che:

there is a sufficient number of suitable candidates)» ed a quella francese («*Lorsque les pouvoirs adjudicateurs passent un marché par procédure négociée, dans les cas visés à l'article 7 paragraphe 2, le nombre des candidats admis à négocier ne peut être inférieur à trois, à condition qu'il y ait un nombre suffisant de candidats appropriés*»).

Il regime di cui all'art. 44, n. 3, della direttiva 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori [, di forniture e di servizi], che ha sostituito l'art. 22 della direttiva del Consiglio 93/37/CEE, non è applicabile qualora l'inizio della procedura di appalto si sia verificato in un lasso di tempo in cui la direttiva 2004/18/CE era già entrata in vigore, ma non era ancora scaduto il periodo concesso agli Stati membri per l'attuazione della direttiva medesima, né essa era stata concretamente trasposta nell'ordinamento dello Stato membro in cui si è svolta la procedura.

L'articolo 22, paragrafo 3, della direttiva del Consiglio 1993/37/CEE deve essere interpretato nel senso di consentire all'amministrazione aggiudicatrice, qualora non vi sia un numero sufficiente di candidati idonei, di proseguire la procedura negoziata per l'aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori, ammettendo alla negoziazione un numero di candidati inferiore a quello minimo.

Analoga regola va affermata, per le fattispecie cui *ratione temporis* si applica la direttiva 2004/18/CE, ai sensi del suo articolo 44, paragrafo 3.

Roma, 4 agosto 2008

Avv. Sergio Fiorentino

Causa C-158/08 – Materia trattata: libera circolazione delle merci – Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Commissione Tributaria Regionale di Trieste (Italia) il 16 aprile 2008 – Agenzia delle Dogane Circostrizione doganale di Trieste/Pometon SpA. (Avvocato dello Stato G. Albenzio – AL 14326/08).

LE QUESTIONI PREGIUDIZIALI

1) *Se sia legittimo ritenere che il regime di perfezionamento attivo, così come attuato dalla Pometon S.p.A., possa violare i principi di politica doganale della Comunità, ed in particolare quelli della legislazione antidumping generale e di quella specifica, oltre che quelli del Codice Doganale Comunitario (Reg. CE n. 2913/1992). In particolare si chiede se l'art. 13 del Reg. CE n. 384/1996 debba essere interpretato quale principio di portata generale, applicabile quale clausola generale dell'ordinamento comunitario, direttamente precettiva anche nei rapporti tra Autorità nazionali e contribuenti, oltre che nel procedimento di imposizione del dazio antidumping; per esempio si chiede se esso possa essere invocato in attuazione dei controlli doganali, secondo la nozione di cui all'art. 4, comma I, n. 14, del Codice Doganale Comunitario (Reg. CE n. 2913/1992);*

2) *se il combinato disposto dell'art. 13 del Reg. CE n. 384/1996, in tema di elusione della normativa antidumping, e degli artt. 114 e ss. del Codice Doganale Comunitario (Reg. CE n. 2913/1992) in tema di perfezionamento attivo, e degli artt. 202, 204, 212 e 214 in tema di nascita dell'obbligazione doganale, possano essere interpretati nel senso che: l'assoggettamento a dazio antidumping di una merce non è escluso nel caso di preordinato acqui-*

sto del prodotto stesso da soggetto di nazionalità di un Paese non assoggettato a dazio antidumping, il quale lo abbia a sua volta acquistato dal Paese assoggettato a tale misura, e senza modificarlo in alcun modo lo abbia avviato a temporanea importazione nella Comunità in regime di perfezionamento attivo, per poi reimportarlo trasformato, ma provvisoriamente e per poche ore, e rivenderlo immediatamente alla stessa società del Paese comunitario che aveva curato il perfezionamento attivo;

3) se in assenza di norme sanzionatorie comunitarie, per non averle rinvenute questo giudice, il giudice dello Stato membro possa applicare norme del proprio ordinamento che consentano di dichiarare, ricorrendone i presupposti, la nullità dei contratti di affidamento in perfezionamento attivo e di vendita del prodotto compensatorio, quali gli artt. 1343 (causa illecita), 1344 (contratto in frode alla legge) e 1345 (motivo illecito) del codice civile italiano e gli artt. 1414 e ss. del codice civile italiano, in tema di simulazione, per il caso di ritenuta e comprovata violazione dei principi comunitari di cui sopra;

4) se anche per altre ragioni o criteri interpretativi che Codesta Spettabile Corte vorrà compiacersi di indicare, l'operazione sopra descritta, qualora preordinata al fine di creare un aggiramento del dazio antidumping, sia conforme al regime di perfezionamento attivo oppure violi effettivamente i principi doganali in tema di applicazione del dazio antidumping che Codesta Spettabile Corte vorrà indicare;

5) se, anche per altre ragioni o criteri interpretativi che Codesta Spettabile Corte vorrà compiacersi di indicare, l'operazione in questione concretizzi una importazione definitiva di prodotto assoggettato a dazio antidumping.

IL FATTO

Con ordinanza pronunciata in data 13 marzo 2008 e depositata il giorno stesso, l'Autorità Giudiziaria in epigrafe indicata ha sollevato davanti alla Corte una questione pregiudiziale, ai sensi dell'art. 234 TCE, nell'ambito del procedimento di secondo grado pendente fra le parti come sopra riportate e che vede il suo punto centrale nel tentativo della Pometon S.p.A. di porre in essere un fraudolento ed articolato (ma ben palese) artificio volto all'elusione del dazio *antidumping* di cui al Reg. CE n. 2402/98 del 3 novembre 1998.

Dal contenuto dell'ordinanza risulta che la controparte, in buona sostanza, ha contestato l'erronea applicazione ed interpretazione degli artt. 114 ss. del Codice Doganale Comunitario (Reg. CE n. 2913/1992, da ora CDC) relativi al regime di perfezionamento attivo (che per brevità, da ora, si indicherà con la sigla PA) e degli artt. 551 e 552 del Reg. CE n. 2454/1993; nel dettaglio si sostiene, con erroneità che ci si accinge a dimostrare, che nessuna norma del CDC o di altri testi comunitari di settore, vieti la re-importazione nel territorio della Comunità di merce soggetta al regime di PA; si aggiunge, con altrettanta artificiosità rispetto a quanto in concreto accaduto, che non avrebbe alcun rilievo la circostanza che vengano re-importati nel territorio

della Comunità i prodotti compensatori derivanti da prodotti di base soggetti a dazio *antidumping* per il caso di importazione definitiva.

LA POSIZIONE DEL GOVERNO ITALIANO

Il Governo italiano, quanto ai quesiti posti, ritiene di dover intervenire nel presente giudizio perché l'emananda decisione può avere riflessi importanti su contenziosi pendenti fra le Autorità Doganali Nazionali ed alcuni operatori commerciali, in relazione alla possibilità, che si corre il rischio di concretare, di legittimare comportamenti fraudolenti ed artificiose "architetture" aventi quale unica vera finalità quella di eludere la debenza del dazio *antidumping*.

Alla luce di quanto poc'anzi affermato si ritiene utile, perché il quadro in cui codesta Corte di Giustizia è chiamata ad operare sia il più trasparente e completo possibile, ripercorrere per tratti essenziali le "tappe" fattuali e processuali che hanno condotto sino all'odierna domanda di pronuncia pregiudiziale.

Il ricorso in appello, nel cui alveo è sorta l'esigenza del rinvio pregiudiziale, trae origine da alcune operazioni di importazione temporanea (si dimostrerà in dettaglio come questo requisito della temporaneità sia in realtà fittizio) effettuate dalla società Pometon S.p.A negli anni 1998-2001; importazioni effettuate dalla società collegata Pometon d.o.o., con sede in Sezana (SLO) e costituita nel Novembre 1998 (si faccia molta attenzione alle date che si riportano, avendo le stesse forte portata esplicativa circa la fraudolenta operazione messa in atto), aventi ad oggetto pani di magnesio greggio di origine cinese da sottoporre a lavorazione per conto della stessa società collegata, al fine di trasformarli in granuli, trucioli e monconi di magnesio. La merce in questione, va evidenziato, qualora fosse stata definitivamente importata, sarebbe stata gravata dal dazio *antidumping* ai sensi del Reg. CE n. 2402/98 del 03 novembre 1998.

Il prodotto, inoltre, era importato nel quadro di contratti di lavorazione per conto del committente estero Pometon d.o.o., società costituita, come detto, nel mese di novembre 1998, vale a dire nel medesimo mese (con contestualità davvero singolare e chiarissima nel suo significato) in cui la Comunità Europea, con la finalità concreta di evitare un sicuro danno all'economia comunitaria, ha emesso il Reg. CE più volte citato ed ha in tal modo istituito un dazio *antidumping* sulle importazioni di magnesio greggio di origine cinese. Palesemente dunque, rispetto alla Pometon S.p.A., la società slovena testé menzionata si è trovata nella duplice, "strana" veste di committente delle lavorazioni sul magnesio e, allo stesso tempo, di venditrice del prodotto finito compensatorio (granuli e trucioli di magnesio); una circolarità quella richiamata di cui va sottolineata la portata elusiva della debenza del dazio altrimenti dovuto, come risulterà chiaro dalle considerazioni che svilupperemo in prosieguo.

La vertenza processuale – che ha innescato il giudizio di gravame da cui è nata la domanda pregiudiziale della Commissione Tributaria Regionale e

la necessità del presente intervento – è stata così originata da 64 operazioni di importazione per le quali controparte ha richiesto (adducendo falsamente che il prodotto sarebbe stato destinato alla ri-esportazione fuori dalla Comunità) ed ha ottenuto la sottoposizione al regime di PA (artt. 114 e ss. del Reg. CE n. 2913/1992). A questo punto, e si comincia a delineare la architettura elusiva messa in piedi e della quale si intende impedire la possibile attuazione, la Pometon S.p.A., dopo aver importato temporaneamente ed in procedura semplificata ai sensi dell'art. 568 del Reg. CE n. 2454/1993 il magnesio greggio soggetto a dazio *antidumping* (voce doganale 81041100), lo ha trasformato nel prodotto compensatorio costituito da grani, trucioli e monconi (voce doganale 810430009) non soggetto, al contrario, al medesimo dazio; una volta trasformato il prodotto è stato ri-esportato attraverso il valico doganale di Ferneti (TS).

Si giunge ora al momento saliente e di maggior rilievo nella dinamica fattuale della vicenda *de qua*: a distanza di poche ore, al massimo un giorno, tempi evidentemente molto (singolarmente) brevi, senza pagare il dazio *antidumping*, la merce, che non aveva giammai raggiunto lo stabilimento sloveno ma era rimasta in sosta presso l'autoporto di Sezana, con lo stesso mezzo di trasporto veniva reintrodotta in importazione in Italia in quanto venduta dalla Pometon d.o.o. alla Pometon S.p.A.

La dinamica elusiva posta in essere trova conferma nella quasi contestualità di accadimenti di importanza centrale per la vertenza in causa (si fa riferimento alla data di costituzione della società collegata slovena significativamente coincidente con quella in cui la Comunità Europea ha istituito il dazio *antidumping*, nonché al brevissimo lasso di tempo che separa la esportazione della merce dalla sua reintroduzione in territorio italiano) e nel fatto (accertato e risultante dagli atti in modo incontestabile) che le date delle fatture relative alla vendita della merce erano per lo più antecedenti o coincidenti con le date delle fatture di esportazione del prodotto compensatorio dall'Italia alla Slovenia: se si considera che quasi il 90% del prodotto esportato veniva definitivamente re-importato, risulta palese come le tempistiche evidenzino la reale intenzione di aggirare i dazi.

Questi fatti non sono stati correttamente interpretati dalla Commissione Tributaria Provinciale di Trieste (che, su ricorso della società importatrice, ha annullato gli avvisi di accertamento suppletivi e di rettifica emessi dalla circoscrizione doganale di Trieste) ma hanno indotto la Commissione Tributaria Regionale, cui l'Ufficio doganale aveva proposto appello, a sospendere il procedimento e proporre questione pregiudiziale a codesta Corte di Giustizia articolando i quesiti precedentemente richiamati.

Sulla base dei fatti dianzi menzionati si intende premettere alle considerazioni di diritto che verranno esplicitate e che potranno fungere da ausilio all'interpretazione che codesta Corte di Giustizia è chiamata ad effettuare, alcune notazioni stimulate da inesatte affermazioni contenute nella memoria di controparte del 26-27 marzo 2008. Si legge nell'atto *ex adverso* formulato che "(1) l'ordinanza della CTR... chiede l'applicazione del diritto alla fattispecie... che si riscontra la non esistenza di una norma sul punto che si

vorrebbe esaminare. [Per cui] *Non può interpretarsi una norma che non esiste... (2) Che le questioni ed i quesiti posti... non possono estendersi alla interpretazione... del combinato disposto di più norme... per indi da questo combinato disposto trarre principi... [infine] (3) che l'Agenzia delle Dogane ha proposto si appello, ma trascurando talune delle affermazioni e statuizioni della decisione di primo grado... ”.*

Si deve ricordare a Controparte, in prima battuta, che la pronuncia pregiudiziale cui si chiama codesta Corte di Giustizia secondo il disposto di cui all'art. 234 Trattato costituisce uno strumento fondamentale per la costruzione dell'ordinamento giuridico comunitario e la definizione dei suoi rapporti con gli ordinamenti degli Stati membri. La procedura consente di realizzare una forma essenziale di cooperazione tra giudici nazionali e CG (CG 1 dicembre 65, 16/65, *Schwarze*); si realizza, con lo stesso, un meccanismo centralizzato di interpretazione del diritto comunitario. La pronuncia pregiudiziale, inoltre, ha un carattere per molti aspetti non formale, tanto è vero che per giurisprudenza stessa di codesta Corte si è ritenuto non compatibile con i meccanismi di cui all'art. 234 citato obbligare il giudice nazionale ad un eccessivo formalismo nella formulazione del quesito (CG 1 dicembre 65, 16/65, *Schwarze*), ne consegue che spetterebbe a codesto stesso organo assistere il giudice nazionale anche se il quesito è mal formulato, addirittura potendo giungere perfino ad una riformulazione dello stesso. Il giudice nazionale deve, dal canto suo, fornire tutti gli elementi che consentono di identificare le questioni di diritto comunitario che, tenuto conto dell'oggetto della controversia, richiedono un'interpretazione, in modo da rendere quest'ultima utile per il giudice nazionale (CG 12 luglio 79, 244/78; 15 ottobre 80, 4/79, *Providence Agricole*; 4 dicembre 80, 54/80, *Wilner*).

Anche sulla scorta di quanto detto, dunque, risulta evidente come le contestazioni che Controparte formula in merito all'inammissibilità ed improcedibilità dei quesiti formulati nell'ordinanza di rinvio sono destituite di qualsivoglia fondamento. Se si pone mente ai quesiti formulati dalla Commissione Tributaria Provinciale bene si comprende il portato “sistematico” degli stessi: la Commissione di Trieste, infatti, prendendo atto dell'incertezza che avvolge la normativa che si è richiamata in materia *antidumping*, al fine di chiarire ogni dubbio, ha attivato codesta Corte per comprendere il portato della stessa in punto di sanzionabilità di comportamenti *de facto* elusivi e fraudolenti; ciò che si è chiesto, in sintesi, è una interpretazione della normativa che si è sottoposta ad analisi anche “in chiave sistematica” (ecco il rilievo del “combinato disposto”); in questo senso si richiamano gli artt. 13 del Reg. CE n. 384/1995, 114 e ss. del CDC, nonché 202, 204, 212 e 214 dello stesso; appunto in chiave sistematica, sinergica, perché il “panorama normativo” fornisca l'esatta dimensione interpretativa da dare al disposto di cui all'art. 13 citato.

In questa stessa direzione si fa menzione della fattispecie concreta, non evidentemente per “chiedere l'applicazione del diritto alla fattispecie”, come *ex adverso* sostenuto, quanto per dare concretezza e “corpo” alla tesi interpretativa che si è intesa proporre, solo indirettamente riferendosi al caso

di specie. Vale a dire, in termini concreti, chiedere “*se l’operazione descritta..., qualora preordinata al fine di creare un aggiramento del dazio anti-dumping, sia conforme al regime di perfezionamento attivo oppure violi effettivamente i principi doganali in tema*” non vuole essere una richiesta di applicazione del diritto al caso specifico; piuttosto, invece, il tentativo di comprendere, attraverso l’esempio costituito dalla fattispecie *de qua*, se la natura “lata” della normativa *sub iudice* possa essere ermeneuticamente colmata ritenendo elusivo dei dazi il comportamento occasionalmente emerso, ovviamente sintomatico ed esemplificativo della possibile casistica di settore, e parallelamente considerare il disposto su cui si intende far chiarezza come orientato a sanzionare lo stesso. I due profili sono cioè complementari, risvolti normativi e fattuali, tessere di un mosaico di cui si cerca, e si chiede, la migliore e più trasparente composizione.

In relazione, invece, all’affermazione di controparte a detta della quale “*l’Agenzia delle Dogane ha proposto si appello, ma trascurando talune delle affermazioni e statuizioni della decisione di primo grado*”, per cui sulle stesse si sarebbe formato il giudicato interno, la stessa si appalesa erronea ed infondata. Se si legge correttamente il ricorso in appello dell’Agenzia delle Dogane, *ictu oculi* emerge – da un lato – l’affermazione introduttiva “*la sentenza impugnata... è contraddittoria e non correttamente motivata per cui va riformata per i motivi di seguito specificati*” (che è, a tutta evidenza, un “cappello introduttivo” sotto il quale sussumere il resto del ricorso) e – dall’altro lato – lo sviluppo dell’appello secondo “*i motivi di seguito (puntualmente e dettagliatamente) specificati*” ed assorbenti le singole tappe dell’iter argomentativo che ha inteso seguire la Commissione Provinciale nella sentenza impugnata, con l’espressione di censure chiare e non certo “contraddittorie” (“*molti elementi lasciano concordemente ritenere che le due società abbiano messo in piedi un escamotage per evitare il pagamento del dazio antidumping*”): delle due l’una, o l’architettura fraudolenta non sussiste o, altrimenti ravvisandola, non si vede come si possa integrare quella vera “*intenzione di riesportare fuori dal territorio doganale della Comunità i prodotti compensatori*” di cui all’art. 551 del Reg. CE n. 2454/1993, sconfessata con evidenza dalle dinamiche dei fatti come sopra descritti e dalle risultanze oggettive che sono state acquisite agli atti.

Passando alla formulazione di osservazioni in punto di diritto sulla disciplina comunitaria in discussione, osserviamo che la normativa *antidumping* nasce per combattere l’elusione dei requisiti e delle condizioni sancite per l’applicazione dei trattamenti preferenziali e per la sospensione dalla debenza dei dazi, al fine di assicurare il reale rispetto del principio della concorrenza fra le imprese e della tutela dei consumatori. Il *dumping*, nello specifico, è una forma di discriminazione del prezzo di un prodotto mediante la quale i produttori vendono sul mercato estero ad un prezzo più basso di quello praticato sul mercato nazionale. Tale sistema può dar luogo ad una discriminazione “internazionale”, costituita per l’appunto dal *Dumping* stesso. L’evoluzione in atto del commercio internazionale, improntato ad un crescente liberismo economico, ha reso evidente la necessità di misure idonee a

garantire il libero gioco della concorrenza contro eventuali pratiche elusive della stessa.

Rebus sic stantibus, si deve chiarire che il regime di PA, disciplinato tra le altre norme dagli artt. 114 e ss. CDC, nonché dagli artt. 549 e ss. Reg. CE n. 2454/1993, consiste nella temporanea importazione di merci terze che entrano nel territorio della Comunità temporaneamente per essere ivi lavorate e poi riesportate verso paesi terzi come prodotti compensatori. La finalità economica dell'operazione è favorire, senza falsare la concorrenza, l'impresa comunitaria che in questo modo mette al servizio dell'operatore estero il proprio *Know-how*. La stessa dicitura "temporanea" chiarisce come l'ultimo *step* di questa operazione è la esportazione del prodotto lavorato.

Queste affermazioni trovano il loro addentellato normativo nell'art. 118 CDC (secondo cui "*L'autorità doganale stabilisce il termine entro il quale i prodotti compensatori devono essere stati esportati o riesportati o avere ricevuto un'altra destinazione doganale. Questo termine è fissato tenendo conto del tempo necessario per effettuare le operazioni di perfezionamento e lo smercio dei prodotti compensatori*") e nell'art. 551 più volte citato, a detta del quale "*il sistema della sospensione [dai diritti doganali previo deposito di idonea garanzia per gli stessi diritti gravanti sulle merci] è concesso solo quando il richiedente abbia veramente l'intenzione di riesportare fuori dal territorio doganale della Comunità i prodotti compensatori*". Ove, invece, i prodotti compensatori ricevono una destinazione doganale diversa si applicano gli artt. 121 e 122 del CDC in relazione ai quali rispettivamente "*Fermo restando l'articolo 122, quando sorga un'obbligazione doganale, l'importo della stessa è determinato in base agli elementi di tassazione in vigore per le merci d'importazione al momento dell'accettazione della dichiarazione relativa al vincolo di tali merci al regime di perfezionamento attivo*" e, ex art. 122, "*In deroga all'articolo 121, i prodotti compensatori:*

- a) sono soggetti ai dazi all'importazione loro applicabili quando:
 - sono immessi in libera pratica...;
 - b) sono soggetti ai dazi all'importazione determinati secondo le norme applicabili nel quadro del regime doganale considerato... quando siano stati vincolati ad un regime sospensivo o posti in zona franca o in deposito franco".

In questo quadro normativo vanno indicate le seguenti circostanze dotate di "gravità, precisione e concordanza":

- vi è stato un procedimento penale a carico dei responsabili della Pometon S.p.A. e della Pometon d.o.o. nel quale il G.I.P. di Trieste, nel disporre l'archiviazione del procedimento a carico del rappresentante legale della Pometon S.p.A. per *abolitio criminis*, ha ravvisato nel comportamento dell'imputato il reato di contrabbando finalizzato ad eludere il pagamento del dazio *antidumping* sul magnesio greggio importato dalla Cina;
- la società Pometon d.o.o. è stata costituita il 16 novembre 1998, nello stesso mese in cui la Comunità aveva istituito il dazio *antidumping*, vicinanza temporale, per non dire contestualità, che appare più che un semplice dettaglio;
- i prodotti compensatori sono stati riesportati verso la stessa Pometon slovena con lo stesso mezzo di trasporto con cui l'87% degli stessi è stato dopo

poche ore, un giorno al massimo, re-importato definitivamente; la merce non ha mai raggiunto lo stabilimento sloveno ma è rimasta in sosta presso l'autoporto di Sezana;

– le date delle fatture emesse dalla Pometon d.o.o., per i granuli e trucioli re-introdotti, sono anteriori a quelle emesse dalla Pometon S.p.A. all'atto della riesportazione degli stessi prodotti;

– se la Pometon S.p.A. avesse optato per l'immissione in libera pratica, il magnesio sarebbe stato assoggettato al dazio *antidumping*.

Le circostanze richiamate depongono indiscutibilmente a favore della configurazione di un'architettura fraudolenta ed elusiva la debenza dei dazi in questione; un artificio tra la Pometon italiana e la consorella slovena smascherato dall'evidenza che prima ancora di riesportare il prodotto compensatorio oggetto della lavorazione la Pometon d.o.o. aveva già venduto il prodotto al partner italiano; il tutto chiarifica come le merci erano state già cedute a terzi e che, in realtà, mai vi era stata la concreta intenzione di operare in via di importazione temporanea e di regime di PA, essendo stata messa in piedi, invece, un'operazione di elusione della normativa posta a tutela della concorrenza e dei consumatori rispetto alle pratiche di *dumping*.

In conclusione

il Governo italiano suggerisce alla Corte di rispondere ai quesiti sottoposti al suo esame affermando che: in base all'ordito normativo rappresentato dagli artt. 13 del Reg. CE n. 384/1995, 114 e ss. del CDC, nonché 202, 204, 212 e 214 dello stesso, 549 e ss. del Reg. CEE n. 2454/1993, con particolare riferimento all'art. 551 del medesimo testo, il principio di cui all'art. 13 dianzi citato sia da considerare di portata generale; come tale invocabile per sanzionare comportamenti, quale quello da cui è originata l'odierna vertenza processuale, palesemente in contrasto con la normativa comunitaria richiamata, e così correttamente interpretata, nonché con la *ratio* della stessa.

Roma, 5 luglio 2008

Avv. Giuseppe Albenzio

Cause riunite da C-175/08 a C-179/08 – Materia trattata: giustizia e affari interni – Domande di pronuncia pregiudiziale proposte dal Bundesverwaltungsgerichts (Germania) il 29 aprile 2008. Aydin Salahadin Abdulla, Kamil Hasan, Khoshnaw Abdullah, Ahmed Adem e Hamrin Mosa Rashi, Dler Jamal/ Repubblica federale di Germania. (Avvocato dello Stato G. Albenzio – AL 27547/08).

LE QUESTIONI PREGIUDIZIALI

1) *Se l'art. 11, n. 1, lett. e) della direttiva del Consiglio 29 aprile 2004, 2004/83/CE, debba essere interpretato nel senso che – a prescindere dall'art. 1, lett. c), n. 5, secondo periodo, della Convenzione sullo statuto dei rifugiati 28 luglio 1951 (Convenzione di Ginevra) – lo status di rifugiato si estingue al momento in cui venga meno il fondato timore del rifugiato stesso di essere perseguitato, ai sensi dell'art. 2, lett. c) della direttiva, in base*

al quale il riconoscimento sia stato concesso e non sussistano altri motivi di timore di persecuzione ai sensi dello stesso art. 2, lett. c).

2) In caso di soluzione negativa al quesito sub 1) se la cessazione dello status di rifugiato ai sensi dell'art. 11 n. 1, lett. e) della direttiva, presupponga inoltre che nello Stato di cui il rifugiato è cittadino:

a) sussista un soggetto che offra protezione ai sensi dell'art. 7 n. 1, della direttiva e, in tal caso, se sia al riguardo sufficiente che l'offerta di protezione sia resa possibile solo con l'ausilio di truppe multinazionali,

b) il rifugiato non sia esposto a danno grave ai sensi dell'art. 15 della direttiva, in base al quale possa beneficiare della protezione sussidiaria ai sensi del successivo art. 18, e/o,

c) le condizioni di sicurezza siano stabili e le condizioni di vita generali garantiscano i requisiti minimi di sussistenza.

3) Se, nella fattispecie in cui le precedenti circostanze, in base alle quali sia stato riconosciuto all'interessato lo status di rifugiato, siano venute meno, nuove differenti circostanze che integrino una situazione di persecuzione

a) debbano essere valutate sulla base del criterio di probabilità applicabile ai fini del riconoscimento dello status di rifugiato ovvero se nei confronti dell'interessato debba essere applicato un criterio differente,

b) debbano essere valutate in considerazione delle agevolazioni probatorie previste dall'art. 4, n. 4.

IL FATTO

L'Autorità Giudiziaria in epigrafe citata ha sollevato davanti alla Corte una questione pregiudiziale, ai sensi dell'art. 234 Tr, nell'ambito dei relativi procedimenti pendenti fra le parti come riportate e che vede il suo punto nodale nella problematica connessa all'estinzione dello *status* di rifugiato.

I ricorrenti (tutti cittadini iracheni), che hanno fatto ingresso nel periodo compreso tra il 1997 ed il 2002 in Germania ed ivi hanno chiesto asilo, hanno impugnato la revoca del riconoscimento del loro *status* di rifugiati. Nella causa C-175/08, il ricorrente, di etnia turcmena e religione sunnita, ha domandato asilo sulla base dell'asserito timore di ritorsioni, legate all'aver accolto un membro del partito Baath come reazione all'arresto del proprio fratello; sempre sulla base di motivi legati a problemi con membri del partito Baath è supportata la domanda del ricorrente, di etnia curda e religione islamica, nella causa C-179/08; nella causa C-176/08 chi domanda asilo è, invece, un soggetto di etnia araba e religione sunnita che fonda la propria richiesta sul dato di fatto che un suo cugino avrebbe nascosto nel suo domicilio documenti di un partito di opposizione vietato ed una pistola, oggetti rinvenuti nel corso di una perquisizione domiciliare; nella causa C-177/08, il ricorrente, di etnia curda e religione islamica, ha chiesto asilo nel timore, una volta rientrato nel suo paese, di subire persecuzioni di natura politica per aver sottoposto a censura il governo iracheno attraverso articoli di giornale, nella sua qualità di appartenente al PKK; infine, la richiesta dei coniugi di

religione islamica e di etnia araba (ricorrente 1) e curda (ricorrente 2), nella causa C-178/08, è fondata sulla circostanza che il ricorrente 1 è ricercato dalla polizia segreta per aver partecipato ad un partito di opposizione denominato "Hisb-AlSchaab-Al-Dimoqrati".

In tutte le controversie la revoca del riconoscimento dello *status* di rifugiato, avvenuta tra il settembre 2004 e l'ottobre 2005, è stata posta in essere in considerazione della "mutata situazione in Iraq". Successivamente i giudici amministrativi aditi hanno annullato le decisioni di revoca argomentando sulla base dell'"instabile situazione" presente nel paese di cui i ricorrenti sono cittadini. Tuttavia, a seguito dell'impugnazione proposta dalla Repubblica federale tedesca, le decisioni in prime cure sono state riformate rigettando le domande dei ricorrenti in quanto il regime dittatoriale di Saddam Hussein avrebbe oramai perso il potere militare e politico nel territorio e non sussisterebbe nemmeno la "sufficiente probabilità" di una nuova persecuzione, anche per motivi diversi; non configurandosi minacce neppure provenienti dalle forze multinazionali o dal partito curdo dell'Iraq del nord. Infatti, come si legge nella domanda di pronuncia pregiudiziale, "*per quanto attiene al ripetersi di attacchi terroristici ed alla prosecuzione di aperti combattimenti tra forze di opposizione militanti e forze di sicurezza regolari nonché truppe della coalizione, non si ravviserebbe in tali eventi alcun elemento rilevante ai fini del sorgere del diritto all'asilo dei ricorrenti... Pericoli di carattere generico esulerebbero... dall'ambito di tutela... dell'art. 1, lett. c), n. 5 della Convenzione di Ginevra*". Ricorrendo per Cassazione, poi, i ricorrenti hanno dedotto che provvedimenti di revoca risulterebbero in contrasto con la direttiva 2004/83/CE, nonché con l'art. 1, lett. c), della Convenzione sullo statuto dei rifugiati.

LA POSIZIONE DEL GOVERNO ITALIANO

Riteniamo utile premettere, per nostra memoria e completezza di esposizione, alcune brevi notazioni sulle fonti normative richiamate nella domanda di pronuncia pregiudiziale. La Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 sullo statuto dei rifugiati, ratificata dall'Italia con legge 24 luglio 1954 n. 722, ha costituito un importante sviluppo del processo avviato dalla Società delle Nazioni negli anni Venti; erano state, infatti, le inedite dimensioni assunte dalla prima guerra mondiale e le sue devastanti conseguenze sulla popolazione civile a sollecitare la nuova istituzione internazionale a dotarsi di un corpo di leggi specifico per i rifugiati. L'Europa era stata poi ancora profondamente ed ulteriormente segnata, materialmente e moralmente, dalla seconda guerra mondiale; milioni di persone erano prive di un alloggio e spesso anche di cittadinanza, a causa degli scontri politici, religiosi ed etnici che avevano accompagnato la guerra. Il timore dello scoppio di nuove tensioni tra gli stati europei indusse le Nazioni Unite a istituire nel dicembre del 1950 l'Alto commissariato delle NU per i rifugiati (UNHCR), che iniziò a operare il 1° gennaio del 1951; l'atto istitutivo fu basato sulle libertà e sui diritti fondamentali stabiliti dalla Carta delle Nazioni Unite e dalla Dichia-

razione universale dei diritti umani da poco approvata (10 dicembre 1948); di conseguenza, la Convenzione riconobbe ai rifugiati non solo il diritto all'asilo e all'assistenza ma, anche, quello al lavoro, all'istruzione, alla professione di fede, all'associazione, al possesso di documenti e ad adire i tribunali dei Paesi ospiti; la Convenzione stabilì altresì i doveri del rifugiato, tra i quali il rispetto delle leggi dello stato ospite. Inizialmente concepita per fronteggiare la grave situazione europea causata dagli "avvenimenti anteriori al 1° gennaio 1951", la Convenzione venne modificata con il Protocollo di New York del 1967, che abolì i riferimenti temporali e geografici contenuti nel documento originale, estendendone il raggio d'azione.

La direttiva 2004/83/CE "Recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta", dal canto suo, ha disciplinato in maniera organica i profili della suddetta protezione e nei suoi considerando ha affermato che "*Il Consiglio europeo... ha convenuto di lavorare all'istituzione di un regime europeo comune in materia di asilo basato sull'applicazione... della convenzione di Ginevra ...e di garantire in tal modo che nessuno sia nuovamente esposto alla persecuzione, in ottemperanza al principio di non refoulement (divieto di rimpatrio a rischio persecuzione)*" [considerando n. 2] e che "*i familiari, semplicemente per la loro relazione con il rifugiato, sono di norma esposti ad atti di persecuzione al punto che questo aspetto potrebbe costituire la base per beneficiare dello status di rifugiato*" [considerando n. 27].

Da queste disposizioni e dalla loro *ratio* emerge l'importanza, nella materia in cui si versa, dell'individuazione della reale portata del *fumus persecutionis*, nonché della relatività di elementi che seppur indiziari vanno concretamente supportati.

Il Governo italiano, riguardo ai quesiti formulati dal giudice remittente, ritiene di dover intervenire nel presente giudizio, data la centralità delle questioni di diritto che ineriscono allo "*status* di rifugiato" e le odierne problematiche connesse alle dimensioni patologiche dei fenomeni di immigrazione.

La domanda pregiudiziale muove, ai fini della sua puntale definizione, dal "nodo interpretativo" relativo alla cessazione o estinzione dello "*status* di rifugiato". Il dubbio, come espresso dall'autorità giudiziaria tedesca, sembra insinuarsi nell'esatto portato delle condizioni legittimanti il processo inverso al riconoscimento dello *status* medesimo; a tal proposito le incertezze si estendono, inoltre, alla comprensione delle modalità di valutazione di eventuali nuove circostanze che escludano o legittimino detto *status*. La mancanza di chiarezza a riguardo deriverebbe, secondo ciò di cui si ha contezza, dalla eccessiva ampiezza e genericità del disposto dell'art. 11, n. 1 lett. e) della direttiva del Consiglio 2004/83/CE (d'ora in avanti per brevità la direttiva), ove si afferma che "*un cittadino di un paese terzo o un apolide cessa di essere un rifugiato qualora: ... e) non possa più rinunciare alla protezione del paese di cui ha la cittadinanza, perché sono venute meno le circostanze che hanno determinato il riconoscimento dello status di rifugiato*".

In proposito, si rileva che il legislatore italiano ha dato piena attuazione al richiamato art. 11 della direttiva con il decreto legislativo 19 novembre 2007 n. 251, il cui art. 9 ha specificato che: *“non devono sussistere gravi motivi umanitari che impediscono il ritorno nel Paese di origine”* (comma 2) e che la cessazione della qualifica di rifugiato deve essere dichiarata *“sulla base di una valutazione individuale della situazione personale dello straniero”* (comma 3).

La giurisprudenza nazionale nella materia risulta orientata nello stesso senso del Legislatore, secondo quanto si passa ad esporre, dando contezza di rilievi e valutazioni che potranno essere utili per la pronuncia pregiudiziale.

Sulla questione se lo *status* di rifugiato si estingua al venir meno del *“fondato timore”* di subire delle persecuzioni o del timore concernente altri motivi in tale direzione orientati, la Corte di Cassazione si è così espressa: – sez. I civile, 20 dicembre 2007, n. 26822 – *“il ricorso al “notorio” non può sostituire la ricerca di un sostegno probatorio adeguato alla prospettazione attorea relativa alla persecuzione di una intera minoranza etnica da parte di uno Stato extraeuropeo e, dall’altro canto, la persecuzione rilevante ai fini del riconoscimento dello status è quella che specificamente può coinvolgere il singolo richiedente. E si tratta di considerazioni del tutto in linea con i principi espressi da questa Corte in ripetute pronunzie (Cass. 25028.05 - 18353.06 -18941.06 -19930.07 - cfr. anche 16417.07) alla stregua delle quali deve essere ribadito che la situazione persecutoria rilevante ai fini in disamina è quella di chi, per l’appartenenza ad etnia, associazione, credo politico o religioso ovvero in ragione delle proprie tendenze o stili di vita rischi verosimilmente, nel paese di origine o provenienza, di essere esposto a specifiche misure sanzionatorie (penali, amministrative, materiali) a carico della sua integrità fisica o libertà personale. La valutazione demandata quindi al Giudice del merito, adito in opposizione al diniego frapposto alla domanda dalla competente Commissione, si deve fondare sulla verifica della ricorrenza di entrambi i dati oggettivi (attinta anche in via di ragionamenti inferenziali), quello afferente la condizione socio politica normativa del Paese di provenienza e quella relativa alla singola posizione del richiedente (esposto a rischio concreto di sanzioni), senza poter ricavare sillogisticamente ed automaticamente dalla prima la seconda (non ogni appartenente ad una minoranza discriminata essendo automaticamente un perseguitato)”*; – sez. I civile, 2 dicembre 2005, n. 26278 – *“In base alla convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951, ratificata in Italia con l. 24 luglio 1954 n. 722, lo “status” di rifugiato deve essere riconosciuto qualora lo straniero abbia subito la violazione di diritti umani fondamentali sanciti da documenti internazionali o abbia il fondato timore di essere personalmente perseguitato nel Paese di origine. Pertanto, pur potendosi ammettere che l’onere della prova dei requisiti fondanti lo “status” di rifugiato sia da valutare con minor rigore, poiché tanto più grave risulta la persecuzione tanto minore è la possibilità per lo straniero di fornirla, chi intende chiedere il riconoscimento del predetto “status” deve provare il pericolo cui andrebbe incontro con il rimpatrio, con precisi riferimenti all’effettività e all’attualità del rischio, non*

essendo all'uopo sufficienti le dichiarazioni dell'interessato, le attestazioni provenienti da terzi estranei al giudizio (in difetto di altri elementi di prova atti a suffragare le risultanze promananti da detti scritti), il riferimento a situazioni politico-economiche di dissesto del Paese di origine o a persecuzioni nei confronti di non specificate etnie di appartenenza ovvero il richiamo al fatto notorio, non accompagnato dall'indicazione di specifiche circostanze riguardanti direttamente il richiedente”.

Secondo il Consiglio di Stato: – sez. Atti norm., 19 aprile 2004, n. 200 – *“Le categorie dei rifugiati e dei richiedenti asilo politico non sono del tutto sovrapponibili: il rifugiato versa in una situazione di fondato timore di persecuzione che può non coincidere con quella del richiedente asilo, per il quale l'art. 10 comma 3 Cost., indica come requisito la circostanza che allo straniero sia impedito, nel suo paese, l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana. Per contro, le due categorie sono unitariamente disciplinate, giacché il precetto costituzionale accorda ad entrambe una piena tutela, per il tramite di una figura giuridica riconducibile alla categoria degli “status” e dei diritti soggettivi”*; – sez. IV, 7 maggio 1998, n. 779 – *“Lo “status di rifugiato” politico non può essere riconosciuto ai sensi della convenzione di Ginevra in mancanza di prova certa circa l'effettività di un rischio attuale per la propria libertà ed incolumità, che possa derivare dal ritorno in patria”*; – sez. IV, 10 marzo 1998, n. 405 – *“La scelta della Commissione centrale circa la concedibilità o meno dello status di rifugiato si traduce in un provvedimento amministrativo, la cui motivazione deve essere congrua e logica e deve dar conto delle risultanze dell'istruttoria esperita, al fine di accertare la situazione personale di fatto del richiedente nel suo Paese di origine, avuto particolare riguardo alle variazioni delle condizioni politico-istituzionali, di sicurezza pubblica e di vivibilità democratica”.*

Le decisioni appena menzionate evidenziano che i presupposti su cui si basano lo stato di rifugiato e il diritto di asilo sono diversi: secondo la Convenzione di Ginevra del 1951, infatti, fattore determinante del rifugio è il fondato timore dello straniero di essere direttamente perseguitato nel suo Paese di origine in ragione di idee, fede, religione, razza, non essendo sufficiente una persecuzione generalizzata, come sarebbe quella che coinvolgesse intere etnie o gruppi di popolazione, dovendo trattarsi di persecuzione personale verso chi chiede il riconoscimento.

Si può aggiungere che i rifugiati costituiscono «apolidi di fatto» perché, in fatto, non godono la protezione del proprio Stato e, normalmente, non la desiderano, pur avendone la cittadinanza. Non così per il richiedente asilo, in quanto presupposto per il riconoscimento di detto diritto è l'impedimento nel Paese di origine dell'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite costituzionalmente (art. 10 comma 3, Costituzione italiana). La categoria dei rifugiati politici è meno ampia di quella degli aventi diritto di asilo e a questi viene solo garantito l'ingresso nello Stato, mentre il rifugiato politico riconosciuto consegue uno *status* di migliore favore secondo la Convenzione di Ginevra.

Da quanto esposto deriva, inoltre, che non sussistono i presupposti validi per conseguire il riconoscimento dello *status* di rifugiato quando lo straniero adduce la persecuzione ad opera di esponenti dell'amministrazione del proprio Stato facente capo ad un governo smantellato dal mutato regime, come in sostanza accade nelle fattispecie all'esame del giudice remittente, ove è stato ritenuto che gli esponenti della precedente amministrazione politica irachena non potessero più attuare la temuta persecuzione.

La risposta ai quesiti posti deve, quindi, basarsi sulla considerazione che l'estinzione dello *status* di rifugiato deve conseguire ad un processo che sia precipuamente inverso rispetto a quello che conduce al riconoscimento dello *status* medesimo e la disposizione di cui all'art. 11 n.1, lett. e), della direttiva deve essere interpretata ed applicata nel senso che l'interessato deve provare il pericolo cui andrebbe incontro con il rimpatrio, con precisi riferimenti all'effettività e all'attualità del rischio, non essendo all'uopo sufficienti mere dichiarazioni o le attestazioni provenienti da terzi estranei al giudizio (in difetto di altri elementi di prova atti a suffragare le risultanze promananti da detti scritti) né il riferimento a situazioni politico-economiche di dissesto del Paese di origine o a persecuzioni nei confronti di non specificate etnie di appartenenza ovvero il richiamo al fatto notorio, non accompagnato dall'indicazione di specifiche circostanze riguardanti direttamente il richiedente (cfr. Cassazione civile, sez. I, 2 dicembre 2005, n. 26278, sopra citata).

Peraltro, data la delicatezza dei profili che si toccano e che attengono al rispetto dei diritti e della dignità umana, l'indagine del Giudice deve essere concreta, effettiva ed attuale, e deve tener conto della nozione degli "atti di persecuzione" secondo l'art. 9 della direttiva: "*Gli atti di persecuzione ai sensi dell'articolo 1A della convenzione di Ginevra devono: a) essere sufficientemente gravi, per loro natura o frequenza, da rappresentare una violazione grave dei diritti umani fondamentali, in particolare dei diritti per cui qualsiasi deroga è esclusa a norma dell'articolo 15, paragrafo 2, della convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; oppure b) costituire la somma di diverse misure, tra cui violazioni dei diritti umani, il cui impatto sia sufficientemente grave da esercitare sulla persona un effetto analogo a quello di cui alla lettera a)*".

Non possono, quindi, costituire motivi adeguati a giustificare una revoca dello *status* "*la generica gravità della situazione politica economica e la stessa mancanza dell'esercizio delle libertà democratiche, ...di per sé non sufficienti a costituire i presupposti per il riconoscimento dello "status" di rifugiato, essendo necessario che la specifica situazione soggettiva del richiedente, in rapporto alle caratteristiche oggettive nel paese, facciano ritenere un pericolo per l'incolumità della persona*" (così T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 9 ottobre 2003, n. 4527).

Il *fumus persecutionis*, il fondato timore di subire una persecuzione, personalmente e singolarmente considerata, costituisce il vero *discrimen* in grado di legittimare il riconoscimento dello *status* in questione; in ossequio a quanto disposto dall'art. 11, n. 2 della direttiva [*"Ai fini dell'applicazione delle lettere e) e f) del paragrafo 1, gli Stati membri esaminano se il cambia-*

mento delle circostanze ha un significato e una natura non temporanea tali da eliminare il fondato timore di persecuzioni”] la valutazione va condotta su due binari, quello della condizione oggettiva del paese dal quale ci si rifugia e quella soggettiva del cittadino o dell’apolide che chiede rifugio, sulla base della probabilità effettiva della persecuzione, concretata in una potenzialità che non rimanga generica o collegata a contesti di calamità naturale o dissesto politico.

Da ciò consegue che non possono rilevare situazioni legate alla sussistenza o meno di un governo pienamente funzionante o di strutture fondamentali dell’amministrazione od anche di adeguate infrastrutture e che, al contrario, possono rilevare situazioni di “protezione” equipollenti quali quelle di protezione internazionale e quasi-statale (ad esempio un’entità governativa locale, pur embrionale ma supportata nel suo sviluppo a seguito di un mutamento di regime da forze multinazionali come quelle di *peace-keeping*), giusto quanto disposto dall’art. 1, lett. c) n. 5 della Convenzione di Ginevra, il quale prevede che una persona non possa più fruire della Convenzione stessa “*se, cessate le circostanze in base alle quali è stata riconosciuta come rifugiato, essa non può continuare a rifiutare di domandare la protezione dello Stato di cui ha la cittadinanza*”.

Ai fini della verifica della “protezione” disponibile per il rifugiato occorre, poi, tener conto che una persona esposta ad un “danno grave” come definito dall’art. 15 della direttiva, può accedere alla “protezione sussidiaria” di cui agli artt. 18 e ss. della medesima; questa forma di tutela costituisce, tuttavia, forma di protezione autonoma, sistematicamente collocata in un capo a parte (il VI) tanto che, come si legge nell’art. 20 n. 2 della direttiva, “*le disposizioni del presente capo si applicano sia ai rifugiati sia alle persone ammissibili a beneficiare della protezione sussidiaria*”, a dare evidenza della diversità delle due fattispecie.

Ultimo profilo fatto oggetto di rinvio risulta essere quello relativo a come valutare, ai fini dell’estinzione dello *status* di rifugiato, l’emersione di nuove circostanze potenzialmente “a rischio persecuzione”; se le stesse cioè vadano esaminate attraverso lo stesso criterio di probabilità applicabile in sede di riconoscimento dello statuto di rifugiato e con le agevolazioni probatorie di cui all’art. 4 n. 4 della direttiva, il quale recita “*Il fatto che un richiedente abbia già subito persecuzioni o danni gravi o minacce dirette di siffatte persecuzioni o danni costituisce un serio indizio della fondatezza del timore del richiedente di subire persecuzioni o del rischio effettivo di subire danni gravi, a meno che vi siano buoni motivi per ritenere che tali persecuzioni o danni gravi non si ripeteranno*”.

Su questo punto non possiamo concordare con le valutazioni espresse dall’Autorità giudiziaria tedesca; in particolare, sembra più rispondente alla finalità della normativa in materia ritenere, quanto all’applicazione del criterio di probabilità effettiva, o del *real risk*, che sicuramente le circostanze nuove e difformi vanno valutate sempre con il metro del “fondato timore di persecuzione”; quanto poi all’agevolazione probatoria di cui all’art. 4 cit., essa non sembra sia da limitare alla sola ipotesi in cui sussista un nesso tra

le nuove circostanze e quelle che hanno legittimato la concessione dello *status*; non solamente per un *favor* nei confronti del soggetto che chiede tutela ma per una applicazione puntuale della disposizione [“*Il fatto che un richiedente abbia già subito persecuzioni o danni gravi o minacce dirette di siffatte persecuzioni o danni costituisce un serio indizio della fondatezza del timore del richiedente di subire persecuzioni o del rischio effettivo di subire danni gravi*”]: nel caso, infatti, in cui la persona abbia subito persecuzioni o gravi danni questo costituisce un indizio ai fini della sussistenza di un fondato timore, anche se successivamente mutano le circostanze di fatto; al contrario, nel caso di minacce, essendo le stesse letteralmente agganciate a “siffatte persecuzioni” (vale a dire a quelle già subite), ciò vuol dire che il venir meno della minaccia o il persistere della stessa va valutato in relazione a quella stessa persecuzione che si è subita e sulla quale la minaccia insiste, non ad altra.

In conclusione

il Governo italiano suggerisce alla Corte di rispondere ai quesiti sottoposti al suo esame affermando: – che lo *status* di rifugiato si estingue al venir meno del “fondato timore” di essere perseguitato, valutando concretamente anche l’eventuale emersione di nuove circostanze legittimanti il medesimo timore; – che il soggetto che offra protezione ai sensi dell’art. 7, n. 1 della direttiva può configurarsi anche come quasi-statale, dunque supportato nell’esercizio del potere politico-territoriale anche da truppe multinazionali; – che il soggetto del quale si predica la revoca dello *status* non sia esposto a danno grave, per la quale ipotesi vi è specifica e differente disciplina; – che non rilevano, ai fini della revoca dello *status* in questione ed in assoluto, neppure la stabilità delle condizioni di sicurezza del paese e di vita della persona; – che le possibili nuove circostanze, potenzialmente capaci di integrare una situazione di persecuzione, devono essere valutate con il criterio della “possibilità effettiva” e con l’agevolazione probatoria di cui all’art. 4, n. 4 della direttiva; fatta eccezione per l’ipotesi delle minacce per le quali è necessario un nesso con le persecuzioni già subite, stante la lettera della norma (“*minacce dirette di siffatte persecuzioni*”).

Roma, 23 agosto 2008

Avv. Giuseppe Albenzio

Causa C-196/08 – Materia trattata: libera prestazione dei servizi – Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale amministrativo Regionale per la Sicilia (Italia) il 14 maggio 2008 – Acoset SpA/Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa e a. (Avvocato dello Stato G. Fiengo – AL 26740/08).

LA QUESTIONE PREGIUDIZIALE

Se è conforme al diritto comunitario, in particolare agli obblighi di trasparenza e libera concorrenza di cui agli articoli 43, 49 e 86 del Trattato, un modello di società mista pubblico-privata costituita appositamente per l’e-

spletamento di un determinato servizio pubblico di rilevanza industriale e con oggetto sociale esclusivo, che sia direttamente affidataria del servizio in questione, nella quale il socio privato con natura 'industriale' ed 'operativa', sia selezionato mediante una procedura di evidenza pubblica, previa verifica sia dei requisiti finanziari e tecnici che di quelli propriamente operativi e gestionali riferiti al servizio da svolgere e alle prestazioni specifiche da fornire.

LA POSIZIONE DEL GOVERNO ITALIANO

La questione posta dal Tar per la Sicilia si pone – com'è dato comprendere dall'ordinanza di rinvio – in relazione all'organizzazione del servizio idrico integrato nella provincia di Ragusa. Si tratta di tutta evidenza dell'affidamento di un pubblico servizio attraverso concessione trentennale, nella quale non rilevano tanto le normative specifiche sugli appalti di pubblici servizi quanto i principi generali che si ricavano dagli articoli 43, 49 e 86 del Trattato. Il principale corrispettivo della concessione è nella possibilità di richiedere agli utenti la tariffa idrica che la procedura di gara individua come compensativa del servizio reso.

Ulteriore aspetto che la difesa erariale intende mettere in evidenza è che in siffatta fattispecie non si è propriamente nell'ambito dell'*in house providing*, quanto piuttosto nell'ambito del tema, ugualmente affrontato dagli organi della Comunità, del cosiddetto *partenariato pubblico/privato*: l'ATO ritiene di poter gestire ed intende gestire in forma pubblica (attraverso una società ad obbligatoria prevalenza di capitale pubblico) il servizio idrico integrato nella provincia di Ragusa, ma non possiede integralmente nel suo interno le capacità tecniche ed operative per condurre in via esclusiva il servizio richiesto. La società mista è lo strumento che consente alle singole amministrazioni associate nell'ATO di "*autoprodurre, sia pure in parte*" il servizio.

La società mista a prevalente (ed obbligatoria) partecipazione pubblica viene costituita *al solo scopo di gestire quel servizio pubblico*, non può sottrarsi a tale compito e alla fine della *missione* viene sciolta. La finalità per la quale la struttura viene costituita non ha quindi carattere industriale e commerciale e quindi non costituisce, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, neppure un "*organismo di diritto pubblico*"; nondimeno lo statuto della società ed il disciplinare di gara prevedono che si ricorra alle regole dell'evidenza pubblica ogniqualvolta la società mista debba richiedere a terzi dei servizi, lavori o forniture.

La scelta del socio di minoranza avviene attraverso una gara (europea) ad evidenza pubblica nella quale sono analiticamente indicati tutti gli obblighi del futuro concessionario, i lavori da svolgere nel trentennio e le regole cui la prestazione del servizio deve essere svolta. L'offerta di gara, per acquisire il 49% della partecipazione alla società affidataria del servizio, precisa, attraverso l'indicazione analitica delle voci di tariffa, la posizione di vantaggio che il privato va ad acquisire nel diventare partner degli enti pubblici associati.

La Repubblica Italiana ritiene compatibile con il diritto comunitario che una gara individui *contestualmente* l'oggetto (specifico) della concessione di un pubblico servizio ad una società mista e l'ingresso in tale compagine societaria di un imprenditore privato, che diviene socio di minoranza tecnico/operativo. Tale orientamento è confermato dalla recente comunicazione interpretativa della Commissione delle Comunità Europee del 5 febbraio 2008. La Commissione stabilisce che *“per costituire un PPPI in modo conforme ai principi del diritto comunitario evitando nel contempo i problemi connessi ad una duplice procedura si può procedere nel modo seguente: il partner privato è selezionato nell'ambito di una procedura trasparente e concorrenziale, che ha per oggetto sia l'appalto pubblico o la concessione da aggiudicare all'entità a capitale misto, sia il contributo operativo del partner privato all'esecuzione di tali prestazioni e/o il suo contributo amministrativo alla gestione dell'entità a capitale misto. La selezione del partner privato è accompagnata dalla costituzione del PPPI e dall'aggiudicazione dell'appalto pubblico o della concessione all'entità a capitale misto”*. Al di fuori di tale ipotesi il partenariato pubblico privato resterebbe escluso dalla gestione dei pubblici servizi in quanto il successivo affidamento del servizio alla società mista troverebbe un ostacolo insormontabile negli angusti limiti cui la giurisprudenza comunitaria ha ristretto *l'in house providing* (Vedi peraltro, in senso più aperto, le recenti sentenze in C-371/05 *Commissione c/Repubblica Italiana* e in C-295/05 *Asemfo c/Tragsa e Spagna*).

Unico problema sul quale va appuntata l'attenzione della Corte è – ad avviso della difesa erariale – quello del cosiddetto *“ius variandi”*, ovverosia il potere degli enti concedenti (i comuni associati nella società mista, e la stessa ATO) di poter apportare variazioni nella gestione dei pubblici servizi per inderogabili sopravvenienze d'interesse pubblico. Tale potere è diffuso in tutti gli ordinamenti nazionali e di norma comporta una sorta di indennizzo a favore del soggetto privato che vede modificato in tutto o in parte il suo titolo concessorio. In proposito la Commissione nella soprarichiamata comunicazione sostiene che *“...essendo in genere costituito per la prestazione di un servizio nell'arco di un periodo di tempo abbastanza lungo, il PPPI deve essere in grado di adattarsi ad alcune variazioni intervenute nel contesto economico, giuridico o tecnico. Le disposizioni comunitarie in materia di appalti pubblici e concessioni non impediscono di tener conto di queste variazioni, purché siano rispettati il principio di parità di trattamento e il principio di trasparenza. Di conseguenza, qualora l'autorità aggiudicatrice desideri, per ragioni precise, avere la possibilità di modificare determinate condizioni dell'appalto dopo la scelta dell'aggiudicatario, dovrà prevedere espressamente tale possibilità di adeguamento, così come le sue modalità di applicazione, nel bando di gara o nel capitolato d'onere e delimitare l'ambito all'interno del quale la procedura deve svolgersi, cosicché tutte le imprese interessate a partecipare all'appalto ne siano a conoscenza fin dall'inizio e si trovino pertanto su un piede di parità nel momento della formulazione dell'offerta”*.

In tale contesto si comprende la ragione di una clausola e/o patto parasociale, inserito nel disciplinare di gara e richiamato anche nell'ordinanza di

rimessione del TAR per la Sicilia, a norma del quale in caso di “*f) nell’eventualità che, nell’esercizio delle proprie prerogative, i competenti organi deliberassero di collocare in Borsa una parte delle azioni possedute dal Socio pubblico, riconoscimento al Socio di minoranza del 50% della plusvalenza rispetto al valore nominale conseguita col collocamento in Borsa al netto degli oneri fiscali*”. Tale disposizione in realtà presuppone lo scioglimento della società mista e il venir meno della concessione trentennale del servizio idrico integrato, restando fermo a forza di statuto che la società stessa deve essere a “*partecipazione pubblica maggioritaria*” (art. 1 dello Statuto).

** ** *

Tanto premesso il Governo della Repubblica Italiana ritiene che codesta Ecc.ma Corte di Giustizia possa rispondere al quesito nel senso che “*è conforme al diritto comunitario, in particolare agli obblighi di trasparenza e libera concorrenza di cui agli articoli 43, 49 e 86 del Trattato, un modello di società mista pubblico-privata costituita appositamente per l’espletamento di un determinato servizio pubblico di rilevanza industriale e con oggetto sociale esclusivo, nella quale il socio privato con natura ‘industriale’ ed ‘operativa’, sia contestualmente selezionato mediante una procedura di evidenza pubblica, previa verifica sia dei requisiti finanziari e tecnici che di quelli propriamente operativi e gestionali riferiti al servizio da svolgere e alle prestazioni specifiche da fornire. Resta di competenza del giudice nazionale la verifica in concreto che l’oggetto degli affidamenti (dei servizi, lavori od altro) el’ambito dei poteri del socio privato siano specificatamente ed analiticamente predefiniti in sede di bando di gara*”.

Roma, 5 agosto 2008

Avv. Giuseppe Fiengo

Causa C-218/08 – Materia trattata: ambiente e consumatori – Ricorso presentato il 22 maggio 2008 – Commissione delle Comunità europee/ Repubblica italiana. (Avvocato dello Stato G. Fiengo – AL 22424/08).

LE CONCLUSIONI DELLA COMMISSIONE

Constatare che la Repubblica italiana, non avendo predisposto piani di emergenza esterni per tutti gli stabilimenti, per i quali questi piani sono richiesti, è venuta meno agli obblighi imposti dall’art. 11, paragrafo 1, lettera c) della direttiva 96/82/CE del Consiglio, del 9 dicembre 1996, sul controllo dei pericoli di incidenti rilevanti connessi con determinate sostanze pericolose, come modificata dalla direttiva 2003/105/CE.

Condannare la Repubblica italiana al pagamento delle spese di giudizio.

IL CONTRORICORSO DEL GOVERNO ITALIANO

Nel costituirsi nel presente giudizio la Repubblica Italiana intende mettere in luce come l’elaborazione della pianificazione di emergenza esterna per gli stabilimenti industriali a rischio di incidente rilevante, il cui ritardo

viene contestato dalla Commissione con il presente ricorso, abbia scontato in fase di avvio la difficoltà del trasferimento delle competenze amministrative alle Regioni ai sensi dell'art. 72 del decreto legislativo n. 112/98. Tale disposizione subordinava il passaggio di dette funzioni ad una serie di condizioni che ancora oggi non sono state ancora pienamente realizzate: adozione di specifica normativa regionale finalizzata a raccordare i vari soggetti incaricati dell'istruttoria e a garantire la sicurezza del territorio e della popolazione; attivazione delle Agenzie Regionali di Protezione dell'Ambiente; stipula di un accordo di Programma Stato-Regioni per la verifica dei presupposti per lo svolgimento delle funzioni.

In tale contesto il legislatore nazionale, con l'art. 20 del decreto legislativo n. 334/99, aveva previsto che sino alla piena attuazione dell'art. 72 del Decreto Legislativo n. 112/98: *“il Prefetto, d'intesa con le regioni e gli enti locali interessati, previa consultazione della popolazione, e nell'ambito delle disponibilità finanziarie previste a legislazione vigente, predisporre il piano di emergenza esterna e ne coordina l'attuazione”*. Le oggettive difficoltà di ordine gestionale legate a tale impegno, di carattere chiaramente surrogatorio, appaiono ancor più evidenti se si guarda il vigente assetto di competenze in materia di protezione civile che vede come principali riferimenti gli enti locali e le regioni e solo in via sussidiaria o in specifici ambiti il livello di governo centrale.

Nondimeno – anche in concomitanza con l'avvio da parte della Commissione della procedura d'infrazione – gli adempimenti sono stati completati e la Commissione è stata edotta a più riprese dello “stato di avanzamento delle attività”. La procedura contenziosa, che precede il giudizio di inadempimento innanzi alla Corte di Giustizia ha raggiunto pienamente il suo scopo e la sentenza che dovesse intervenire si limiterà necessariamente a dichiarare un inadempimento che oramai non sussiste.

Questi i fatti.

Il Ministero dell'Interno, Dipartimento dei Vigili del Fuoco, del Soccorso Pubblico e della Difesa Civile, è intervenuto con circolare n.1347-028/S(22), in data 4 settembre 2007, diretta ai Prefetti, ribadendo innanzitutto come la predisposizione, il riesame, la sperimentazione e, se necessario, l'aggiornamento dei piani di emergenza esterni per gli stabilimenti a rischio di incidente rilevante nonché, in caso di evento, l'attivazione delle procedure di cui all'articolo 24, co. 2, del decreto legislativo n. 334 del 17 agosto 1999, rientrassero a diritto vigente nelle materie di competenza del Prefetto.

È stata, pertanto, richiamata l'attenzione dei Prefetti stessi sulla procedura d'infrazione avviata nei confronti dell'Italia a causa della non corretta applicazione della direttiva 96/82/CE sul controllo dei pericoli di incidenti connessi con determinate sostanze pericolose e sulla conseguente necessità che venisse adottata, con urgenza, ogni utile iniziativa ai fini del completamento della pianificazione d'emergenza esterna su tutto il territorio nazionale. Inoltre, per disporre di più esaurienti elementi informativi nel settore, sono stati richiesti puntuali ed aggiornati dati sullo stato delle pianificazioni in argomento nel territorio di rispettiva competenza, nonché notizie su even-

tuali difficoltà di ordine gestionale, procedurale, tecnico o finanziario di ostacolo all'assolvimento dell'adempimento in parola.

Contestualmente è stato promosso, nell'ambito del Tavolo Tecnico per la definizione dell'accordo – quadro fra Governo e Regioni per il trasferimento alle stesse delle competenze amministrative relative alle attività a rischio di incidente rilevante (presso l'Ufficio per il Federalismo Amministrativo della Presidenza del Consiglio dei Ministri), l'inserimento della seguente disposizione finalizzata a realizzare una maggiore collaborazione fra Stato e Regioni: *“Nelle more del conferimento delle funzioni di cui al presente accordo, il Ministero dell'Interno e le Regioni e le Province autonome si impegnano, altresì, a definire ogni utile raccordo e modalità di collaborazione per la più rapida ed efficace elaborazione della pianificazione delle emergenze. Detta collaborazione sarà attivata in sede di tavoli tecnici promossi e coordinati dai Prefetti”*.

Alla fine del 2007, in risposta al parere motivato n. C(2007)4876 del 17 ottobre 2007, la Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento delle Politiche Comunitarie – con nota del 21 dicembre 2007, prot. DCPC-0011225-24/12/2007-2.36.4.19, comunicò alla Commissione, sulla base dei dati acquisiti dalle Prefetture, confrontati con le informazioni in possesso del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare e del Dipartimento della Protezione Civile, la seguente situazione: *“su 537 stabilimenti esistenti in Italia ai quali si applica l'art. 9 della direttiva 96/82/CE (dato fornito ed aggiornato dal Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare al 31 ottobre 2007), sono risultati n. 394 piani di emergenza esterna redatti ed approvati (pari al 73%) ed ulteriori 40 piani in fase di avanzata redazione per una percentuale complessiva pari all'81%”*.

Rispetto ai dati precedentemente forniti alla Commissione Europea, occorre evidenziare che con l'entrata in vigore del D.lgs. 21 settembre 2005, n. 238, che ha modificato il D.lgs. 17 agosto 1999, n.334, sono risultate incluse nel campo di applicazione del predetto art. 9 della direttiva 96/82/CE (corrispondente all'art. 8 del decreto legislativo n. 334/99) nuove attività soggette alla presentazione del rapporto di sicurezza in conseguenza delle modifiche apportate all'allegato I (ad esempio, le sostanze esplosive), mentre altre, già incluse, sono state espunte.

In detta nota, viene altresì rappresentata l'intensa attività profusa dal Ministero dell'Interno – Dipartimento dei Vigili del Fuoco, del Soccorso Pubblico e della Difesa Civile – e la valenza dell'impegno preso, unitamente alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della Protezione Civile, ed al Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, di conseguire entro il termine del 30 giugno 2008 il completamento della predetta pianificazione d'emergenza esterna, corrispondendo così alle sollecitazioni della Commissione Europea.

In linea con l'impegno preso, sin dall'inizio del 2008, vengono pertanto realizzate le seguenti attività:

– i Direttori Regionali ed Interregionali dei Vigili del Fuoco vengono sollecitati a continuare a fornire il loro indispensabile supporto alle Prefetture, sia

nel corso di svariati incontri tenutisi presso il Dipartimento dei Vigili del Fuoco del Soccorso Pubblico e della Difesa Civile, sia con circolare n. DCPST/A4/RS/108, in data 15 gennaio 2008, dell'Area Rischi Industriali del predetto Dipartimento;

– le Prefetture capoluogo di regione sono sensibilizzate per ogni utile iniziativa di coordinamento da attuare in ciascuna regione finalizzata al completamento della predetta pianificazione entro il 30 giugno 2008 con circolare n. 33-028/S(22), in data 21 gennaio 2008, nonché in occasione di incontri che si sono tenuti presso il Dipartimento dei VVF; tale coordinamento si è rivelato efficace consentendo finalmente un monitoraggio esteso all'intero territorio nazionale ed una gestione mirata delle situazioni di maggiore criticità;

– il Dipartimento per le Politiche Comunitarie sollecita ulteriormente le Regioni a fornire la massima collaborazione alle Prefetture ed a tal fine in data 3 marzo 2008 tiene apposito incontro con i predetti Enti;

– il coordinamento operativo effettuato dal Dipartimento della Protezione Civile si svolge in particolare nell'ambito dell'apposito Tavolo Tecnico interministeriale istituito presso il predetto Dipartimento, ove realizza quattro incontri con i funzionari responsabili del settore della Protezione Civile delle Prefetture capoluogo di regione e delle relative Regioni. Attraverso tali incontri si condividono le esperienze maturate, si forniscono ulteriori indicazioni, si trovano soluzioni in presenza di situazioni di difficoltà;

– il monitoraggio degli stabilimenti riconducibili alla disciplina di cui all'art. 8 del decreto legislativo 334/1999 e delle relative pianificazioni di emergenza esterne è gestito in maniera coordinata e sinergica mantenendo come riferimento la banca dati del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare che opera i necessari aggiornamenti in caso di accertamento di una diversa disciplina cui assoggettare i vari stabilimenti.

Tale monitoraggio ha consentito dunque di pervenire ad una quantificazione condivisa delle industrie a rischio incidente rilevante assoggettate alla disciplina di cui all'art. 8 del decreto legislativo n.334/99 e pari a 509 stabilimenti. Rispetto al totale di 537 industrie censite al dicembre 2007, il monitoraggio ed il connesso riscontro della loro effettiva assoggettabilità alla norma, ha determinato l'eliminazione di 31 stabilimenti e l'aggiunta di 3 per un totale, come detto, di 509.

La collaterale e determinante attività di predisposizione e approvazione dei Piani di Emergenza Esterna posta in essere dai Prefetti, supportati a livello territoriale dalle strutture periferiche del Corpo Nazionale dei Vigili del Fuoco e dalle Regioni, ha reso così possibile il raggiungimento dell'impegno assunto nei confronti della Commissione alla fine del 2007 e cioè di completare su tutto il territorio nazionale la pianificazione di emergenza esterna per le industrie a rischio incidente rilevante di cui all'art. 9 della direttiva 96/82/CE (corrispondente all'art. 8 del decreto legislativo n. 334/99)

Previa puntuale verifica di tutti i dati pervenuti – realizzata mediante controllo incrociato dei dati trasmessi dalle Prefetture con le informazioni del Dipartimento della Protezione Civile e del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare – si rappresenta dunque che al 30 giu-

gno 2008 la situazione nella Repubblica Italiana è la seguente: industrie a rischio incidente rilevante (assoggettate all'art. 8 decreto legislativo n. 334/99) totale n. 509 – piani di emergenza esterna (redatti ed aggiornati al 30 giugno 2008) totale n. 509.

In conclusione la Repubblica Italiana, ha messo in atto ogni sforzo per corrispondere all'impegno, preso nei confronti della Commissione Europea, di completare entro il 30 giugno 2008 la pianificazione dell'emergenza esterna delle industrie riconducibili alla disciplina di cui all'art. 9 della direttiva 96/82/CE (corrispondente all'art. 8 del decreto legislativo n. 334/99).

Tale obiettivo si presentava ambizioso (ma si è ritenuto di doverlo realizzare in tempi più brevi attraverso un maggiore impegno da parte di tutti i soggetti a vario titolo coinvolti. Del resto, ogni progettualità di rilievo deve essere sfidante ma concretamente attuabile, pertanto, va programmata e realizzata tenendo realisticamente conto delle risorse in gioco. In particolare, nel progetto promosso dall'Italia per superare quel ritardo nella elaborazione della pianificazione di emergenza esterna contestato dalla Commissione Europa con la procedura d'infrazione di cui trattasi, risultava determinante il termine del 30 giugno 2008.

Dato il tempo trascorso senza che la Commissione Europea avesse intentato ricorso alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, si era consolidata l'idea di un implicito consenso della Commissione stessa rispetto a tale scadenza. Inspiegabilmente, invece, pochi giorni prima che scadesse il termine, e sebbene fosse cessata ogni ragione di dissenso, in quanto la pianificazione a quella data era già quasi del tutto completata la Commissione Europea ha proposto ricorso notificandolo in data 5 giugno 2008: la valenza di un'eventuale condanna diviene in questo contesto "puramente statistica".

P.Q.M.

Si chiede che la Commissione valuti l'opportunità di far cessare il presente giudizio, atteso l'intervenuto adeguamento della Repubblica italiana alla direttiva comunitaria.

Roma, 11 luglio 2008

Avv. Giuseppe Fiengo

Causa C-261/08 – Materia trattata: spazio di libertà, sicurezza e giustizia – Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Spagna) il 19 giugno 2008 – María Julia Zurita García/Delegado del Gobierno en la Región de Murcia. (Avvocato dello Stato G. Fiengo – AL 33946/08).

LA QUESTIONE PREGIUDIZIALE

Se le norme del Trattato che istituisce le Comunità europee, in particolare del suo art. 62, nn. 1 e 2 lett. a), nonché del regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio 15 marzo 2006, n. 562, che istituisce un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen), segnatamente gli artt. 5, 11 e 13

di detto regolamento, debbano essere interpretate nel senso che esse ostano ad una normativa, quale quella nazionale e la giurisprudenza che la interpreta, la quale ammette la possibilità di sostituire l'espulsione di qualsiasi "cittadino di un paese terzo" sprovvisto di un titolo che autorizzi l'ingresso e il soggiorno nel territorio dell'Unione europea con l'irrogazione di un'ammenda.

IL FATTO

Con ordinanza notificata il 31 luglio 2008, la Corte di cassazione della Comunità di Murcia (Spagna) – Sezione del contenzioso amministrativo, nella causa proposta dalla cittadina boliviana María Julia Zurita García, (impugnazione della sentenza di primo grado che aveva respinto il ricorso avverso il decreto di espulsione emesso in data 15 novembre 2006 dal delegato del Governo della regione di Murcia), ha proposto dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea domanda di pronuncia pregiudiziale.

La Corte remittente ha evidenziato anzitutto, con riferimento alla fattispecie concreta devoluta al suo giudizio, che il decreto di espulsione con divieto di ingresso per 5 anni nello spazio Schengen, ritenuto legittimo dalla sentenza impugnata dalla ricorrente, era stato emesso in applicazione dell'art. 53 lett. a) della Ley Organica 4/2000, secondo cui costituisce infrazione grave «*Il fatto di trovarsi in territorio spagnolo in situazione irregolare, per non aver ottenuto la proroga del soggiorno, il permesso di soggiorno o documenti analoghi, ove esigibili, o perché tali documenti sono scaduti da più di tre mesi, sempre che l'interessato non abbia chiesto il rinnovo degli stessi nel termine regolarmente previsto*»; per tale condotta è prevista un'ammenda, che però può essere sostituita (come avvenuto nel caso di specie) dall'irrogazione dell'espulsione, all'esito del procedimento amministrativo. Nell'appello, la ricorrente censurava la sentenza impugnata evidenziando l'inammissibilità del mantenimento della sanzione dell'espulsione: e ciò in quanto l'amministrazione non aveva rispettato, nella valutazione della condotta trasgressiva, i criteri di proporzionalità necessari per giustificare la sostituzione della sanzione di ammenda con l'espulsione.

La Corte ha quindi richiamato il Trattato CE (art. 62, relativo all'adozione di misure concernenti l'attraversamento delle frontiere esterne degli Stati membri) ed il regolamento (CE) n. 562/2006, istitutivo del "codice frontiere Schengen", analizzando compiutamente gli articoli 5 (che detta le condizioni d'ingresso per i cittadini di Paesi terzi: documento, visto, mezzi di sussistenza, ecc.), 11 (che regola la presunzione di insussistenza delle condizioni relative alla durata del soggiorno, e la conseguente espulsione del cittadino di un Paese terzo, qualora il documento di viaggio di quest'ultimo sia privo del timbro d'ingresso) e 13 (relativo al respingimento dei cittadini di Paesi terzi che non soddisfino le condizioni di ingresso di cui all'art. 5).

Per altro verso, la Corte remittente ha posto in evidenza la possibile incongruenza della normativa spagnola: infatti, la natura di vera e propria sanzione, che la legge conferisce all'espulsione dello straniero non in regola

con le norme sul soggiorno, comporta la necessità di rispettare, al momento della sua irrogazione (in luogo dell'ammenda), il rispetto dei principi di adeguata motivazione e di proporzionalità. In tale prospettiva, deve essere sanzionata con l'ammenda, e non con l'espulsione, la mancanza di documentazione idonea all'ingresso e al soggiorno nel territorio spagnolo (e quindi nella UE), qualora manchino circostanze aggravanti o comunque elementi giustificativi della sostituzione della sanzione pecuniaria con l'espulsione. Ciò determina, evidentemente, il permanere nello spazio UE di persone prive dei necessari requisiti.

All'esito di tale disamina, la Corte remittente ha sostenuto che la regolamentazione della materia in sede comunitaria implica la necessità dell'uscita dal territorio dell'Unione europea (attraverso il respingimento o l'espulsione) del cittadino di un Paese terzo che si trovi a soggiornarvi senza essere in possesso dei requisiti necessari. A sostegno di tale assunto, la Corte ha richiamato non solo il respingimento e l'espulsione previsti dai già citati articoli 11 e 13 del regolamento istitutivo del codice frontiere Schengen, ma anche la normativa comunitaria in tema di visti e di Fondo europeo per i rimpatri (evidenziando come, nella premessa del regolamento istitutivo di tale fondo, sia stato sottolineato che una politica comunitaria efficace in materia di rimpatri costituisce un necessario complemento ad una politica credibile in tema di immigrazione legale ed asilo), nonché, da ultimo, il principio di leale collaborazione sancito dall'art. 10 del Trattato CE.

LA POSIZIONE DEL GOVERNO ITALIANO

Sembra necessario evidenziare, preliminarmente, che, pur avendo la Corte remittente individuato ed analizzato, quale normativa comunitaria applicabile al caso concreto, gli articoli 11 e 13 del regolamento (CE) n. 562/2006 istitutivo del codice frontiere Schengen, l'ordinanza di rimessione non contiene indicazioni fattuali idonee a ricondurre la fattispecie concreta alle norme predette. In particolare, va sottolineato che l'espulsione di cui all'art. 11 del regolamento è prevista esclusivamente per la specifica ipotesi in cui sul documento di viaggio in possesso di un cittadino di un Paese terzo, che si trovi nel territorio UE, non vi sia il visto di ingresso (che deve essere sistematicamente apposto, ai sensi dell'art. 10, ad ogni ingresso od uscita del cittadino): ciò determina una presunzione di illiceità del soggiorno che, se non superata attraverso documentazione sostitutiva (biglietti di viaggio, ecc.), determina l'espulsione.

Dall'ordinanza di rimessione, peraltro, non emerge che la ricorrente sig.ra García si sia trovata in tale specifica situazione, essendo stata richiamata la sola norma interna che sanziona con l'ammenda (eventualmente sostituita con l'espulsione) l'irregolarità del soggiorno per non aver ottenuto il permesso di soggiorno, la sua proroga o documenti analoghi, ovvero per non aver richiesto il rinnovo di tali documenti scaduti da oltre tre mesi.

Altrettanto è a dirsi, *mutatis mutandis*, per il respingimento alla frontiera di cui all'art. 13 del regolamento citato. Non è quindi da escludere che la

Corte di Giustizia possa ritenere, in via interlocutoria, di invitare la Corte spagnola a fornire adeguate precisazioni in ordine alla fattispecie concreta sottoposta alla sua valutazione.

Al di là di tali rilievi di ordine preliminare, si ritiene che le considerazioni svolte dalla Corte remittente a sostegno della incompatibilità, con le norme comunitarie, della sanzione pecuniaria prevista dalle leggi spagnole per l'irregolare soggiorno di cittadini di Paesi terzi – considerazioni imperniate anche sulla necessità di una coerenza sistematica nell'interpretazione delle norme comunitarie – siano condivisibili e, quel che più conta, in linea con le importanti modifiche normative che si registrano nella materia del contrasto all'immigrazione clandestina.

Da un lato, deve infatti evidenziarsi che, tra le modifiche al Trattato sull'Unione europea introdotte dal Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 vi è l'inserimento dell'art. 63-bis, ai sensi del quale (comma 1) *“l'Unione sviluppa una politica comune dell'immigrazione intesa ad assicurare, in ogni fase, la gestione efficace dei flussi migratori, l'equo trattamento dei cittadini dei paesi terzi regolarmente soggiornanti negli stati membri e la prevenzione e il contrasto rafforzato dell'immigrazione illegale e della tratta degli esseri umani”*. In tale prospettiva, si prevede tra l'altro che il Parlamento europeo ed il Consiglio adottino, deliberando con procedura ordinaria, misure in tema di *“immigrazione clandestina e soggiorno irregolare, compresi l'allontanamento e il rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare”* (art. 63-bis, comma 2, lett. c).

D'altro lato, assume rilevanza la definitiva approvazione in data 18 giugno 2008, da parte del Parlamento europeo, della direttiva recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi soggiornanti illegalmente.

Per quanto qui interessa, occorre richiamare il principio fissato in via generale dall'art. 6, par. 1, secondo il quale *“Gli Stati membri adottano una decisione di rimpatrio nei confronti di qualunque cittadino di un paese terzo in posizione irregolare nel loro territorio”*, fatte salve alcune ipotesi particolari (possesso di documenti per il diritto di soggiornare in altro Stato membro; esistenza di accordi bilaterali per la riconsegna della persona ad altro Stato membro; concessione di un permesso di soggiorno per motivi caritatevoli, umanitari; ecc.).

D'altra parte, il testo approvato dal Parlamento europeo – oltre a far salve eventuali norme più favorevoli derivanti da accordi bilaterali o multilaterali con paesi terzi, o previste dall'*acquis* comunitario in tema di immigrazione ed asilo, ed oltre a prevedere che siano tenute nella dovuta considerazione le esigenze del minore, i motivi di famiglia e di salute, e sia rispettato il principio di *non-refoulement* – lascia agli Stati membri la facoltà di introdurre o mantenere disposizioni interne più favorevoli rispetto alla direttiva, *“purchè compatibili con le norme in essa stabilite”* (art. 4, par. 3). Alla luce di quanto fin qui esposto, sembra da escludere che tale compatibilità possa essere ravvisata in una norma che si limiti a sanzionare l'irregolarità del soggiorno con un'ammenda. Significativo, in proposito, è anche il *considerando* n. 8,

secondo cui “*Si riconosce che è legittimo che gli Stati membri procedano al rimpatrio di cittadini di paesi terzi in posizione irregolare. Il presupposto di questo assunto è che esistano regimi in materia di asilo giusti ed efficienti che rispettano pienamente il principio di non-refoulement*”.

Infine il Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 marzo 2006, n. 502, che istituisce un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone, regola, con l’art. 15, le condizioni di ingresso per i cittadini di paesi terzi, e prevede chiaramente, con l’art. 134, che “*sono respinti dal territorio degli Stati membri i cittadini di paesi terzi che non soddisfano tutte le condizioni d’ingresso previste dall’articolo 5, paragrafo 1*”.

Pertanto, si ritiene che il soggiorno nel territorio dell’Unione europea di cittadini di paesi terzi privi dei necessari requisiti imponga “*necessariamente l’uscita dal territorio, sia mediante il respingimento alla frontiera, sia mediante l’espulsione*”, e che una politica comunitaria efficace in materia di rimpatri costituisca un necessario completamento ad una politica credibile in materia di immigrazione legale e asilo, nonché una componente importante della lotta contro l’immigrazione clandestina.

Tanto premesso – superate per quanto di ragione le questioni di ricevibilità del quesito – la Repubblica Italiana suggerisce alla Corte di rispondere nel senso che:

Le norme del Trattato che istituisce le Comunità europee, in particolare del suo art. 62, nn. 1 e 2 lett. a), nonché del regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio 15 marzo 2006, n. 562, che istituisce un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen), segnatamente gli artt. 5, 11 e 13 di detto regolamento devono essere interpretate nel senso che ostano ad una normativa nazionale e ad una giurisprudenza che la interpreta, la quale ammette la possibilità di sostituire l’espulsione di qualsiasi “cittadino di un paese terzo” sprovvisto di un titolo che autorizzi l’ingresso e il soggiorno nel territorio dell’Unione europea con l’irrogazione di un’ammenda.

Roma, 2 ottobre 2008

Avv. Giuseppe Fiengo

Causa C-297/08 – Materia trattata: ambiente e consumatori – Ricorso presentato il 3 luglio 2008 – Commissione delle Comunità europee/ Repubblica italiana. (Avvocato dello Stato G. Aiello – AL 28020/06).

LE CONCLUSIONI DELLA COMMISSIONE

Constatare che la Repubblica italiana, non avendo adottato, con riferimento alla regione Campania, tutte le misure necessarie ad assicurare che i rifiuti siano recuperati o smaltiti senza pericolo per la salute umana e senza recare pregiudizio all’ambiente, ed in particolare non avendo stabilito una rete adeguata ed integrata di impianti di smaltimento, è venuta meno agli obblighi imposti dagli articoli 4 e 5 della direttiva 2006/12/CE del

*Parlamento europeo e del Consiglio del 5 aprile 2006 relativa ai rifiuti.
Condannare la Repubblica italiana al pagamento delle spese di giudizio.*

IL CONTRORICORSO DEL GOVERNO ITALIANO

Fatti e procedura

A seguito della grave situazione ambientale e sanitaria determinatasi nella regione Campania nel settore della gestione dei rifiuti, venne dichiarato – con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (d’ora innanzi DPCM) del 11 febbraio 1994, successivamente prorogato fino al 31 dicembre 2009 *ex art. 19 DI 90/08 (convertito nella l. n.123/08)* – lo stato di emergenza ai sensi dell’articolo 5, comma 1, della legge 24 febbraio 1992, n. 225, che prevede l’adozione di tale misura in relazione ad “*eventi che, per intensità ed estensione, debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari*” (art. 2, comma 1, sub. c) .

La disposizione normativa sopra richiamata consente di nominare un organo straordinario – il Commissario delegato – che riunisce in sé le funzioni e le competenze ordinariamente svolte da altri Enti ed Amministrazioni pubbliche e ciò allo scopo di assicurare la rapida attuazione degli interventi finalizzati al superamento della fase emergenziale.

Inizialmente venne individuato quale Commissario delegato il Prefetto di Napoli a cui venne affidato il compito di accentrare nella mano pubblica la gestione dei rifiuti in Campania allo scopo di sottrarla a forti interessi malavitosi e ciò mediante la requisizione delle discariche private e la realizzazione di nuove discariche pubbliche.

L’attività di gestione del servizio di smaltimento venne per lo più affidata ai Consorzi di bacino che erano stati appositamente costituiti dalla legge della regione Campania (d’ora innanzi L.R.) n.10/93, proprio per la gestione unitaria e coordinata – in forma associata – delle discariche pubbliche dei rifiuti urbani.

Per l’attuazione del Piano Regionale dei rifiuti, la L.R. 10/93 aveva individuato 18 ambiti territoriali omogenei nei quali, attraverso la costituzione di “*soggetti strumentali obbligatori*” dei comuni rientranti nei predetti ambiti (n. 18 Consorzi Obbligatori), si sarebbe provveduto alla gestione dello smaltimento dei rifiuti urbani prodotti nei rispettivi bacini.

A fronte di tale previsione, però, non tutti i Consorzi costituiti *ex lege* regionale svolsero effettivamente la funzione per la quale erano stati costituiti, in quanto non tutti disponevano dei necessari sversatoi pubblici e, già in quella fase, le poche discariche consortili realizzate venivano utilizzate anche per lo smaltimento dei rifiuti provenienti da altri ambiti territoriali, così allontanando sempre più il rientro dalla situazione emergenziale.

Pertanto nella vigenza dello stato emergenziale, nel 1996, il Presidente della Regione Campania venne nominato Commissario di Governo per l’approvazione del Piano Regionale dei Rifiuti con il compito di individuare un adeguato sistema di gestione dei rifiuti urbani utile a garantire la regolare erogazione del corrispondente servizio pubblico essenziale.

Il piano approvato nel 1997, ed adeguato al D.Lgs 22/97 allora vigente, di recepimento delle direttive comunitarie in materia di rifiuti, aveva individuato quale soluzione alle esigenze di smaltimento dei rifiuti urbani residua- li dalla raccolta differenziata della regione Campania, un sistema impianti- stico basato sulla termovalorizzazione del rifiuto, previo trattamento in combu- stibile da rifiuti (d'ora innanzi CdR).

Tale sistema di gestione era stato definito in esito ad un'attenta ricogni- zione dei volumi di rifiuti urbani prodotti, delle relative caratteristiche merceologiche e della loro distribuzione sull'intero territorio regionale, nel quale sono compresi ben 551 comuni distribuiti su 5 province dove risiede circa il 10% della popolazione italiana.

Con ordinanza del Ministro dell'Interno, allora delegato per il coordina- mento della protezione civile, n. 2774 del 31 marzo 1998, d'intesa con il Ministero dell'Ambiente, con il Presidente della Giunta della regione Campania, con l'allora Ministero del Tesoro e con quello dell'Industria, si diede atto che l'emergenza non avrebbe potuto essere superata se non migliorando la raccolta differenziata e la valorizzazione delle frazioni per le quali è consentito il riciclaggio ed il recupero di materie, avviando iniziative industriali in grado di ricevere ed utilizzare i rifiuti solidi urbani prodotti nei Comuni della Regione Campania per produrre CdR ed utilizzare il medesimo per la produzione di energia.

Detta ordinanza prevedeva la stipula, a seguito dell'espletamento di pro- cedure di gara di rilevanza comunitaria, di contratti per l'affidamento dello smaltimento dei rifiuti solidi urbani, a valle della raccolta differenziata, pro- dotti nei comuni della regione Campania ad operatori privati capaci di rea- lizzare impianti per la produzione di CdR, nonché impianti per l'inceneri- mento e la conseguente produzione di energia (termovalorizzatori).

Il sistema doveva però completarsi con un'efficace raccolta differenzia- ta alla quale dovevano provvedere autonomamente i Comuni della regione Campania.

I 2 bandi di gara rispettivamente riferiti alla provincia di Napoli ed al resto delle province campane, prevedevano l'affidamento della progettazio- ne esecutiva, costruzione e gestione del servizio per un periodo di dieci anni.

I due appalti vennero aggiudicati nel 2000 alla Fibe S.p.A. e la Fibe Campania S.p.A. (società del gruppo Impregilo) alle quali, con contratti n. 11503 del 7 giugno 2000 e n. 51 del 5 settembre 2001, venne attribuito in via esclusiva il servizio di smaltimento dei rifiuti nella Regione Campania, mediante la realizzazione e gestione di 7 impianti per la produzione di CdR e di 2 impianti di termovalorizzazione del CdR dedicati alla produzione di energia elettrica localizzati nei comuni di Acerra e di S. Maria La Fossa.

Le appaltatrici si impegnavano ad una lavorazione dei rifiuti urbani per trarne una percentuale di CdR (da avviare ai termovalorizzatori), un'aliquo- ta di Frazione organica stabilizzata (d'ora innanzi FOS), da impiegare per ripristini ambientali ed un'ulteriore percentuale residua, non superiore al 10% di sovvalli (scarti di lavorazione) da avviare in aree di stoccaggio prima e scariche di servizio poi.

Tali società avrebbero dovuto eseguire, in forza dei citati contratti, a propria cura e spese, la realizzazione di tutti gli impianti occorrenti impiegando mezzi finanziari propri e/o che avrebbero reperito autonomamente mediante lo strumento della finanza di progetto, a fronte della riscossione presso gli enti locali debitori di una tariffa di smaltimento dei rifiuti pari a £ 83 per ogni chilogrammo di rifiuti conferito agli impianti di CdR e dei proventi derivanti dalla vendita di energia elettrica prodotta dai termovalorizzatori a tariffa agevolata per otto anni.

Le medesime affidatarie si erano per di più impegnate ad assicurare la capacità di smaltimento necessaria a coprire il fabbisogno regionale fin dal momento della stipula del contratto ed a prescindere dal completamento del sistema impiantistico, nonché dai livelli della raccolta differenziata assicurati dai Comuni campani.

Con apposite ordinanze del Commissario delegato per l'emergenza rifiuti i Comuni della Campania vennero inoltre obbligati a conferire i rifiuti presso gli impianti di CdR.

L'esecuzione dell'appalto incontrò numerose difficoltà, sia nella tempistica di realizzazione degli impianti a causa delle proteste delle popolazioni residenti nei siti prescelti, sia nel reperimento di adeguate volumetrie di discarica a servizio del sistema di smaltimento regionale.

Tale situazione comportò una rapida saturazione delle poche discariche e delle aree di stoccaggio del CdR disponibili ed una condizione di generale criticità del funzionamento degli impianti utilizzati per la lavorazione dei rifiuti.

Si evidenziarono inoltre carenze nella progettazione degli impianti di CdR e nella relativa gestione.

Il CdR risultava infatti di qualità inferiore rispetto alle caratteristiche previste in contratto (15.000 Kj/Kg ed umidità inferiore al 25%), la frazione organica stabilizzata (FOS) risultava ricca di impurità (vetro, plastica in modo particolare), conservava un tasso di umidità elevato (superiore al 60%) e presentava un indice respirometrico molto alto.

La FOS non veniva infatti raffinata adeguatamente e non era sottoposta ad un sufficiente processo di stabilizzazione che ne avrebbe potuto consentire l'impiego in interventi di recupero ambientale.

L'aggravarsi dell'emergenza determinò le dimissioni del Commissario Presidente della Regione Campania ed il conseguente intervento diretto del Governo italiano mediante la nomina di un diverso commissario delegato con l'OPCM 3341/04.

Con il DI 17 febbraio 2005, n.14 (convertito nella legge 15 aprile 2005, n.53), vennero tra l'altro adottate misure per consentire l'adeguamento tecnico-funzionale degli impianti di CdR attribuendo al Commissario delegato un potere sostitutivo in caso di inerzia delle società affidatarie del servizio.

Nel frattempo la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Napoli aveva avviato un'inchiesta in relazione alle descritte inadempienze contrattuali individuando profili di responsabilità per il reato di frode nelle pubbliche forniture *ex art. 356 cp* a carico dei vertici delle società appaltatrici non-

ché di taluni funzionari della precedente struttura commissariale con esse conniventi e sottoponendo a sequestro tutti gli impianti di CdR presenti nella regione Campania.

Per questi motivi divennero impossibili i necessari adeguamenti impiantistici.

Le inadempienze contrattuali determinarono quindi un vasto contenzioso tra la struttura commissariale e le affidatarie che culminò nella risoluzione *ex lege* dei contratti per effetto dell'articolo 1, comma 1 del Dl. 30 novembre 2005, n.245 (convertito con modificazioni dalla legge n.21/06).

Detto provvedimento legislativo impose comunque alle società Fibe s.p.a. e Fibe Campania s.p.a. di proseguire l'attività di gestione del servizio di smaltimento dei rifiuti nella regione Campania fino al subentro dei nuovi affidatari da reperire all'esito di una procedura di gara di evidenza comunitaria.

L'art. 5 del Dl n.245/05, per migliorare i livelli della raccolta differenziata, dispose inoltre che tale attività fosse assicurata dai Consorzi di cui alla LR n.10/93, prevedendone il commissariamento per il caso inerzia e aprì la strada a convenzioni con il CONAI che è il consorzio nazionale deputato alla valorizzazione delle frazioni di plastica, carta, vetro, legno, metalli ferrosi e non ferrosi.

Al commissario delegato venivano assegnati ancora maggiori poteri per liberare le strade e gli impianti di CdR dai rifiuti in essi stoccati con una specifica ed aggiuntiva dotazione finanziaria di 80 milioni di euro.

Nonostante la vasta portata precettiva dei richiamati interventi normativi l'esito di tali misure fu solo parzialmente positivo in quanto consentì unicamente di attenuare gli effetti della crisi superando il momento di congestione che si era verificato.

I consorzi diedero infatti un limitato apporto al miglioramento dei livelli di raccolta differenziata nonostante fossero stati in buon numero commissariati.

A fronte delle descritte carenze gestionali delle affidatarie del servizio di smaltimento dei rifiuti e della paralisi determinatasi nel sistema, la gestione commissariale si vide costretta a realizzare nuovi siti per lo stoccaggio dei rifiuti in attesa del loro avvio a definitivo smaltimento nei programmi termovalorizzatori di Acerra e S. Maria La Fossa, nonché al trasporto ed allo smaltimento in Germania di una parte del rifiuto umido prodotto, con oneri economici di gran lunga superiori a quelli che si sarebbero pagati ove il sistema impiantistico avesse risposto efficacemente alle esigenze del territorio.

Ancora una volta la forte opposizione delle popolazione rallentò od in alcuni casi vanificò addirittura l'apertura di nuove discariche od anche di siti di stoccaggio cosicché il trasporto e lo smaltimento fuori regione rimase per lungo tempo l'unica alternativa possibile.

Inoltre si dovette disporre il declassamento dei 7 impianti di CDR realizzati presso i quali venne dunque autorizzata l'effettuazione di un trattamento di selezione e tritovagliatura dei rifiuti urbani al fine da ridurne i volumi da inviare in discarica.

Nel frattempo con provvedimento commissariale n. 89 del 27 marzo 2006, veniva indetta la gara per l'aggiudicazione dell'appalto relativo allo smalti-

mento dei rifiuti nella regione Campania, il quale prevedeva, tra l'altro, che *"l'aggiudicatario del servizio è obbligato [...] all'acquisizione della proprietà di impianti di termovalorizzazione in corso di realizzazione ed al loro completamento ovvero alla costruzione ex novo"*, nonché degli impianti di CdR.

All'atto del passaggio di consegne il soggetto subentrante doveva corrispondere alle precedenti affidatarie il valore degli impianti risultante dai rispettivi bilanci certificati.

In particolare, per gli impianti di CdR il valore era pari all'ammortamento degli oneri residui, mentre quello del termovalorizzatore di Acerra, era parametrato al costo delle opere risultante dalle fatture già contabilizzate alla data del 15 dicembre 2005, pari a € 100.369.853,00.

I bandi di gara venivano però impugnati dalla società Impregilo (capogruppo delle società Fibe s.p.a e Fibe Campania s.p.a.) per la parte in cui escludeva le società ex affidatarie dalla possibilità di parteciparvi. A seguito del suddetto ricorso il Tribunale amministrativo regionale del Lazio sospendeva la gara. Per effetto di tale pronuncia venivano riaperti i termini della gara allo scopo di consentire la partecipazione delle più volte richiamate società.

Tuttavia, la nuova procedura di gara non sortiva esito positivo a causa della mancanza di almeno due domande di partecipazione valide.

Quindi con provvedimento commissariale n. 285 del 3 agosto 2006, veniva approvato un secondo bando di gara, con una parziale modifica delle condizioni di aggiudicazione dell'appalto.

Nelle more dell'espletamento della seconda procedura selettiva, all'esito della sopracitata inchiesta penale la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Napoli, in data 31 luglio 2007, chiedeva il rinvio a giudizio dei vertici delle ex affidatarie Fibe s.p.a. e Fibe Campania s.p.a. e di alcuni personaggi a suo tempo impiegati presso la struttura Commissariale contestando tra l'altro che le ex affidatarie del servizio avevano indicato nei propri bilanci un valore gonfiato degli impianti (che dovevano essere acquisiti dal nuovo soggetto affidatario).

Tenuto conto di quanto precede e del nuovo aggravamento della crisi nello smaltimento dei rifiuti nella regione Campania, il Legislatore, con decreto legge del 9 ottobre 2006 n. 263 (convertito, con modificazioni, dalla legge 6 dicembre 2006 n. 290), ha tra l'altro annullato il secondo bando di gara prevedendo all'articolo 3, comma 1 bis che *"nel necessario passaggio di consegne ai nuovi affidatari del servizio, ivi comprese quelle relative al personale ed agli eventuali beni mobili ed immobili che appare utile rilevare, si doveva tenere conto dell'effettiva funzionalità, della vetustà e dello stato di manutenzione"*.

Il Commissario Delegato ha pertanto ridefinito le condizioni per l'affidamento del servizio di smaltimento dei rifiuti nella regione Campania.

Sulla base di tale disposizione è stato pubblicato, nella G.U. n. 126 del 21 novembre 2007 un terzo bando di gara. Anche questa è andata nuovamente deserta a causa della mancata presentazione di offerte.

Oltre ai problemi evidenziati non può trascurarsi il fatto che tutte le iniziative intraprese dalle autorità competenti per la realizzazione di adeguate

volumetrie di discarica o qualunque altra tipologia di impianto necessaria per il ciclo di smaltimento dei rifiuti, sono state sempre avversate da dure proteste dei cittadini residenti nei diversi territori della regione Campania.

Tali proteste oltre ad alimentare un vastissimo contenzioso giudiziario, sono spesso sfociate in atti eclatanti, come testimonia anche la rassegna degli articoli di stampa allegata al ricorso della Commissione, con cortei di massa, l'occupazione dei siti interessati dalla localizzazione delle discariche o dei siti di stoccaggio, le aggressioni al personale del Commissariato, gli scontri con la polizia, gli incendi di cassonetti e di pneumatici, i blocchi dei cantieri e così via.

Per evidenti motivi di ordine pubblico, l'azione commissariale ha quindi subito continui rallentamenti e ripensamenti sulle migliori soluzioni da adottare.

Ancora una volta si è cercato di superare tali immense difficoltà con il ricorso alla decretazione d'urgenza per cui il richiamato DI 263/06 ha attribuito al Capo del Dipartimento della protezione civile le funzioni di commissario delegato, ha stanziato ulteriori 20 milioni di euro, ha rinforzato le misure per incrementare i livelli della raccolta differenziata (art.4), ha cercato di favorire il consenso delle popolazioni interessate accompagnando l'apertura delle nuove discariche con la bonifica dei limitrofi territori inquinati (art.5), ha previsto perfino la riapertura delle discariche già chiuse che presentavano ancora volumetrie residue ed ha previsto l'adeguamento del piano regionale di smaltimento dei rifiuti (art.3).

Essendo risultato però vano ogni tentativo di procedere all'apertura di nuove discariche, o di riaprire quelle in precedenza chiuse, anche a causa di provvedimenti inibitori adottati dalla magistratura penale ed essendo imminente la chiusura della discarica di Villa Ricca (NA) che assorbiva gran parte dei rifiuti campani, è stato adottato l'ulteriore decreto legge del 11 maggio 2007, n.61 (convertito dalla legge 11 luglio 2007, n.87).

Questa volta si era proceduto ad una designazione per via normativa dei siti di Serre (SA), Savignano Irpino (AV), Terzigno (NA) e S. Arcangelo Trimonte (BN) da adibire a discarica (art.1), la riutilizzazione delle discariche già sottoposte a sequestro e la requisizione delle cave abbandonate (art.2).

Ai fini della raccolta differenziata veniva previsto l'impiego obbligatorio dei consorzi ex LR n.10/93 da parte degli enti locali campani, il coinvolgimento delle province mediante la nomina dei rispettivi presidenti nella posizione di sub commissari del Commissario delegato (art.6).

Quest'ultimo decreto intendeva realizzare il principio di autosufficienza impiantistica a livello provinciale per consentire lo sgombero dei rifiuti stoccati negli impianti di CdR ed i necessari interventi di manutenzione straordinaria per migliorarne l'efficienza, nonché risolvere il problema dello smaltimento in attesa del completamento del sistema impiantistico anche con la messa in esercizio dei termovalorizzatori.

Questo decreto è stato inoltrato alla Commissione con nota della rappresentanza d'Italia presso l'Unione Europea del 16 maggio 2007, prot. 5621.

Il Governo italiano riteneva in tal modo necessario fare chiarezza in

ordine ad un esposto inviato dal Sindaco di Serre che si opponeva all'apertura della discarica di Valle della Masseria incentrato sulla pretesa violazione di vincoli paesistici.

Tale nota descrive in modo esaustivo la portata dell'emergenza nella regione Campania ed alla medesima si rimanda anche e soprattutto per la parte relativa alle misure programmate per il superamento del contesto emergenziale.

Il DL n.61/07 veniva inoltre illustrato in un'apposita riunione a Bruxelles nella quale le Autorità italiane chiedevano chiarimenti in ordine alle procedure d'urgenza che potevano intraprendersi per ottenere rapidamente la Valutazione d'impatto ambientale nel pieno rispetto della normativa comunitaria vigente.

In data 29 giugno 2007 la Commissione costituiva in mora il Governo italiano per la violazione degli artt. 4 e 5 della Direttiva 2006/12/CE, ritenendo il predetto strumento normativo inadeguato a risolvere in modo strutturale l'emergenza.

Le proteste della popolazione ed un provvedimento cautelare del Tribunale di Salerno impedivano la realizzazione della discarica di valore strategico di Valle della Masseria nel comune di Serre che avrebbe consentito la rapida eliminazione dei rifiuti giacenti negli impianti di CdR e sulle strade Campane.

Essendo venuti meno i presupposti per l'attuazione di questa parte rilevante del piano, il Commissario delegato, Capo del Dipartimento della protezione civile Dr. Bertolaso rassegnava le proprie dimissioni.

Al suo posto subentrava quindi il Prefetto di Napoli Dr. Pansa il quale riusciva ad aprire, sia pure con grave ritardo rispetto ai tempi in origine programmati una discarica alternativa in località Macchia Soprana sempre nel comune di Serre.

Con nota inoltrata dalla ITALRAP 3 agosto 2007 prot 8720, il Governo italiano forniva gli elementi informativi richiesti descrivendo le soluzioni individuate per pervenire nel breve e nel lungo termine alla positiva soluzione del problema.

Oltre alla descrizione degli impianti adibiti allo smaltimento dei rifiuti e dello stato della loro realizzazione si fornivano assicurazioni in ordine all'aggiornamento del piano regionale al fine di:

“prevedere in armonia con la legislazione comunitaria, le priorità delle azioni di prevenzione nella produzione, riutilizzo, riciclaggio del materiale, recupero di energia e smaltimento;

contenere l'indicazione del numero e della rispettiva capacità produttiva degli impianti;

assicurare il conseguimento degli obiettivi di raccolta differenziata, la piena tracciabilità del ciclo dei rifiuti, l'utilizzo delle migliori tecnologie disponibili, metodi di trattamento biologico ed un elevato livello di tutela ambientale e sanitaria.”

Nel mese di Settembre 2007 veniva disposto il sequestro della discarica di Lo Uttaro (in provincia di Caserta) e tornava a riacutizzarsi la crisi nello smaltimento dei rifiuti.

Alla missiva del 3 agosto 2007 del Governo italiano, faceva seguito una lettera di costituzione in mora complementare del 23 ottobre 2007 con cui la Commissione ribadiva i rilievi precedentemente esposti, estendeva la contestazione agli artt. 3 e 7 della Direttiva 2006/12/CE e dichiarava che l'adozione del nuovo Piano (aggiornato alla luce delle prescrizioni contenute nel DI n.61/07) doveva considerarsi *“conditio sine qua non per l'instaurazione di un efficace sistema di raccolta, trattamento e smaltimento dei rifiuti per Napoli e la regione Campania, anche al fine di raggiungere finalmente il pieno rispetto della direttiva rifiuti”*.

La bozza del nuovo piano di gestione dei rifiuti oltre allo stato degli interventi infrastrutturali e di gestione dell'emergenza venivano illustrati alla Commissione dalle Autorità italiane in un'apposita riunione a Bruxelles il 20 novembre 2007.

In seguito il Governo italiano inoltrava per il tramite dell'ITALRAP in data 24 dicembre 2007 prot.14145 un'ulteriore nota di risposta alla costituzione in mora complementare precisando l'imminente adozione del piano regionale e lo stato delle opere realizzate; detto Piano veniva infatti adottato il 28 dicembre 2007.

Il 31 dicembre 2007 scadeva il mandato del Commissario delegato Prefetto di Napoli Dr.Pansa.

Con nota dell'ITALRAP del 25 gennaio 2008, n.968 il Governo italiano notificava alla Commissione l'adozione di un'ordinanza di protezione civile con la quale veniva nominato il Dr. De Gennaro (ex Capo della Polizia) Commissario delegato per l'emergenza rifiuti in Campania con il compito di risolvere la fase acuta dell'emergenza in 120 giorni e nel contempo veniva previsto lo smaltimento di una parte dei rifiuti campani in altre regioni italiane.

Quest'ultimo Commissario delegato con nota del 25 gennaio 2008 illustrava alla Commissione il programma con il quale intendeva intervenire per risolvere i problemi incontrati.

Durante il suo mandato detto Commissario riusciva a tamponare l'emergenza aprendo un grande sito di stoccaggio dei rifiuti in località Ferrandelle (CE), il medesimo avviava inoltre le procedure per l'apertura delle discariche di Savignano Irpino e S.Arcangelo Trimonte.

A seguito di una riunione con le autorità italiane svoltasi a Roma il 28 gennaio 2008 la Commissione inviava il 31 gennaio 2008 un parere motivato contestando la violazione degli artt. 4 e 5 della Direttiva 2006/12/CE per la mancanza di una rete integrata ed adeguata di impianti di smaltimento dei rifiuti ritenendo che con le misure adottate il Governo italiano non potesse garantire l'uscita dall'emergenza e *“giudicando pertanto necessario che le autorità italiane compiano sforzi aggiuntivi al fine di risolvere la crisi una volta per tutte, anche al fine di raggiungere gli obbiettivi previsti dal nuovo piano di gestione dei rifiuti per assicurare il rispetto degli standard ambientali ed igienici fondamentali per il territorio campano ed i suoi abitanti”*.

L'interlocuzione del Governo italiano con la Commissione proseguiva ed i rappresentanti dei servizi competenti venivano invitati a constatare per-

sonalmente la situazione dello stato d'emergenza attraverso una visita dei territori campani svoltasi il 14-15 febbraio 2008.

Con nota del 4 marzo 2008 il Commissario delegato inviava ai servizi della Commissione un'articolata relazione sul lavoro svolto illustrando nel dettaglio lo stato di realizzazione delle discariche, dei siti di stoccaggio, dei trasporti di rifiuti fuori regione, della raccolta differenziata e delle iniziative di bonifica dei siti inquinati.

Altre note descrivevano lo stato dei lavori del termovalorizzatore di Acerra e i dati sulla raccolta differenziata.

Il Governo italiano ha continuato anche in seguito e lo sta facendo tutt'ora ad aggiornare periodicamente la Commissione sulle singole iniziative che venivano adottate.

Con il decreto legge del 23 maggio 2008, n.90 (convertito in legge il 14 luglio 2008, n.123) sono state introdotte importanti novità normative mediante la preposizione di un apposito Sottosegretario di Stato alla soluzione del contesto emergenziale, l'individuazione di nuove discariche da aprire attribuendo nel contempo ai siti individuati la qualifica di siti di interesse strategico nazionale con la possibilità di farli attrezzare e difendere dall'esercito.

È stato aumentato a quattro il numero dei termovalorizzatori da realizzare aggiungendo a quelli di Acerra e S.Maria La Fossa, quelli di Napoli e Salerno.

È stato previsto lo scioglimento ed accorpamento in un unico consorzio di quelli delle province di Napoli e Caserta per migliorare i livelli della raccolta differenziata.

Sono state previste misure di semplificazione e di accentramento della competenza anche a livello di giurisdizione penale per impedire la proliferazione di pronunce spesso contraddittorie tra di esse.

In attuazione di questo ultimo decreto sono stati finalmente raggiunti significativi risultati che fanno ritenere imminente la cessazione dello stato d'emergenza.

Nel mese di Giugno 2008 è stata aperta la discarica di Savignano Irpino e successivamente quella S.Arcangelo Trimonte.

È in corso di apertura la discarica di Chiaiano in provincia di Napoli e sono in corso di svolgimento le indagini geognostiche preliminari per l'apertura di quella di Andretta in provincia di Avellino.

È stato potenziato al massimo lo smaltimento dei rifiuti anche trasportandoli in discariche fuori della regione Campania (i rifiuti complessivamente rimossi dalle strade dal 14 gennaio al 1° marzo ammontano a 269mila tonnellate, cui si aggiungono 79 mila tonnellate di *eco balle* presso i siti di stoccaggio per un risultato complessivo di 348mila tonnellate di rifiuti messi in sicurezza) ed attualmente la complessiva capacità di smaltimento dei rifiuti è superiore alla produzione giornaliera.

Sono ripresi i lavori per l'ultimazione del termovalorizzatore di Acerra ed è in corso la gara per l'affidamento della sua gestione.

È in corso la gara per l'aggiudicazione della realizzazione e gestione dell'inceneritore del comune di Salerno, mentre è stato localizzato nella zona di Napoli Est il sito dove sorgerà il quarto termovalorizzatore.

C'è infine un maggiore coinvolgimento delle province campane nella gestione dell'emergenza con l'intento di accelerare i tempi per la restituzione delle competenze agli enti che vi sono ordinariamente preposti.

Tutto ciò premesso in punto di fatto il Governo italiano ritiene l'infondatezza del ricorso della Commissione per le seguenti considerazioni in

Diritto

Pretesa violazione dell'art.5 della direttiva 2006/12/CE

L'art. 5 della direttiva recita: "1. *Gli Stati membri, di concerto con altri Stati membri qualora ciò risulti necessario od opportuno, adottano le misure appropriate per la creazione di una rete integrata ed adeguata di impianti di smaltimento, che tenga conto delle tecnologiche più perfezionate a disposizione che non comportino costi eccessivi. Questa rete deve consentire alla Comunità nel suo insieme di raggiungere l'autosufficienza in materia di smaltimento di rifiuti ed ai singoli Stati membri di mirare al conseguimento di tale obiettivo, tenendo conto del contesto geografico o della necessità di impianti specializzati per determinati tipi di rifiuti.*

2. *tale rete deve permettere lo smaltimento dei rifiuti in uno degli impianti appropriati più vicini, grazie all'utilizzazione dei metodi e delle tecnologie più idonei a garantire un alto grado di protezione dell'ambiente e della salute*".

La censura prospettata dalla Commissione appare viziata da un'insufficiente analisi delle cause storiche che hanno determinato la grave situazione di fatto venutasi a creare nella regione Campania.

I livelli della raccolta differenziata, che mediamente corrispondono a livello regionale alla percentuale indicata dalla Commissione nel ricorso introduttivo del presente giudizio, non tengono conto delle diverse realtà presenti sul territorio campano dove pure esistono situazioni di eccellenza con Comuni che superano la percentuale di raccolta differenziata del 35%.

La modestia del risultato complessivo del territorio campano è comunque dovuta alla particolarità del tessuto economico regionale che prevede scarsi insediamenti industriali, ad una sostanziale sfiducia dei cittadini nei confronti delle Istituzioni legata proprio al permanere dello stato di emergenza ed ad una scarsa presenza sul territorio regionale della filiera impiantistica, soprattutto privata, con piattaforme di riciclatori.

È evidente che i livelli della raccolta differenziata potranno crescere per effetto delle iniziative intraprese anche con il D.L. n. 90/08, che sono consistite in un affiancamento della struttura del Sottosegretario agli enti locali per incentivare l'acquisto delle necessarie attrezzature e lo svolgimento della raccolta differenziata.

Sono stati perciò adottate, con particolare attenzione al comune di Napoli e della provincia di Caserta, iniziative di raccolta straordinaria di carta e cartone presso gli esercizi commerciali, effettuata dopo l'orario di chiusura dalla locale azienda municipalizzata e con il concorso anche dell'esercito.

I dati sugli esiti della raccolta effettuata a Napoli indicano un incremento di oltre il 50% rispetto all'analogo periodo dello scorso anno.

Sono state inoltre programmate altre iniziative di raccolta straordinaria indirizzate ad altre frazioni di rifiuti e/o localizzate in aree particolari del comune di Napoli.

È stata inoltre attivata la raccolta di RAEE (rifiuti elettrici ed elettronici) ad iniziare dai comuni turistici della Campania.

D'intesa con la Regione è in atto in 600 scuole della Campania di ogni ordine e grado un progetto di educazione ambientale e di attuazione della raccolta differenziata.

Sempre d'intesa con la Regione è infine in atto un progetto di gpp (*green public procurement*) nell'ambito del quale gli uffici pubblici saranno chiamati ad attuare la raccolta differenziata.

Per quanto riguarda le misure strutturali volte ad incrementare i livelli di raccolta differenziata in Campania, sono poi in corso le iniziative per dare attuazione alla disposizione dell'O.P.C.M. n. 3639/08 (art. 3) diretta a far sì che tutti i Comuni della Campania si dotino in tempi brevi di piani per la raccolta differenziata e ne avviino l'attuazione.

La norma citata prevede la predisposizione di pianificazioni comunali per la raccolta differenziata, disponendo che in caso di inadempimento le suddette attività siano compiute da un commissario *ad acta* nominato dal Commissario delegato.

Ad oggi 530 comuni hanno già attuato le prime misure per l'avvio della raccolta differenziata; 73 comuni (circa 370.000 abitanti) hanno raggiunto percentuali tra il 50% ed il 90% e 134 comuni (circa 1.000.000 abitanti) hanno raggiunto percentuali tra il 25% ed il 50%.

Per quanto attiene ai sette impianti di CdR la Commissione ha omesso di considerare che le disfunzioni sono state dovute ad inadempienze contrattuali, se non addirittura a comportamenti criminosi in relazione ai quali il Governo italiano ha cercato in ogni modo di limitare al massimo le conseguenze pregiudizievoli per la popolazione.

È evidente che se gli impianti in questione fossero stati correttamente realizzati e gestiti dagli appaltatori privati nel rispetto delle prescrizioni contrattuali, i volumi dei rifiuti inviati a discarica nel corso degli ultimi sei anni sarebbero stati di gran lunga inferiori, in quanto la maggior parte sarebbe stata smaltita nei programmati termovalorizzatori o utilizzata per ripristini ambientali.

Le risultanze dell'inchiesta penale condotta dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Napoli descrivono in modo inequivoco il quadro delle responsabilità in relazione alle quali il Governo italiano, come la popolazione campana, sono state le parti danneggiate.

L'apertura delle discariche programmate dal D.L. n. 90/08 sta permettendo finalmente di liberare tutti gli impianti predetti dai quantitativi di rifiuti ivi stoccati per procedere alla ristrutturazione cui dovranno provvedere i nuovi affidatari del servizio di gestione dello smaltimento dei rifiuti nella Regione Campania.

Anche la mancata messa in esercizio dei termovalorizzatori si iscrive nel quadro delle incapacità delle ex affidatarie del servizio di portarne a conclusione la realizzazione.

Le descritte vicende giudiziarie hanno per di più determinato la revoca dei finanziamenti da parte delle banche che avevano sostenuto il *project financing* con il quale le società Fibe S.p.A. e Fibe Campania S.p.A avevano trovato la copertura degli oneri relativi alla realizzazione dei termo valorizzatori.

Come si diceva in narrativa, vani sono risultati i diversi tentativi effettuati dalla struttura commissariale per individuare, anche a livello europeo, nuovi soggetti imprenditoriali capaci di subentrare nella gestione del servizio, nella ristrutturazione degli impianti e nel completamento dei termovalorizzatori.

I motivi possono essere rintracciati nei costi di ingresso ragguardevoli per l'acquisizione degli impianti e nell'oggettiva rischiosità dell'impegno imprenditoriale in territori come quelli Campani che sono purtroppo caratterizzati da fenomeni endemici di malavita organizzata.

In relazione alle discariche si deve osservare che, se è vero che al momento del parere motivato era in funzione solo quella di Macchia Soprana nel comune di Serre è anche vero che le azioni poste in essere dai vari commissari delegati che si sono avvicendati nel tempo per aprire i nuovi siti di discarica sono state ostacolate in tutti i modi dalla popolazione con atti di protesta eclatanti a fronte dei quali, rispetto all'attuazione coattiva del progetto si è dovuta prediligere la tutela dell'ordine pubblico e la conseguente salvaguardia delle vite umane.

Solo oggi, come si diceva in narrativa, è stata raggiunta una capacità di smaltimento superiore alla produzione giornaliera dei rifiuti urbani prodotti nella regione Campania e ciò in virtù del fatto che non si è esitato ad usare l'esercito per attuare le iniziative definite dal Governo italiano.

Questo insieme di circostanze che risulta dimostrato da documenti ed inchieste che i *mass media* hanno reso di pubblico dominio hanno impedito la piena attuazione del piano smaltimento dei rifiuti del 1997 e dei suoi successivi adeguamenti descritti in narrativa.

Tali situazioni si qualificano nei termini della forza maggiore essendosi trattato di circostanze indipendenti dalla volontà del Governo italiano, anormali ed imprevedibili che hanno impedito l'attuazione del programma per la soluzione dell'emergenza rifiuti nella Regione Campania (Sent. Corte di Giustizia del 17 ottobre 2002, causa 208/01).

L'insieme dei fattori negativi descritti (condotte criminose delle ex affidatarie del servizio regionale di smaltimento dei rifiuti e di taluni componenti della struttura commissariale, resistenze della popolazione, irreperibilità nel mercato europeo di operatori economici disposti al subentro) hanno avuto carattere di straordinarietà tale da non poter essere evitati malgrado tutta la dirigenza spiegata dalle Autorità italiane (Sent. Corte di Giustizia 08 marzo 1988, causa 296/86).

Il Governo italiano ha impegnato nel tentativo di risolvere la crisi i propri migliori esponenti (Presidenti di Regione, Prefetti, il Capo del Dipartimento della protezione civile, l'ex Capo della Polizia ed attuale responsabile dei Servizi Informativi di Sicurezza Nazionali), ed ha profuso energie ed investimenti che solo per il periodo compreso tra il 2003 ed il 2008 ammontano a circa 400 milioni di euro.

Di questi sforzi sovraumani la Commissione sembra essersi resa peraltro conto laddove non solo ha rinunciato alla contestazione degli articoli 3 e 7 della Direttiva 2006/12/CE, prendendo atto dell'intervenuta approvazione dell'aggiornamento del piano regionale di smaltimento dei rifiuti, ma ha anche invitato il Governo italiano a compiere "sforzi aggiuntivi" per risolvere la crisi.

Proprio raccogliendo queste indicazioni, il Governo italiano ha operato un definitivo cambiamento di rotta attraverso l'adozione del D.L. 90/08, che, oltre al pacchetto di misure descritte in narrativa (gli interventi più significativi sono stati infatti realizzati proprio nell'arco temporale gennaio-marzo 2008, nonché nel periodo successivo sino ad oggi), ha pianificato la realizzazione del doppio degli inceneritori in origine previsti.

Trattasi di opere per le quali le procedure amministrative propedeutiche sono state già avviate, ma che comunque non potranno vedere la luce prima dei prossimi tre anni, fatta eccezione per il termovalorizzatore di Acerra che entrerà in funzione l'anno venturo.

Quando il sistema degli inceneritori sarà completato il ricorso alla discarica sarà veramente residuale e diminuiranno i contrasti con le popolazioni che fino ad oggi hanno afflitto l'azione del Governo italiana.

Conclusivamente sul punto si segnala che la contestata violazione dell'art. 4 della Direttiva 2006/12/CE non può essere imputata all'inerzia del Governo italiano.

Pretesa violazione dell'art. 4 della Direttiva 2006/12/CE

L'art. 4 di cui in epigrafe impone che gli Stati membri "adottano le misure necessarie per assicurare che i rifiuti siano recuperati o smaltiti senza pericolo per la salute dell'uomo e senza usare procedimenti o metodi che potrebbero recare pregiudizio all'ambiente ed in particolare:

- a) senza creare rischio per l'acqua, l'aria, il suolo e per la fauna e la flora;
- b) senza causare inconvenienti da rumori od odori;
- c) senza danneggiare il paesaggio ed i siti di particolare interesse.

Gli Stati membri adottano le misure necessarie per vietare l'abbandono, lo scarico e lo smaltimento incontrollato dei rifiuti".

Questa censura viene fatta derivare come automatica conseguenza di quella precedentemente esaminata.

La Commissione ha tuttavia omesso di produrre qualsivoglia allegazione probatoria sul punto essendosi limitata a citare la vicenda delle discariche abusive presenti sul territorio italiano esaminata da Codesta Corte nella causa C-135/05, che è del tutto inconferente nel caso di specie, così come l'ulteriore pronuncia resa nella causa C-361/05.

Le discariche ed i siti di stoccaggio aperti in Campania dalla Struttura commissariale e quindi riconducibile all'azione del Governo italiano sono stati infatti realizzati sempre nel pieno rispetto della normativa comunitaria di cui alla direttiva 1999/31/CE.

Con i predetti impianti nulla hanno a che fare gli sversamenti illeciti di rifiuti presenti sul territorio campano che sono oggetto di una costante attività di bonifica e che non hanno mai rappresentato un'alternativa proposta,

suggerita od avallata dalle Autorità nazionali che hanno fatto quanto possibile per assicurarne la rimozione anche attraverso l'intervento dell'esercito.

In relazione a questo profilo la contestazione della Commissione sembra inoltre generica e perplessa perché non specifica a quale delle ipotesi previste dalle lettere *a)*, *b)* o *c)* dell'art. 4 della Direttiva 2000/12/CE, si riferiscano le violazioni contestate.

Uno studio commissionato dalla struttura commissariale dimostra inoltre che anche nel momento più acuto della crisi nella regione Campania non vi sono state conseguenze pregiudizievoli per la pubblica incolumità ed in particolare per la salute umana.

Né può attribuirsi alcun valore probatorio alle premesse del DL n.90/08 richiamate nel punto 94 del ricorso avverso, che fanno esclusivo riferimento ad una situazione di pericolo che detto strumento normativo mira appunto ad elidere, come in effetti è realmente avvenuto negli ultimi mesi.

Per le considerazioni che precedono il Governo italiano confida nell'accoglimento delle seguenti

Conclusioni

Piaccia all'Ecc.ma Corte di Giustizia adita respingere il ricorso della Commissione indicato in epigrafe.

Con vittoria delle spese di lite.

Roma, 18 settembre 2008

Avv. Giacomo Aiello

Causa T-53/08 – Materia trattata: aiuti di Stato – Ricorso presentato il 31 gennaio 2008 – Italia/Commissione. (Avvocato dello Stato S. Fiorentino – AL 47651/07).

LE CONCLUSIONI DELLA RICORRENTE

Annulare la decisione della Commissione n. C(2007) 5400 def. del 20 novembre 2007, notificata in data 21 novembre 2007, relativa all'aiuto di Stato n. C 36/A/2006 (ex NN 38/2006) cui l'Italia ha dato esecuzione a favore di Thyssenkrupp, Cementir e Nuova Terni Industrie Chimiche.

I MOTIVI DELLA RICORRENTE

Con la decisione impugnata, l'aiuto di Stato cui l'Italia ha dato esecuzione a favore di Thyssenkrupp, Cementir e Nuova Terni Industrie Chimiche, e quello concesso e non ancora corrisposto agli stessi beneficiari, sotto forma di condizioni tariffarie favorevoli per la fornitura di energia elettrica, sono stati dichiarati incompatibili col mercato comune.

A sostegno delle proprie pretese, la ricorrente fa valere i seguenti motivi:

1) Violazione degli articoli 87, par. 1, e 88, par 3, CE ed erronea ricostruzione del fatto. Nella propria decisione la Commissione non ha considerato che la misura adottata dallo Stato italiano ed oggetto di contestazione

non costituiva aiuto di Stato, difettando del requisito dell'attribuzione del vantaggio economico. Infatti la misura di proroga delle tariffe elettriche speciali da applicarsi alle società interessate dal procedimento, aventi causa dalla società Terni S.p.A. costituiva una dovuta integrazione dell'indennizzo da espropriazione a suo tempo accordato alla società Terni S.p.A., in ragione del fatto che sopravvenute disposizioni di legge avrebbero comportato una maggiore durata della concessione di produzione dell'energia espropriata.

2) Violazione degli articoli 87 e 88 n. 3 CE ed erronea ricostruzione del fatto. Nella propria decisione la Commissione non ha considerato che la misura adottata dallo Stato italiano ed oggetto di contestazione non costituiva aiuto di Stato, difettando del requisito della concessione dell'aiuto mediante risorse statali. Infatti il costo della misura è posto a carico degli altri utenti del servizio di fornitura dell'energia.

3) Violazione delle forme sostanziali sub specie di carenza di istruttoria e violazione del contraddittorio. Nella propria decisione la Commissione ha definito irrilevanti le risultanze di uno studio economico tendente a valutare il complesso dei sacrifici imposti alla società Terni per effetto dell'espropriazione e il complesso dei benefici da essa ricavati a titolo di indennizzo, perché la congruità del meccanismo risarcitorio può essere effettuata solo ex ante, cioè al momento dell'esproprio. Lo studio era stato realizzato in conformità a precedenti indicazioni della Commissione. La Commissione, ritenendo in astratto irrilevante uno studio da essa in precedenza richiesto, avrebbe dovuto approfondire l'istruttoria, riaprendo il contraddittorio sulle modalità di esecuzione dello studio.

MEMORIA DI REPLICA DEL GOVERNO ITALIANO

Letto il controricorso depositato dalla Commissione delle Comunità europee (in prosieguo «la Commissione» o «Controparte»), il Governo italiano espone, con il presente scritto, ulteriori argomentazioni in replica.

Si argomenterà separatamente in ordine alle osservazioni svolte dalla Commissione rispetto ai tre motivi di ricorso proposti dal Governo italiano. Nel contesto della replica alle osservazioni mosse da Controparte al primo motivo di ricorso, verranno anche svolte alcune controdeduzioni rispetto a quanto da essa enunciato nella sezione denominata «(i)l contesto fattuale e giuridico» del proprio scritto (1).

Sul primo motivo di ricorso: violazione degli articoli 87, par. 1, e 88, par. 3, CE ed erronea ricostruzione del fatto

La misura oggetto della decisione consiste in una ulteriore proroga, sino al 2010, del regime delle tariffe elettriche accordato alla Terni S.p.A. (2)

(1) Punti da 3 a 9 del controricorso.

(2) Regime di cui hanno poi beneficiato tre società succedute alla Terni S.p.A., la ThyssenKrupp, la Cementir e la Nuova Terni (collettivamente indicate come «ex Terni»).

negli anni 1962/3, in occasione delle espropriazione dei suoi impianti e del suo diritto a produrre energia per autoconsumo (quest'ultimo oggetto di una concessione pubblica, destinata ad esaurirsi il 31 dicembre 1992).

In tale circostanza lo Stato italiano indennizzò l'impresa attraverso la concessione di uno speciale regime tariffario (in prosieguo anche indicato come «tariffa Terni»), che aveva lo scopo di far sì che l'impresa sostenesse, per l'energia, costi analoghi a quelli che avrebbe scontato se avesse potuto conservare il diritto a produrre energia (3).

La durata del regime tariffario fu allineata alla durata residua della concessione: l'articolo 6, comma 2, del decreto che disponeva l'espropriazione, stabiliva, infatti, che la tariffa compensativa sarebbe stata praticata sino al 31 dicembre 1992. Questo sistema di indennizzo rese superfluo calcolare, all'epoca dell'esproprio, il valore della concessione (diversamente da quanto si dovette fare per gli impianti), perché l'allineamento tra durata della concessione e durata del regime speciale tariffario garantiva entrambe le parti dal rischio di sovra (o sotto) compensazione.

Come rilevato nel ricorso, nella decisione impugnata si afferma di poter accettare questo sistema di indennizzo (v. soprattutto punti da 73 a 76), essendo «*concepibile che le autorità italiane abbiano inteso allineare la scadenza della tariffa Terni alla scadenza generale, nel 1992, delle concessioni*» (4) (punto 77). La Commissione ha, in particolare, ritenuto che «*il pacchetto risarcitorio originario sia stato congruo*» (punto 78) ed ha concluso che «*la questione cruciale consiste nello stabilire se le proroghe ripetute di questo regime tariffario possano essere considerate parte integrante dell'indennizzo*» (punto 79).

(3) Che questa fosse la finalità della tariffa compensativa è un dato pacifico nella giurisprudenza italiana: oltre alla sentenza 21 novembre 2003, n. 17686 della Corte di cassazione, già citata al punto 18 del ricorso, può qui richiamarsi la recente sentenza 19 luglio 2007, n. 3223, della Corte d'Appello di Roma, che ha ribadito che «*lo speciale regime tariffario previsto temporaneamente per la spa Terni – Società per l'Industria e l'Elettricità (alla quale sono subentrate le tre società ...) dagli artt. 7 e 8 del D.P.R. n. 1165/1963, la cui scadenza è stata prorogata sino al 31 dicembre 2001 con l'art. 20 c. 4 legge n. 9/1991, mira chiaramente – in attuazione dei principi stabiliti nell'art. 4 della legge n. 1643/1962 di nazionalizzazione dell'energia elettrica – a conservare alla Terni (la quale, pur rivestendo la qualità di impresa autoproduttrice di energia elettrica, era stata tuttavia inclusa, per motivi di collocazione territoriale, nel trasferimento all'Enel delle attività elettriche disposto dalla legge n. 1643 citata), per la fornitura di energia elettrica per le attività da questa esercitate, tendenzialmente costi analoghi a quelli che la stessa avrebbe sopportato se avesse potuto continuare ad utilizzare energia autoprodotta*».

(4) L'enfasi sul riferimento alla scadenza *generale* delle concessioni, ha lo scopo di attirare l'attenzione sul cambiamento di opinione della Commissione che, nel controricorso, mette ripetutamente in dubbio che la data del 1992 fosse quella generale di scadenza delle concessioni degli altri autoproduttori. Ad avviso del Governo italiano la questione, in ogni caso, non è decisiva: ciò che appare decisivo è verificare se le concessioni delle società ex Terni – cioè le concessioni che queste avrebbero conservato in assenza dell'espropriazione – sarebbero rientrate nei regimi di proroga attuati dalle leggi del 1991 e del 1999.

La conclusione appare del tutto condivisibile ed in linea con quanto sostenuto dal Governo italiano nel primo motivo di ricorso: se la misura costituisse una dovuta integrazione dell'indennizzo, essa non potrebbe rientrare nella nozione di aiuto di Stato, perché non avrebbe l'effetto di attribuire un vantaggio economico c.d. "artificiale" al beneficiario.

Ebbene, a giudizio del Governo italiano questa è, per l'appunto, la situazione che si è verificata nella fattispecie.

A diversa conclusione potrebbe pervenirsi solo ove si omettesse di considerare che, nel caso dell'espropriazione subita da Terni, l'elemento della corrispondenza tra la durata della concessione e la durata della tariffa speciale era sicuramente un elemento fondamentale del rapporto, perché ne garantiva l'equilibrio economico (il c.d. sinallagma): non sembra possa revocarsi in dubbio – né, invero, la Commissione lo ha fatto – che la coincidenza tra la data di scadenza della tariffa e la data di scadenza della concessione non era occasionale, ma era stata voluta dalle parti per assicurare la corrispettività della prestazioni. Il venir meno di questa corrispondenza temporale, pertanto, avrebbe inevitabilmente determinato un'alterazione dei termini fondamentali del rapporto. La norma di proroga, mirando ad impedire che si producesse tale alterazione, non ha quindi attribuito alcun vantaggio indebito alle società ex Terni, ma, ben diversamente, ha evitato che queste avessero a risentire di un danno ingiusto.

È, infatti, indubbio che le parti, dando vita – attraverso il decreto di esproprio non contestato da Terni – ad un rapporto di durata senza la previsione di meccanismi convenzionali di revisione delle tariffe, avessero accettato il rischio che, per effetto di un mutamento delle condizioni generali del mercato elettrico, l'accordo si sarebbe potuto rivelare, *ex post*, vantaggioso per l'una o per l'altra delle parti. Questo rischio era certamente stato considerato al momento della conclusione di quello che la Commissione definisce l'accordo risarcitorio intervenuto tra le parti, o comunque avrebbe ragionevolmente dovuto esserlo, cosicché esso costituiva la c.d. alea normale dell'accordo.

Quel che sembra altrettanto certo, tuttavia, è che le parti non potessero prefigurarsi che la concessione, ove rimasta in capo a Terni, avrebbe potuto avere una scadenza diversa da quella del 31 dicembre 1992: un simile evento, interamente rimesso alla volontà del legislatore, non era certo prevedibile nel 1962, né può ritenersi che fosse stato accettato dalle parti come rischio.

Ciò ribadito, non sembra che possano persuadere le obiezioni formulate dalla Commissione rispetto al primo dei motivi di ricorso.

La Commissione imputa al Governo italiano di voler ignorare che la fornitura di elettricità era stata espressamente accordata alla società fino al 31 dicembre 1992, senza ancorare in alcun modo la durata della tariffa Terni alla durata delle concessioni di altri autoproduttori (le quali non necessariamente dovevano scadere il 31 dicembre 1992). In questo contesto, non poteva avere quindi rilievo che le concessioni degli altri autoproduttori fossero state prorogate.

Ora, questa obiezione sembra il frutto di un equivoco nel quale – lo si riconosce – la Commissione può essere stata indotta anche da un difetto di chiarezza del ricorso introduttivo sul punto.

In quel ricorso si è sempre riferita l'operatività della proroga alle concessioni degli altri autoproduttori perché era sembrato evidente che solo queste ultime potevano risentire della proroga, dal momento che le società ex Terni non erano più titolari delle concessioni in conseguenza dell'espropriazione. I restanti autoproduttori erano "altri", rispetto alle imprese ex Terni, per l'appunto in quanto solo la Terni aveva subito l'espropriazione.

Terni (e poi le società ex Terni) non era evidentemente più un autoproduttore, ma era titolare di un meccanismo risarcitorio che, come riconosce la Commissione ad esempio al punto 73 della decisione, era volto ad equipararla ad "autoproduttore virtuale": la natura del tutto eccezionale dell'espropriazione che Terni, unica tra gli autoproduttori, aveva subito, imponeva di ricostruire in capo ad essa una situazione quanto più possibile vicina a quella che si sarebbe prodotta se essa non avesse subito l'espropriazione.

In un simile contesto, il punto cruciale non è tanto quello di verificare se vi fosse un nesso tra il meccanismo risarcitorio previsto per Terni e le concessioni degli altri autoproduttori, quanto piuttosto di esaminare se le leggi di proroga si sarebbero applicate a Terni nel caso in cui questa, secondo la regola generale, non si fosse vista espropriare degli impianti e della concessione.

Ebbene, non sembra si possa dubitare che le norme di proroga (cioè l'art. 24 della legge n. 9 del 1991 e l'art. 12, comma 7, del decreto legislativo n. 79 del 1999) avrebbero interessato anche le concessioni di cui era titolare Terni, se la società ne avesse conservato la disponibilità.

È evidente, pertanto, che il fatto di impedire alle imprese ex Terni di beneficiare di tali proroghe legislative – evidentemente sotto forma di proroga della tariffa compensativa – avrebbe fatto cessare la condizione di "autoproduttore virtuale", che la stessa Commissione riconosce fosse ragionevole mantenere in capo a queste imprese. Si è, d'altronde, già rilevato al punto 18 del ricorso che questa esigenza di conservazione della condizione di "autoproduttore virtuale" ha indotto la Corte di cassazione italiana a ritenere che le società ex Terni non dovessero pagare il c.d. "sovrapprezzo nuovi impianti", inserito nella tariffa elettrica italiana a partire dal 1992, dal momento che gli autoproduttori ne erano stati esonerati.

La Commissione dubita, poi, che vi fosse un nesso tra le norme di proroga della tariffa Terni e le norme di proroga delle concessioni: non è provato, sostiene la Commissione, che le due proroghe della tariffa Terni fossero connesse alle proroghe delle concessioni degli altri autoproduttori (v. punti da 7 a 9 e da 24 a 27 del controricorso). In altre parole, Controparte mette in dubbio che la reale finalità delle norme di proroga della tariffa Terni fosse quella di integrare l'originario indennizzo, in ragione della maggiore durata, sia pure virtuale, della concessione espropriata.

Sarebbe, pertanto, casuale che la proroga della tariffa Terni contenuta nella legge n. 9 del 1991 abbia lo stesso termine della proroga delle concessioni, peraltro disposta nel contesto della stessa legge. E sempre a fattori occasionali sarebbe dovuto che la ulteriore proroga, decisa con la misura del 2005 qui contestata, si proietti su una data (il 31 dicembre 2010) che è la medesima data sino alla quale sono state nuovamente prorogate le altre concessioni (5).

Ora, il Tribunale potrà giudicare – qualora lo riterrà – se si tratti di effettivamente di una casualità. Quel che è certo è che, con il primo motivo di ricorso, il Governo italiano ha contestato che la misura in esame rientrasse nella nozione di aiuto di Stato. Ed è noto che ai fini della qualificazione di una misura come aiuto di Stato devono considerarsene esclusivamente gli *effetti*, reali o potenziali (6). Altri aspetti, come le causa e gli obiettivi sottesi alla misura, vanno considerati nella fase successiva dell'indagine, relativa alla compatibilità dell'aiuto con il mercato comune, che non è in discussione in questa sede. Quindi, qualora si condivida che le società ex Terni avessero diritto ad una proroga della tariffa Terni, a titolo di dovuta integrazione dell'originario indennizzo, la misura che ha l'effetto di accordare tale proroga non può essere considerata aiuto di Stato, indipendentemente dalle finalità che si è proposto il legislatore nazionale nell'adottarla.

Da ultimo, la Commissione rileva (v. punti da 21 a 23 del controricorso) che ove si ritenesse che l'indennizzo spettante a Terni fosse in qualche modo ancorato alla durata delle concessioni, risentendo di eventi successivi incidenti su tale durata, ne risulterebbe contraddetto il principio secondo cui l'indennizzo per l'esproprio di un bene deve essere determinato tenendo presente il valore di tale bene al momento dell'esproprio. Controparte cita, al riguardo, la sentenza n. 5 del 1980 della Corte costituzionale italiana (7) e richiama il pacifico indirizzo giurisprudenziale secondo il quale l'indennizzo concesso per l'espropriazione di una area non edificabile non deve essere rivisto nel caso in cui, per effetto di provvedimenti successivi all'esproprio, la stessa area divenga edificabile (e quindi acquisti valore).

Sembra al Governo italiano che, ancora una volta, la Commissione trascuri l'oggetto dell'espropriazione subita da Terni, che non era costituita esclusivamente da beni, ma comprendeva anche il diritto a produrre energia, il cui valore era in funzione della sua durata. Ma la Commissione trascura, soprattutto, che nel caso di specie non si decise di «*indennizzare la società Terni*

(5) Riguardo al fatto che la seconda proroga della tariffa Terni sia intervenuta solo nel 2005, e dunque a distanza di sei anni dalla proroga delle concessioni (circostanza che, secondo la Commissione, confermerebbe nuovamente come non vi sia alcun nesso tra le due misure: v. punto 27 del controricorso), occorre ricordare che, come descritto al punto 22 del ricorso, la misura contenuta nell'articolo 20, comma 4, della legge 9/91, vale a dire quella a suo tempo autorizzata dalla Commissione, prevedeva una fase di c.d. *phasing out*, durante la quale proseguiva un regime speciale tariffario, sia pure in misura decrescente. È evidente, pertanto, che il problema del mancato allineamento tra durata della tariffa Terni e durata delle concessioni si rese più acuto solo in prossimità della scadenza di tale fase e ciò spiega il motivo per cui si intervenne solo nel 2005.

(6) Si tratta di un principio pacifico: v., *inter alia*, Corte di giustizia, sentenza 12 dicembre 2002, causa C-5/01, *Belgio c. Commissione*, punti 45 e 46.

(7) Sentenza che, tuttavia, non sembra pertinente, visto che essa tendeva all'affermazione del principio che l'indennità di esproprio non può essere irrisoria o, comunque, notevolmente inferiore al valore venale del bene. La sentenza non può certo essere interpretata come espressione di un orientamento teso a limitare l'importo dell'indennizzo.

secondo un importo fisso basato sul valore di mercato dei beni espropriati», bensì di concedere l'indennizzo «sotto forma di un quantitativo fisso di energia al prezzo che la società avrebbe pagato se avesse conservato i propri impianti» (si sono nuovamente utilizzate le espressioni contenute nel punto 73 della decisione impugnata, nel contesto del quale la Commissione riconosce che questo metodo rispondeva ad una precisa logica economica, che faceva leva «sul fatto di equiparare Terni ad un "autoproduttore virtuale"»).

Ne consegue che – diversamente dal caso dell'espropriazione di terreni, nel quale si realizza uno scambio istantaneo tra proprietà del bene e denaro (o altra utilità) – le parti avevano dato vita, nella fattispecie, ad un meccanismo risarcitorio eccezionale, che si realizzava attraverso un rapporto c.d. di durata. Ed è solo in quest'ultimo tipo di rapporti, quelli, cioè, che non hanno esecuzione istantanea, che possono avere rilievo gli eventi sopravvenuti (8). Di questo principio, ossia del principio di irrilevanza dell'eccessiva onerosità sopravvenuta nei contratti istantanei (e non di un preteso principio di necessaria predeterminazione dell'indennità di esproprio), costituisce principalmente applicazione la giurisprudenza citata da Controparte relativa all'espropriazione di terreni. Ma è evidente che questa giurisprudenza tiene conto anche del fatto che l'acquisto della edificabilità per un terreno non è certo un evento straordinario ed imprevedibile.

Si vede, quindi, che una riconsiderazione dei termini iniziali del rapporto si sarebbe imposta anche alla stregua degli ordinari principi del diritto privato e, in particolare, del principio di buona fede e di *fairness* che, come noto, non è parte del solo ordinamento giuridico nazionale, ma anche di quello comunitario. Può, infatti, reputarsi essere ormai oggetto di *acquis communautaire* una concezione del contratto secondo la quale la pattuizione delle parti non debba sempre essere considerata intangibile, ma possa subire – in casi eccezionali e giustificati – delle integrazioni o modificazioni, volte di ripristinare il programma economico originariamente stabilito dalle parti quando esso sia notevolmente alterato da circostanze esterne imprevedute, il cui rischio non era stato accettato.

Questo principio è stato, ad esempio, codificato nella c.d. clausola di *hardship* prevista nei *Principle of International Commercial Contracts* (PICC), elaborati in seno all'Unidroit. Nella sezione dedicata all'esecuzione del contratto, l'enunciazione generale secondo la quale le parti sono tenute

(8) Si confronti l'articolo 1467 del codice civile italiano, nel quale è contenuto l'istituto della eccessiva onerosità sopravvenuta:

«Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'articolo 1458.

La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto.

La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto».

ad eseguire le rispettive prestazioni anche se esse siano divenute più onerose (art. 6.2.1), è corretta, appunto, dall'istituto della *hardship*. I caratteri di questo istituto sono descritti nell'articolo 6.2.2.: l'onerosità deve derivare da circostanze esterne sopravvenute (o almeno non conosciute all'epoca della stipula), non previste (né prevedibili) al momento della conclusione del contratto, non dipendenti dalla parte che le invoca e il cui rischio non sia stato accettato in contratto. L'effetto della *hardship* è diretto al mantenimento del contratto, traducendosi in un diritto alla rinegoziazione e nella facoltà di chiedere al giudice la risoluzione o la riconduzione ad equità del rapporto (9).

Un principio ed un meccanismo molto simili sono descritti nell'articolo 6.111 dei *Principles of European Contract Law* (PECL), elaborati dalla Commissione sul diritto europeo dei contratti (c.d. Commissione Lando/Beale) e destinati ad «essere applicati come norme generali di diritto dei contratti nell'Unione europea» (cfr. art. 1, par.1) (10).

(9) Si riporta, per comodità dei Giudicanti, il testo del capitolo 6, sezione 2, intitolata «*Hardship*», dei PICC (versione 2004):

«*Article 6.2.1 - Contract to be observed*

Where the performance of a contract becomes more onerous for one of the parties, that party is nevertheless bound to perform its obligations subject to the following provisions on hardship.

Article 6.2.2 - Definition of hardship

There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished,
and

(a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract;

(b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract;

(c) the events are beyond the control of the disadvantaged party;

and

(d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party.

Article 6.2.3 - Effects of hardship

(1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based.

(2) The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance.

(3) Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court.

(4) If the court finds hardship it may, if reasonable,

(a) terminate the contract at a date and on terms to be fixed,

or

(b) adapt the contract with a view to restoring its equilibrium».

(10) Si riporta l'articolo 6.111, rubricato «*Change of Circumstances*», dei PECL (versione 1999):

«(1) *A party is bound to fulfil its obligations even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of the performance it receives has diminished.*

Nella fattispecie, alla luce delle considerazioni sin qui svolte, è giocoforza ritenere che ricorreranno le condizioni per l'applicazione dei suddetti istituti.

Sul secondo motivo di ricorso: violazione degli artt. 87 e 88 n. 3 CE ed erronea ricostruzione del fatto

In replica al secondo motivo di ricorso, la Commissione ha eccepito che la componente tariffaria tramite la quale le società ex Terni vengono rimborsate (attraverso la corresponsione di un ammontare pari alla differenza tra importo pieno della tariffa e importo della tariffa Terni), avrebbe natura parafiscale, il che rende evidente che la misura contestata è attuata attraverso risorse statali.

Si tratterebbe, infatti, di un contributo obbligatorio riscosso dallo Stato, il cui introito è destinato a determinate imprese.

Sul punto, si ritiene che il Tribunale disponga già di tutti gli elementi per decidere e, pertanto, ci si limita a ribadire, in via di estrema sintesi, quanto enunciato nel ricorso introduttivo.

Il costo sostenuto per l'indennizzo dovuto a Terni è, evidentemente, un costo di produzione e distribuzione dell'energia. È evidente che questo costo industriale debba essere posto a carico dei clienti dell'impresa, vale a dire degli utenti del servizio elettrico (i quali lo scontano a misura del proprio consumo, attraverso il pagamento di una particolare voce della tariffa): non si vede dove l'ENEL dovrebbe altrimenti reperire le disponibilità per finanziare questo costo.

Né può assumere rilievo decisivo che l'importo della tariffa, ed anche della voce supplementare, sia determinato da provvedimenti pubblici delle autorità di regolazione. È questa, infatti, una caratteristica che inerisce all'intera tariffa.

Non si tratta, pertanto, di un prelievo parafiscale, sia perché, come rilevato nel ricorso, esiste un vincolo di destinazione assoluta tra prelievo e

(2) *If, however, performance of the contract becomes excessively onerous because of a change of circumstances, the parties are bound to enter into negotiations with a view to adapting the contract or terminating it, provided that:*

(a) *the change of circumstances occurred after the time of conclusion of the contract,*
 (b) *the possibility of a change of circumstances was not one which could reasonably have been taken into account at the time of conclusion of the contract,*
 and

(c) *the risk of the change of circumstances is not one which, according to the contract, the party affected should be required to bear.*

(3) *If the parties fail to reach agreement within a reasonable period, the court may:*

(a) *end the contract at a date and on terms to be determined by the court;*

or

(b) *adapt the contract in order to distribute between the parties in a just and equitable manner the losses and gains resulting from the change of circumstances.*

In either case, the court may award damages for the loss suffered through a party refusing to negotiate or breaking off negotiations contrary to good faith and fair dealing».

beneficiari dell'introito sia, e soprattutto, perché tali somme vengono erogate alle imprese beneficiarie a titolo di corrispettivo per la "cessione", ossia per la subita espropriazione, degli impianti e della concessione a produrre.

Sul terzo motivo di ricorso: violazione delle forme sostanziali sub specie di carenza di istruttoria e violazione del contraddittorio

Rispetto al terzo motivo di ricorso, la Commissione obietta che, pur avendo commissionato al Governo italiano uno studio teso a confrontare il valore contabile dei beni espropriati e il valore dei benefici concessi, nel corso degli anni, attraverso la tariffa Terni, essa non avrebbe mai accettato il principio secondo il quale poteva avere un qualche rilievo la valutazione *ex post* della congruità dell'indennizzo (rinunciando ad opporvi il principio secondo il quale questa congruità può essere valutata solo *ex ante*).

Per tale ragione, la Commissione non avrebbe avuto motivo, prima di assumere la decisione definitiva, di informare le autorità italiane della propria decisione di ritenere irrilevante, già in astratto, lo studio, né di riaprire il contraddittorio su tale questione.

In ogni caso, se pure si ipotizzasse l'esistenza di una irregolarità del procedimento, il Governo italiano non avrebbe portato argomenti per dimostrare che tale irregolarità abbia avuto una qualche incidenza sulla decisione. Non è vero, in particolare, che ciò avrebbe impedito alle autorità italiane di introdurre nel procedimento nuovi e significativi argomenti difensivi.

Quanto al primo aspetto, non si può non ribadire come la condotta della Commissione, nel corso del procedimento, sia stata quanto meno contraddittoria: non si vede perché venga commissionato un studio, se poi, una volta visionate le conclusioni dello studio, si reputi che lo studio non possa avere alcun rilievo essendo ispirato ad un metodo – quello della valutazione *ex post* della congruità – comunque inidoneo a portare un qualsiasi contributo alla decisione.

Sembra, per converso, evidente che, commissionando lo studio con le modalità descritte al punto 68 del ricorso, la Commissione abbia ingenerato un legittimo affidamento nelle autorità italiane circa il fatto che le risultanze del lavoro sarebbero state in qualche modo valutate ai fini del decidere.

Si vede pertanto che, nel dichiarare senz'altro irrilevante lo studio, peraltro esternando questo giudizio solo nel contesto della decisione finale (punto 86 della decisione) e nel valutarne il contenuto solo *ad abundantiam* (punti da 87 a 90), la Commissione ha violato questo affidamento che si era ingenerato all'interno del provvedimento.

Quanto alla seconda obiezione, relativa alla (non) incidenza di un eventuale vizio del procedimento sul contenuto della decisione, nel ricorso (punto 75) si è già cercato di spiegare che, qualora la Commissione avesse manifestato, in un atto antecedente alla decisione, il proprio ripensamento o le proprie perplessità sul metodo dello studio, aprendo un contraddittorio sul punto, il Governo italiano avrebbe potuto far valere, a propria volta, le proprie perplessità.

In questa fase, il Governo italiano avrebbe, quindi, potuto far valere che il metodo proposto per lo studio – se, forse, come afferma la Commissione

al punto 87 della decisione, sottovalutava il vantaggio tariffario della Terni – certamente sottovalutava il sacrificio economico della società, perché lo limitava al valore degli impianti, senza considerare come autonomo oggetto di valutazione il diritto espropriato, cioè la concessione a produrre.

E questa mancata valutazione ha finito per influire anche sulla correttezza dell'analisi sostanziale che, sia pure *ad abundantiam*, la Commissione ha svolto.

Conclusioni

Per le ragioni sin qui illustrate il Governo della Repubblica Italiana insiste nelle conclusioni formulate nel ricorso e confida nel loro accoglimento.

Roma, 14 luglio 2008

Avv. Sergio Fiorentino

IL CONTENZIOSO NAZIONALE

Limiti alla capacità giuridica per le imprese pubbliche che gestiscono servizi pubblici locali

(Corte costituzionale, sentenza 1 agosto 2008 n. 326)

La materia dei pubblici servizi locali non trova requie. Da un lato una Corte di Giustizia dell'Unione Europea incerta sulle caute aperture sull' *in house providing*, dall'altra un legislatore nazionale e la giurisprudenza amministrativa che, in nome di una privatizzazione i cui effetti positivi sulla gestione dei pubblici servizi locali sono tutti da dimostrare, tendono ad assumere nei confronti del diritto europeo degli appalti e dei pubblici servizi un atteggiamento "più realista del re".

Con la sentenza 328 del 1° agosto 2008 la Corte costituzionale, che era rimasta sostanzialmente estranea alle molte scelte fatte dal legislatore ordinario sul Testo Unico degli Enti Locali in tema di adeguamento alle norme europee sulla concorrenza e sugli appalti, entra nel gioco e rigetta, come non fondata, la questione di costituzionalità sull'art 13 del Decreto Legge Bersani laddove impone alle aziende pubbliche affidatarie *in house* di servizi locali di dismettere tutte le partecipazioni e gli interessi che possano riferirsi a enti e soggetti (pubblici e privati) diversi da quelli che li hanno creati.

La tesi della Corte costituzionale può anche convincere sul piano politico istituzionale; occorre trovare un freno all'allargamento oltre misura delle partecipazioni pubbliche regionali, chi svolge per privilegio un servizio pubblico non può ragionevolmente usare di questa posizione privilegiata per andare a disturbare la normale concorrenza tra imprenditori privati nelle gare pubbliche di appalti servizi e forniture, occorre trasparenza, concorrenzialità e via dicendo.

In tale contesto tuttavia quello che preoccupa il giurista è il procedimento attraverso cui la Corte costituzionale arriva alle sue conclusioni e la giustificazione che essa adduce per evitare di affrontare il problema di fondo posto dalle regioni. Può il legislatore nazionale limitare del tutto il potere delle amministrazioni regionali e locali di individuare liberamente la sfera

dei pubblici servizi di cui una comunità locale intende accollarsi la responsabilità gestionale? Ed in secondo luogo, una volta che un soggetto pubblico esercita direttamente (con propri uffici) o attraverso una società a totale partecipazione pubblica un dato servizio pubblico, può il soggetto operativo utilizzare la propria esperienza e capacità per proporsi poi ad altri soggetti pubblici o privati? Od anche, più semplicemente, può vendere a privati o a pubblici, i sottoprodotti della propria attività economica, realizzando quel minimo di efficienza ed economia di gestione che pur la legge impone alle strutture comunque pubbliche?

La Corte assorbe tutte queste legittime domande in una distinzione che fa da premessa alla motivazione della sua sentenza: *“Le disposizioni impugnate definiscono il proprio ambito di applicazione non secondo il titolo giuridico in base al quale le società operano, ma in relazione all’oggetto sociale di queste ultime. Tali disposizioni sono fondate sulla distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica e attività d’impresa di enti pubblici. L’una e l’altra possono essere svolte attraverso società di capitali, ma le condizioni di svolgimento sono diverse. Nel primo caso vi è attività amministrativa, di natura finale o strumentale, posta in essere da società di capitali che operano per conto di una pubblica amministrazione. Nel secondo caso, vi è erogazione di servizi rivolta al pubblico (consumatori o utenti), in regime di concorrenza.*

Le disposizioni impugnate mirano a separare le due sfere di attività per evitare che un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività d’impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto pubblica amministrazione...”

Sarà vero? Finalmente dopo cent’anni dalle municipalizzazioni abbiamo un criterio fisso per distinguere tra pubblica funzione e pubblico servizio?

Eppure le disposizioni legislative interpretate dalla Corte sono ben scarse; esse individuano i soggetti disciplinati dall’art 13 del decreto Bersani unitariamente nelle *“società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all’attività di tali enti, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza”*.

La distinzione nella legge non esiste, ma serve ad affossare un’esperienza collettiva di accumulo e paragone, che in Italia è tradizionale ed in tutta Europa viene comunemente e legittimamente (sul piano del diritto comunitario) praticata.

G.F.

Corte costituzionale, sentenza del 1 agosto 2008 n. 326 – Pres. F. Bile – Red. S. Cassese - nei giudizi di legittimità costituzionale dell’art. 13 del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, recante *«Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all’evasione fiscale»*, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248,

recante «*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, recante disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale*», promossi con ricorsi della Regione Veneto (nn. 2 ricorsi – Avv.ti M. Bertolissi e A. Manzi), della Regione siciliana (Avv. G. Pitruzzella), della Regione Friuli-Venezia Giulia (Avv. G. Falcon) e della Regione Valle d'Aosta (Avv. F.S. Marini), c/ Presidente del Consiglio dei Ministri (Avv. dello Stato D. Del Gaizo).

«(...) *Ritenuto in fatto*

1.- La Regione Veneto ha sollevato, con un primo ricorso (n. 96 del 2006), questione di legittimità costituzionale, oltre che di altre norme dello stesso decreto-legge, dell'art. 13 del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, recante «*Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale*», per violazione degli artt. 3, 97, 114, 117, 118, 119 e 120 della Costituzione.

L'articolo impugnato (che reca la rubrica «*Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*») impone alcuni limiti alle società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza. È stabilito, in particolare, che esse operino esclusivamente con gli enti costituenti ed affidanti, non svolgano prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, non partecipino ad altre società o enti e abbiano oggetto sociale esclusivo. L'articolo contiene anche una disciplina transitoria, che definisce i termini e le modalità della cessazione delle attività non consentite, e commina la nullità ai contratti conclusi in violazione delle nuove norme.

Ad avviso della Regione, il legislatore statale ha inteso, con le norme impugnate, evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e assicurare la parità degli operatori, impedendo che soggetti destinatari dei cosiddetti «*obblighi di servizio pubblico*», solo formalmente privatizzati ma soggetti a un'influenza dominante dei pubblici poteri, possano operare, avvantaggiandosi del regime speciale di cui godono, anche sul libero mercato. Date queste finalità della disciplina statale, reputa peraltro la Regione che la norma impugnata violi la sfera di autonomia regionale poiché, facendo valere ragioni di tutela della concorrenza, comprime irragionevolmente l'autonomia legislativa e amministrativa della Regione. Con le disposizioni impugnate, secondo la ricorrente, «*si è posta in essere una disciplina puntuale che non lascia alcuno spazio alla Regione per dettare una normativa che tenga conto delle necessità locali e nemmeno dei tempi di attuazione dei principi statali secondo criteri di adeguatezza e proporzionalità*».

2.- Con un secondo ricorso (n. 103 del 2006), la Regione Veneto ha sollevato questione di legittimità costituzionale, oltre che di altre norme dello stesso decreto-legge, dell'art. 13 del decreto-legge n. 223 del 2006, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, recante «*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, recante disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale*», per violazione degli artt. 3, 97, 114, 117, 118, 119 e 120 della Costituzione.

Questione di legittimità costituzionale dello stesso articolo, oltre che di altre norme dello stesso decreto-legge, è stata sollevata anche dalla Regione siciliana (r. ric. n. 104 del 2006), dalla Regione Friuli-Venezia Giulia (r. ric. n. 105 del 2006) e dalla Regione Valle d'Aosta (r. ric. n. 107 del 2006).

L'articolo impugnato (che, anche a seguito della conversione, reca la rubrica «Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza») impone alcuni limiti alle società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza. È stabilito, in particolare, che esse operino esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non svolgano prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, non partecipino - con esclusione delle società che svolgono l'attività di intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 - ad altre società o enti e abbiano oggetto sociale esclusivo. L'articolo contiene anche una disciplina transitoria, che definisce i termini e le modalità della cessazione delle attività non consentite, e commina la nullità ai contratti conclusi in violazione delle nuove norme.

3.- Il ricorso della Regione Veneto lamenta la violazione degli artt. 3, 97, 114, 117, 118, 119 e 120 della Costituzione. Secondo la Regione, la legge di conversione del decreto, lungi dall'eliminare le norme lesive dell'autonomia regionale, ne ha introdotto di nuove, viziate di illegittimità costituzionale sotto i medesimi profili. Permangono, pertanto, nell'art. 13 del decreto-legge, quale risulta dopo la conversione, le stesse violazioni dell'autonomia legislativa e amministrativa della Regione e degli enti locali, fatte valere con il precedente ricorso n. 96 del 2006.

4.- Il ricorso della Regione siciliana lamenta la violazione degli artt. 41, primo e terzo comma, e 3 Cost., sotto il duplice profilo della violazione dei principi di eguaglianza e di ragionevolezza, nonché degli artt. 14, lettera *p*), e 17, lettera *i*), del regio decreto legislativo 15 maggio 1946, n. 455 (Approvazione dello Statuto regionale della Regione siciliana). Premette la Regione che la disposizione censurata si riferisce esclusivamente alle cosiddette «società strumentali», costituite o partecipate dalle Regioni e dagli altri enti locali per la produzione di beni e servizi a favore di tali enti e che, a norma del suddetto articolo, esse debbono operare esclusivamente con gli enti costituenti e affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici e privati, neppure a seguito di gara pubblica, e non possono partecipare ad altre società o enti.

Secondo la Regione, la norma impone alle società strumentali limitazioni territoriali che non appaiono coerenti con l'art. 41 Cost., il quale, nell'affermare il principio della libera iniziativa economica privata (primo comma), «circoscrive l'intervento dello Stato alla funzione di indirizzo e coordinamento dell'attività economica pubblica e privata a fini sociali (terzo comma)». Aggiunge la Regione che il legislatore statale, ponendo il divieto in questione per le sole società a capitale interamente pubblico o misto (pubblico-privato), costituite o partecipate dalle amministrazioni regionali e locali, le ha penalizzate rispetto alle società costituite o partecipate dallo Stato o concessionarie di pubblici servizi, e ciò in violazione, oltre che del suindicato parametro costituzionale, anche del principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost. e senza attenersi ad alcun criterio di proporzionalità e adeguatezza (sentenza n. 14 del 2004), essenziale a definire l'ambito di operatività della competenza legislativa statale in materia di «tutela della concorrenza». Osserva ancora la Regione che la norma statale in esame, disciplinando l'attività di enti strumentali della Regione, appare lesiva della competenza legislativa esclusiva in materia di «ordinamento degli uffici e degli enti regionali», prevista dall'art. 14, lettera *p*), dello statuto siciliano, e, in ogni caso, di quella prevista dall'art. 17, lettera *i*), dello statuto per «tutte le altre materie che implicano servizi di prevalente interesse regionale».

5.- Il ricorso della Regione Friuli-Venezia Giulia lamenta la violazione degli artt. 3, 41, 117 e 119 Cost., nonché dell'art. 4, comma unico, nn. 1, 1-*bis*, e n. 6, dell'art. 8 e art. 48 della legge costituzionale 31 gennaio 1963, n. 1 (Statuto speciale della Regione Friuli-Venezia Giulia).

Osserva preliminarmente la Regione che la legge di conversione ha aggiunto nell'art. 1 del decreto-legge il comma 1-*bis*, recante una «clausola di salvaguardia» in virtù della quale «le disposizioni di cui al presente decreto si applicano alle regioni a statuto speciale e alle province autonome di Trento e di Bolzano in conformità agli statuti speciali e alle relative norme di attuazione». Pertanto, ove si dovesse ritenere che, per effetto di tale clausola, le norme impugnate non si applichino nella Regione Friuli-Venezia Giulia, verrebbero meno le doglianze da essa avanzate.

Il ricorso della Regione è articolato in sei motivi.

5.1.- Con il primo motivo, la Regione eccepisce che i commi 1, 2 e 4, dell'art. 13 del decreto-legge, come convertito, sono lesivi dell'autonomia organizzativa e finanziaria della Regione, in quanto sottopongono ad un regime giuridico restrittivo e discriminatorio le società pubbliche o miste, costituite o partecipate dalle amministrazioni regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali, «senza collegare le limitazioni al godimento di una condizione di esonero dalla concorrenza grazie ad un regime di affidamento diretto».

Ricorda innanzitutto la Regione che essa è legittimata anche a far valere l'autonomia finanziaria degli enti locali, atteso che la giurisprudenza costituzionale ha ritenuto sussistente in via generale una tale legittimazione in capo alle Regioni, dal momento che «la stretta connessione, in particolare [...] in tema di finanza regionale e locale, tra le attribuzioni regionali e quelle delle autonomie locali consente di ritenere che la lesione delle competenze locali sia potenzialmente idonea a determinare una vulnerazione delle competenze regionali» (sentenza n. 417 del 2005).

La Regione osserva poi che le severe restrizioni imposte alle società contemplate si collegano «non a particolari condizioni di favore nelle quali le società in argomento svolgano la loro attività, ma alla stessa struttura soggettiva ed all'oggetto di tali società». Ad avviso della Regione, se per «società costituite o partecipate per la produzione di beni e servizi strumentali» si dovessero intendere le «società che svolgono tali servizi in regime di affidamento diretto», le restrizioni si collegherebbero alla condizione di affidamento privilegiato in cui esse si trovano: «ed è ovvio che, se così fosse, basterebbe uscire da tale condizione per ritornare al regime generale delle società, senza restrizione alcuna». Questa interpretazione, prosegue la Regione, sarebbe senz'altro coerente con la finalità dichiarata della norma di «evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori». Tale interpretazione non è consentita, tuttavia, dalla formulazione letterale della norma, la quale, nel restringere la capacità contrattuale anche di società che non godono di alcun privilegio di affidamento diretto, viola in modo diretto le competenze statutarie della Regione, in quanto incide su materie regionali (cioè sull'organizzazione della Regione e degli enti locali e sull'industria e commercio: art. 4, nn. 1, 1-*bis* e 6, dello statuto; art. 117, quarto comma, Cost., in relazione all'art. 10 della legge cost. n. 3 del 2001, dato che l'organizzazione regionale e l'industria e commercio ricadono nella competenza piena delle Regioni ordinarie) e interferisce con l'autonomia amministrativa (cui è funzionale quella organizzativa) e finanziaria della Regione e degli enti locali (artt. 8 e 48 e seguenti dello statuto).

Le norme impugnate, secondo la ricorrente, violano inoltre: il principio di uguaglianza di cui all'art. 3, primo comma, Cost., dato che vengono trattate in modo diseguale situazioni uguali, nonché i principi di ragionevolezza e proporzionalità; l'art. 41 Cost., in quan-

to esse precludono l'esercizio del diritto di libera iniziativa economica, il quale, a condizione che non si alteri la concorrenza, vale ugualmente per i soggetti pubblici e privati (e comunque sarebbe leso il diritto di iniziativa dei privati nelle società miste); «il principio di ragionevolezza e di proporzionalità», in quanto le norme impugnate «pongono drastiche limitazioni di capacità dove basterebbe un limite connesso all'eventuale affidamento diretto dei compiti strumentali».

5.2.- Con un secondo motivo di ricorso, la Regione prospetta l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, commi 1, 2 e 4, del decreto-legge n. 223 del 2006, come convertito, in quanto lesivo dell'autonomia organizzativa e finanziaria della Regione, laddove sottopone le società pubbliche o miste, costituite o partecipate dalle amministrazioni regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali, «ad un regime giuridico restrittivo e discriminatorio, rispetto alle altre società ed alle stesse società pubbliche o miste partecipate dallo Stato o da amministrazioni nazionali». Si tratta, secondo la Regione, di una ragione di illegittimità che, al contrario della precedente, non può essere superata da un'interpretazione adeguatrice. Invero, le disposizioni impugnate discriminano, rendendola peggiore, la condizione giuridica delle società partecipate dalle Regioni e dagli enti locali rispetto alle società che, per scopi del tutto simili, sono costituite o partecipate dallo Stato o da altri enti pubblici nazionali.

Argomenta la ricorrente che non solo le Regioni e gli enti locali, ma anche lo Stato ed enti pubblici nazionali hanno costituito società pubbliche o miste per l'esercizio di funzioni strumentali. Se pure nel merito fosse giustificata una disciplina restrittiva della capacità contrattuale di determinati tipi di società a partecipazione pubblica, non lo sarebbe una restrizione della capacità contrattuale ed operativa delle sole società costituite o partecipate dalle Regioni e dagli enti locali, «che vengono poste in una condizione di vera e propria minorità giuridica». Onde è evidente, prosegue la Regione, che la discriminazione così posta «contraddice il principio di uguaglianza e costituisce un abuso della stessa potestà legislativa statale in materia di ordinamento civilistico delle società: potestà che viene [...] esercitata non per porre una disciplina generale del fenomeno delle società a partecipazione pubblica, ma esclusivamente in danno delle società regionali e locali».

5.3.- Un terzo motivo di ricorso è incentrato sull'illegittimità costituzionale dell'art. 13, commi 1, 2 e 4, del decreto-legge n. 223 del 2006, come convertito, in quanto lesivo dell'autonomia organizzativa e finanziaria della Regione nella parte in cui vieta «indiscriminatamente alle società pubbliche o miste, costituite o partecipate dalle amministrazioni regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali, di "operare" per soggetti diversi dagli enti costituenti, partecipanti o affidanti, di svolgere "prestazioni" a favore di altri soggetti pubblici o privati, nonché di partecipare ad altre società o enti».

Con riguardo al divieto di partecipare ad altre società o enti, la Regione fa rilevare che le società regionali, al pari delle società statali, operano talora attraverso altre società, il cui capitale sociale è posseduto dalle prime al cento per cento, quindi le misure contestate priverebbero irragionevolmente le società in questione di ogni flessibilità operativa e, per quanto riguarda la partecipazione ad enti, di ogni capacità di collegamento con la stessa realtà di cui debbono occuparsi. Un discorso analogo riguarda, secondo la Regione, il limite relativo all'«operare» solo con gli enti costituenti, partecipanti o affidanti e alle «prestazioni», escluse in relazione ad «altri soggetti pubblici o privati», che si risolverebbe nella violazione, oltre che dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità, del principio di certezza del diritto.

5.4.- Uno specifico motivo riguarda l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, comma 3, del decreto-legge n. 223 del 2006, come convertito, che impone termini per cessare le attività non consentite e sanzioni per il mancato rispetto dei divieti. Secondo la Regione, tali

disposizioni sarebbero costituzionalmente illegittime, in primo luogo, in quanto presuppongono e completano l'illegittima disciplina sopra censurata.

In secondo luogo, il terzo periodo, che stabilisce l'inefficacia dei contratti relativi ad attività non cedute o scorporate, sarebbe illegittimo sotto il profilo della contraddittorietà e della irragionevolezza, in relazione a quanto disposto dai due periodi precedenti. Osserva la ricorrente che le società in questione possono «transitoriamente» - per dodici mesi - continuare a svolgere le loro attività; che a tali dodici mesi seguono, in base al secondo periodo, altri diciotto mesi, durante i quali le «attività non consentite» possono essere cedute a terzi o scorporate in una diversa società da cedere sul mercato. Senonché, prosegue la difesa della Regione, quel che dispone il terzo periodo - cioè la cessazione degli effetti dei contratti relativi alle attività non cedute o scorporate nel «termine indicato nel primo periodo» (cioè alla scadenza dei primi dodici mesi) - è del tutto assurdo, poiché le attività cedute o scorporate e, corrispondentemente, quelle non cedute o scorporate, risulteranno soltanto alla fine del periodo di diciotto mesi che le Regioni e gli enti locali hanno a disposizione per provvedere alla cessione o allo scorporo. La norma, dunque, sarebbe, prima ancora che costituzionalmente illegittima, di impossibile applicazione, se non «retroattivamente».

5.5.- Un altro profilo di illegittimità costituzionale investirebbe il secondo periodo del comma 3, ove «la facoltà data alle società strumentali di cedere le attività a terzi o di scorporarle costituendo una società da collocare sul mercato dovesse intendersi come preclusiva della possibilità di cedere o scorporare tali attività in favore di altra società regionale o locale, da costituire o esistente, che operi esclusivamente sul mercato, e non rientri nel campo di applicazione dell'art. 1 3». In effetti, osserva la Regione, «l'obbligo di cedere a terzi, o sul mercato (che è composto anch'esso, ovviamente, di «terzi») beni e patrimoni che, attraverso la società, costituiscono risorse economiche e nel caso imprenditoriali delle comunità locali ne viola l'autonomia finanziaria, in contraddizione aperta con l'art. 119 Cost. e con l'art. 48 e seguenti dello statuto regionale e realizza una sorta di esproprio di attività economiche, del tutto privo di fondamento costituzionale e del tutto privo di connessione con l'obiettivo di tutelare la concorrenza».

5.6.- Un ulteriore, autonomo profilo di irragionevolezza dell'art. 13, comma 4, del decreto-legge n. 223 del 2006, come convertito, per le stesse ragioni di cui al punto precedente, emerge, secondo la Regione, in quanto si ritenga che la nullità dei contratti stipulati in violazione delle prescrizioni dei commi 1 e 2 colpisce tutti i contratti stipulati dalle società di cui al comma 1 che, al momento del contratto, conservino partecipazioni in altre società o enti. Osserva al riguardo la Regione che le partecipazioni non costituiscono «attività» e non rientrano, dunque, nel campo di applicazione del comma 3 e delle scadenze temporali ivi previste. Le partecipazioni sono, infatti, in primo luogo elementi patrimoniali, la cui cessione potrebbe essere facile o difficile, o anche giuridicamente impossibile ove non si trovasse alcun soggetto disposto ad acquistarle. D'altronde, una cosa è la nullità di contratti che direttamente si riferiscano ad attività vietate (ferme restando le censure sopra esposte su tali divieti e sulla loro formulazione); tutt'altra cosa sarebbe la nullità di contratti che si riferiscono ad attività consentite, e che nessun rapporto hanno con le ipotizzate partecipazioni in società o enti.

6.- Il ricorso della Regione Valle d'Aosta lamenta la violazione degli artt. 3 e 117 Cost., nonché dell'art. 2, comma 1, lettere *a*) e *b*), dello statuto della Regione Valle d'Aosta di cui alla legge costituzionale 26 gennaio 1948, n. 4 (Statuto regionale per la Valle d'Aosta).

Osserva preliminarmente la Regione che, in virtù della «clausola di salvaguardia», contenuta nell'art. 1, comma 1-*bis* del decreto-legge n. 223 del 2006, come convertito, questo si applica alle Regioni a statuto speciale e alle Province autonome di Trento e Bolzano

«in conformità agli statuti speciali e alle relative norme di attuazione». Tuttavia, il tenore letterale delle disposizioni impugnate non consente di escludere con certezza la loro efficacia nei riguardi delle Regioni ad autonomia speciale, trattandosi di prescrizioni che, se riferite anche alla Regione Valle d'Aosta, presentano molteplici profili di illegittimità costituzionale. Pertanto, la possibilità che esse vadano interpretate in senso lesivo delle attribuzioni della Regione induce a farle oggetto di impugnazione, sulla scorta della giurisprudenza della Corte, per cui il giudizio in via principale può concernere questioni sollevate sulla base di interpretazioni non implausibili prospettate dal ricorrente (sentenza n. 412 del 2004).

6.1.- Con il primo motivo di ricorso, la Regione eccepisce la violazione del principio costituzionale di ragionevolezza, *sub specie* di vizio di irrazionalità, nonché dell'art. 117, secondo e quarto comma, Cost., e dell'art. 2, comma 1, lettere *a*) e *b*), dello statuto speciale per la Valle d'Aosta.

Secondo la Regione, «per quanto l'intervento normativo dichiara di voler perseguire la tutela della concorrenza, in realtà esso, lungi dal rimuovere elementi distorsivi del mercato o dal promuovere un ampliamento delle possibilità di accesso degli attori che vi operano, determina il ben diverso effetto di escludere dal mercato stesso una categoria di soggetti», vale a dire proprio «le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali», con i requisiti dianzi riferiti. L'effetto di limitazione della concorrenza sarebbe fatto palese, in particolare, dalla previsione in base alla quale le società di cui s'è detto non possono svolgere prestazioni a favore di soggetti diversi dagli enti costituenti, partecipanti o affidanti, neppure a seguito dell'espletamento di una gara. Sostiene la Regione che, «poiché sono proprio le procedure di gara ad assicurare per eccellenza, e anzi ad esaltare la concorrenza tra i diversi operatori economici presenti sul mercato, l'esclusione della possibilità di competere a danno di taluno di essi - per giunta, per il mero fatto di essere costituiti o partecipati non da qualsivoglia ente pubblico, ma soltanto da enti regionali e locali - determina esattamente una forma di quella alterazione e distorsione della concorrenza e del mercato che la norma impugnata manifesta di voler evitare». Del resto, prosegue la Regione, a smentire qualunque relazione fra le disposizioni impugnate e presunte attuazioni di obblighi comunitari, è sufficiente rilevare come neppure la giurisprudenza comunitaria in tema di *in house providing*, particolarmente solerte nella garanzia della concorrenza, abbia mai richiesto che società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni regionali e locali «per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti» o «per lo svolgimento di funzioni amministrative di loro competenza», operino esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti. Né si comprende, secondo la Regione, come possa ragionevolmente perseguirsi la tutela della concorrenza imponendo i riferiti divieti esclusivamente alle società costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali, senza estendere le medesime proibizioni alle analoghe società costituite o partecipate dalle amministrazioni statali.

Data, dunque, la palese contraddittorietà tra il fine che l'art. 13 del decreto legge n. 223 del 2006 si propone di perseguire (la tutela della concorrenza) ed i risultati cui esso approda, la norma impugnata viene ad incidere *sine titulo* in un ambito di competenza normativa che risulta assegnato alla Regione Valle d'Aosta sia dalle previsioni di cui all'art. 2, comma 1, lettera *a*) e *b*), dello statuto speciale (che rimettono alla potestà legislativa regionale, rispettivamente, le materie «ordinamento degli uffici e degli enti dipendenti dalla Regione e stato giuridico ed economico del personale» e «ordinamento de gli enti locali e delle relative circoscrizioni»), sia dal combinato disposto dei commi secondo e quarto dell'art. 117 Cost., a norma dei quali spetta alla potestà legislativa statale soltanto la disciplina dell'«ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato».

6.2.- Un secondo motivo di ricorso assume che le norme recate dall'art. 13 del decreto-legge n. 223 del 2006, come convertito, violino i principi di proporzionalità e di leale collaborazione e, ancora, l'art. 117, secondo e quarto comma, Cost. e l'art. 2, comma 1, lettere a) e b), dello statuto speciale della Regione Valle d'Aosta.

Osserva la Regione che la legislazione statale, che invada gli ambiti di materia di pertinenza delle Regioni fondando il suo intervento sull'esigenza di porre norme in una delle materie - quale la tutela della concorrenza - finalistiche o trasversali, deve comunque rispettare requisiti ineludibili, ulteriori rispetto a quello della sua razionalità. Essa, per potersi dire legittima, deve essere «giustificata» e «proporzionata» rispetto all'obiettivo perseguito (sentenze n. 214 del 2006, n. 175 del 2005 e nn. 272 e 14 del 2004). Inoltre, la Corte ha precisato (a partire dalla sentenza n. 407 del 2002) che l'esercizio della potestà legislativa statale in una materia «finalistica» è subordinato all'esigenza di curare un interesse «unitario e infrazionabile».

Secondo la ricorrente, l'invasione operata dalle norme contestate risulta del tutto sproporzionata rispetto alle modalità attraverso cui viene perseguita la finalità di tutela della concorrenza. La normativa statale censurata, infatti, sacrifica integralmente la competenza regionale a legiferare sulle società costituite o partecipate dalla Regione o dagli enti locali, non lasciando alcuno spazio per l'intervento regolativo della Regione. La violazione del principio di proporzionalità deriverebbe anche da quella del principio di leale collaborazione: a fronte della compressione della competenza normativa in ambiti di loro spettanza, l'intervento legislativo statale non è stato preceduto da meccanismi e procedimenti che mettessero le Regioni in condizione di svolgere qualche forma di partecipazione e di offrire il loro contributo all'elaborazione della disciplina statale. Ciò vale tanto più, secondo la ricorrente, con riferimento alle Regioni ad autonomia speciale.

La Regione osserva poi che, a fronte del sacrificio integrale della competenza regionale, tanto poco era pressante l'«interesse unitario e infrazionabile» che il legislatore statale ha ommesso di estendere i divieti previsti nell'art. 13 alle società costituite o partecipate dalle amministrazioni statali. Se davvero si fosse inteso perseguire un interesse unitario, secondo la ricorrente, i rigidi criteri di esclusione avrebbero dovuto trovare applicazione innanzitutto nei confronti delle società in cui sono coinvolte le amministrazioni dello Stato, dal momento che è proprio lo Stato l'ente territoriale che rappresenta la massima istanza unitaria.

7.- In tutti i giudizi si è costituita, per il Presidente del Consiglio dei ministri, l'Avvocatura generale dello Stato. Essa rileva, preliminarmente, che la legge di conversione n. 248 del 2006 del d.l. n. 223 del 2006 ha introdotto una serie di modifiche ad alcune disposizioni del decreto impugnate con il primo ricorso della Regione Veneto (retro, *sub* 1). Donde, con riguardo a tali disposizioni, la configurabilità di un'ipotesi di inammissibilità sopravvenuta o di cessazione della materia del contendere.

Nel merito di tutti i ricorsi, l'Avvocatura generale dello Stato osserva che le disposizioni impugnate dalle Regioni sono finalizzate a garantire l'esercizio della libera concorrenza, talché esse rientrino nella competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di «tutela della concorrenza» (art. 117, comma secondo, lettera e, Cost.). Inoltre, la natura «trasversale» di tale competenza comporta la legittimità dell'intervento del legislatore statale anche su ambiti materiali astrattamente rientranti nella competenza legislativa regionale, sia concorrente sia residuale.

Quanto alla censura delle Regioni circa il carattere puntuale e di dettaglio della disciplina contenuta nell'art. 13, l'Avvocatura generale dello Stato rileva che la disciplina contenuta nella norma impugnata attiene essenzialmente alla materia dell'ordinamento civile, pur essa rientrante nella competenza esclusiva del legislatore statale (art. 117, comma secondo,

lettera *l*, Cost.), «siccome attinente all'attività negoziale di società operanti in regime privatistico». Per la stessa ragione, sarebbero infondate, secondo l'Avvocatura generale dello Stato, le censure delle Regioni in ordine alla disposizione che prevede la nullità dei contratti conclusi in violazione della disciplina recata dall'art. 13.

Quanto al ricorso della Regione siciliana, l'Avvocatura generale dello Stato eccepisce: la genericità e, quindi, l'inammissibilità della censura circa il mancato rispetto dei criteri di proporzionalità e adeguatezza; la conformità delle disposizioni impugnate ai principi comunitari in materia di appalti *in house* e di aiuti di Stato; l'insussistenza della violazione della competenza legislativa esclusiva della Regione in materia di «ordinamento degli uffici e degli enti regionali», nonché di «servizi di prevalente interesse regionale» (artt. 14, lettera *p*, e 17, lettera *i*, dello statuto siciliano); l'inammissibilità delle censure attinenti alla pretesa violazione dell'art. 3, sotto il profilo del principio di uguaglianza, e dell'art. 41 Cost., attesa la costante giurisprudenza della Corte, sia anteriore alla legge costituzionale n. 3 del 2001 (sentenze nn. 373 e 126 del 1997 e n. 29 del 1995), sia posteriore (sentenza n. 274 del 2003), per cui «le Regioni sono legittimate a denunciare la violazione di norme costituzionali, non relative al riparto di competenze con lo Stato, solo quando tale violazione comporti un'incisione, diretta o indiretta, delle competenze attribuite dalla Costituzione alle Regioni stesse»; incisione che, all'evidenza, nel caso di specie non ricorrerebbe affatto.

Quanto al ricorso della Regione Friuli-Venezia Giulia, l'Avvocatura generale dello Stato eccepisce: l'infondatezza delle censure fondate sulla supposta violazione della competenza legislativa regionale, esclusiva o concorrente, in materia di organizzazione della Regione e degli enti locali, di industria e di commercio; l'infondatezza o l'inammissibilità delle censure che la Regione muove alla norma statale con riferimento agli artt. 3, primo comma, e 41 Cost., nonché ai principi di ragionevolezza, proporzionalità, tutela dell'affidamento e buona fede; l'inammissibilità della censura relativa all'art. 13, comma 3, secondo periodo, del decreto-legge convertito, poiché la ricorrente, nel ritenere illegittima la facoltà delle società strumentali di cedere o incorporare le attività, fonda la censura sulla mera ipotesi interpretativa che tale previsione sia preclusiva della possibilità di cedere o incorporare tali attività in favore di altra società regionale o locale, operante esclusivamente sul mercato, senza prendere posizione sulla esattezza o meno di tale interpretazione.

8.- In prossimità dell'udienza, le Regioni ricorrenti hanno depositato memorie insistendo sui motivi del ricorso. L'Avvocatura generale dello Stato ha, a sua volta, depositato una memoria unica, ribadendo le precedenti argomentazioni.

Considerato in diritto

1.- La Regione Veneto ha promosso numerose questioni di legittimità costituzionale in via principale del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223 (Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale) e, tra queste, dell'art. 13 del testo originario del decreto, per violazione degli artt. 3, 97, 114, 117, 118, 119 e 120 della Costituzione.

Le Regioni Veneto, siciliana, Friuli-Venezia Giulia e Valle d'Aosta, con quattro distinti ricorsi, hanno promosso numerose questioni di legittimità costituzionale in via principale del decreto-legge n. 223 del 2006, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, recante disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale), e, tra queste, dell'art. 13, per violazione dei seguenti parametri costituzionali: art. 3 (tutte le ricorrenti), art. 41 (Regione siciliana e Regione Friuli-Venezia Giulia), art. 97 (Regione

Veneto), art. 114 (Regione Veneto), art. 117 (Regione Veneto, Regione Friuli-Venezia Giulia, Regione Valle d'Aosta), art. 118 (Regione Veneto), art. 119 (Regione Veneto e Regione Friuli-Venezia Giulia) e art. 120 (Regione Veneto) della Costituzione, artt. 14, lettera *p*), e 17, lettera *i*), del regio decreto legislativo 15 maggio 1946, n. 455 (Approvazione dello Statuto regionale della Regione siciliana) (Regione siciliana), artt. 4, n. 1, n. 1-*bis* e n. 6, 8 e 48 e seguenti della legge costituzionale 31 gennaio 1963, n. 1 (Statuto speciale della Regione Friuli-Venezia Giulia) (Regione Friuli-Venezia Giulia), art. 2, primo comma, lettere *a*) e *b*), della legge costituzionale 26 gennaio 1948, n. 4 (Statuto regionale per la Valle d'Aosta) (Valle d'Aosta).

L'articolo censurato impone alcune limitazioni alle società partecipate da Regioni ed enti locali per lo svolgimento di funzioni amministrative o attività strumentali alle stesse.

A norma del comma 1, al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, le società a capitale interamente pubblico o misto - costituite dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza - devono operare esclusivamente con gli enti costituenti ed affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti

A norma del comma 2, le predette società sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1.

Il comma 3 detta una disciplina transitoria, per la cessazione delle attività non consentite.

Il comma 4 dispone per i contratti conclusi dopo l'entrata in vigore del decreto-legge, prevedendo la nullità dei contratti conclusi in violazione dei commi 1 e 2.

2.- Riservata a separate pronunce la decisione sulle altre disposizioni contenute nel decreto-legge n. 223 del 2006, sia nel testo originario sia in quello risultante dalle modifiche apportate in sede di conversione dalla legge n. 246 del 2006, vengono all'esame della presente pronuncia le questioni relative all'art. 13.

3.- I ricorsi pongono questioni analoghe; deve, quindi, essere disposta la riunione dei relativi giudizi ai fini di una trattazione unitaria e di un'unica decisione.

4.- Non sono ammissibili le questioni sollevate con riferimento agli artt. 114, 118, 119 e 120 Cost., perché non autonomamente argomentate, quindi generiche.

5.- Non sono ammissibili neanche le questioni sollevate con riferimento ai soli artt. 3 e 41 Cost. Secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, anche successiva alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione), non sono ammissibili le censure prospettate dalle Regioni rispetto a parametri costituzionali diversi dalle norme che operano il riparto di competenze con lo Stato, qualora queste non si risolvano in lesioni delle competenze regionali stabilite dalla Costituzione (sentenze n. 190 del 2008 e, con particolare riferimento all'art. 41 Cost., n. 272 del 2005).

6.- Le censure sollevate dalla Regione Veneto con il ricorso n. 96 del 2006, proposto prima della conversione del decreto-legge, devono intendersi assorbite in quelle, di identico tenore, sollevate con il ricorso n. 103 del 2006.

7.- Successivamente alla proposizione dei ricorsi, i commi 3 e 4 dell'articolo impugnato sono stati modificati dall'art. 1, comma 720, della legge 27 dicembre 2006, n. 296. Le relative modifiche, pur incidendo sui termini di alcune delle censure formulate dalle ricorrenti, non sono tali da determinare la cessazione della materia del contendere.

8.- Le ulteriori questioni, sollevate dalle Regioni in ordine ad altri parametri costituzionali, non sono fondate.

8.1.- Dette questioni riguardano la lesione, da parte delle disposizioni impugnate, della potestà legislativa regionale in materia di organizzazione degli uffici regionali e degli enti locali, fondata sull'art. 117 Cost. e, per quanto riguarda le Regioni siciliana, Friuli-Venezia Giulia e Valle d'Aosta, sulle norme degli statuti speciali (artt. 14, lettera *p*) e 17, lettera *i*), del regio decreto legislativo n. 455 del 1946; artt. 4, n. 1, n. 1-*bis* e n. 6, 8 e 48 e seguenti, della legge costituzionale n. 1 del 1963; art. 2, comma 1, lettere *a*) e *b*), della legge costituzionale n. 4 del 1948).

Il parametro costituzionale e le norme statutarie comprendono l'organizzazione dei servizi regionali e i rapporti tra le Regioni e le società, attraverso le quali le Regioni stesse svolgono le loro funzioni. A norma dell'art. 10 della legge costituzionale n. 3 del 2001, le disposizioni della stessa legge costituzionale, che prevedono forme di autonomia più ampie rispetto a quelle già attribuite, si applicano anche alle Regioni a statuto speciale. Ora, mentre la potestà legislativa regionale disciplinata dall'art. 117, quarto comma, è sottoposta solo ai limiti dettati dal primo comma dello stesso articolo, la potestà legislativa delle Regioni a statuto speciale in materia di organizzazione delle società dipendenti, esercenti l'industria o i servizi, deve sottostare agli ulteriori e più severi limiti derivanti dagli artt. 14 e 17 dello statuto della Regione siciliana (rispettivamente, riforme agrarie e industriali deliberate dalla Costituente e principi e interessi generali cui si informa la legislazione dello Stato), dall'art. 4 dello statuto della Regione Friuli-Venezia Giulia (principi generali dell'ordinamento giuridico della Repubblica, norme fondamentali delle riforme economico-sociali, interessi nazionali e delle altre regioni) e dall'art. 2 dello statuto della Regione Valle d'Aosta (principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica, interessi nazionali, norme fondamentali delle riforme economico-sociali della Repubblica).

Di conseguenza, si può fare esclusivo riferimento all'art. 117 Cost., in quanto la potestà legislativa da esso conferita assicura una autonomia più ampia di quella prevista dagli statuti speciali. La questione può dunque essere affrontata in termini unitari.

8.2.- Va premesso che non è idonea a escludere un'eventuale lesione della potestà legislativa regionale la previsione contenuta nell'art. 1, comma 1-*bis*, del decreto-legge n. 223, in base alla quale «le disposizioni di cui al presente decreto si applicano alle regioni a statuto speciale e alle province autonome di Trento e di Bolzano in conformità agli statuti speciali e alle relative norme di attuazione». Secondo la giurisprudenza di questa Corte, simili clausole, formulate in termini generici, non hanno l'effetto di escludere una lesione della potestà legislativa regionale (sentenze nn. 165 e 162 del 2007 e nn. 234, 118 e 88 del 2006).

8.3.- Le disposizioni impugnate definiscono il proprio ambito di applicazione non secondo il titolo giuridico in base al quale le società operano, ma in relazione all'oggetto sociale di queste ultime. Tali disposizioni sono fondate sulla distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica e attività d'impresa di enti pubblici. L'una e l'altra possono essere svolte attraverso società di capitali, ma le condizioni di svolgimento sono diverse. Nel primo caso vi è attività amministrativa, di natura finale o strumentale, posta in essere da società di capitali che operano per conto di una pubblica amministrazione. Nel secondo caso, vi è erogazione di servizi rivolta al pubblico (consumatori o utenti), in regime di concorrenza.

Le disposizioni impugnate mirano a separare le due sfere di attività per evitare che un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività d'impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto pubblica amministrazione. Non è negata né limitata la libertà di iniziativa economica degli enti territoriali, ma è imposto loro di esercitarla distintamente dalle proprie funzioni amministrative, rimediando a una frequente commistione, che il legislatore statale ha reputato distorsiva della concorrenza.

Ciò premesso, occorre valutare sia l'oggetto della disciplina, sia la sua finalità.

8.4.- Dal primo punto di vista, le disposizioni in esame riguardano l'attività di società partecipate dalle Regioni e dagli enti locali. Si tratta di un oggetto che può rientrare nella materia dell'organizzazione amministrativa, di competenza legislativa regionale, o, al pari delle previsioni in materia di contratti, pure contenute nell'articolo impugnato, nella materia dell'«ordinamento civile», di competenza legislativa esclusiva dello Stato.

L'ambito di tale ultima materia è stato precisato da questa Corte. Essa ha affermato che la potestà legislativa dello Stato comprende gli aspetti che ineriscono a rapporti di natura privatistica, per i quali sussista un'esigenza di uniformità a livello nazionale; che essa non è esclusa dalla presenza di aspetti di specialità rispetto alle previsioni codicistiche; che essa comprende la disciplina delle persone giuridiche di diritto privato; che in essa sono inclusi istituti caratterizzati da elementi di matrice pubblicistica, ma che conservano natura privatistica (sentenze nn. 159 e 51 del 2008, nn. 438 e 401 del 2007 e n. 29 del 2006).

La disciplina censurata non rientra nella materia dell'organizzazione amministrativa perché non è rivolta a regolare una forma di svolgimento dell'attività amministrativa. Essa rientra, invece, nella materia - definita prevalentemente in base all'oggetto - «ordinamento civile», perché mira a definire il regime giuridico di soggetti di diritto privato e a tracciare il confine tra attività amministrativa e attività di persone giuridiche private.

8.5.- Dal secondo punto di vista, le disposizioni impuginate hanno il dichiarato scopo di tutelare la concorrenza.

Questa Corte ha così delimitato la «tutela della concorrenza»: la titolarità della relativa potestà legislativa consente allo Stato di adottare misure di garanzia del mantenimento di mercati già concorrenziali e misure di liberalizzazione dei mercati stessi; queste misure possono anche essere volte a evitare che un operatore estenda la propria posizione dominante in altri mercati; l'intervento statale può consistere nell'emanazione di una disciplina analitica, la quale può influire su materie attribuite alla competenza legislativa delle Regioni; spetta alla Corte effettuare un rigoroso scrutinio delle relative norme statali, volto ad accertare se l'intervento normativo sia coerente con i principi della concorrenza, e se esso sia proporzionato rispetto a questo fine (sentenze nn. 63 e 51 del 2008 e nn. 421, 401, 303 e 38 del 2007).

L'obiettivo delle disposizioni impuginate è quello di evitare che soggetti dotati di privilegi operino in mercati concorrenziali. Dunque, la disciplina delle società con partecipazione pubblica dettata dalla norma statale è rivolta ad impedire che dette società costituiscano fattori di distorsione della concorrenza. Essa rientra, quindi, nella materia - definita prevalentemente in base al fine - della «tutela della concorrenza».

8.6.- Si può riassuntivamente affermare che le disposizioni impuginate sono riconducibili alla competenza legislativa esclusiva in materia di ordinamento civile, in quanto volte a definire i confini tra l'attività amministrativa e l'attività d'impresa, soggetta alle regole del mercato, e alla competenza legislativa esclusiva in materia di tutela della concorrenza, in quanto volte a eliminare distorsioni della concorrenza stessa.

8.7.- Ai fini della riconducibilità della disciplina contestata alla tutela della concorrenza, resta da valutare, indipendentemente da valutazioni di merito sul suo contenuto, la proporzionalità di tale disciplina e, quindi, la sua idoneità a perseguire finalità inerenti alla tutela della concorrenza (sentenze nn. 452 e 401 del 2007). Questo scrutinio va operato distintamente per le varie previsioni dell'articolo impugnato.

Vengono in considerazione, in primo luogo, quelle che impediscono alle società in questione di operare per soggetti diversi dagli enti territoriali soci o affidanti, imponendo di fatto una separazione societaria, e obbligandole ad avere un oggetto sociale esclusivo. Esse

mirano ad assicurare la parità nella competizione, che potrebbe essere alterata dall'accesso di soggetti con posizioni di privilegio in determinati mercati. Da questo punto di vista, esse non appaiono irragionevoli, né sproporzionate rispetto alle esigenze indicate.

Va valutato, in secondo luogo, il divieto di detenere partecipazioni in altre società o enti. Esso è complementare rispetto alle altre disposizioni considerate. È volto, infatti, a evitare che le società in questione svolgano indirettamente, attraverso proprie partecipazioni o articolazioni, le attività loro precluse. La disposizione impugnata vieta loro non di detenere qualsiasi partecipazione o di aderire a qualsiasi ente, ma solo di detenere partecipazioni in società o enti che operino in settori preclusi alle società stesse. Intesa in questi termini, la norma appare proporzionata rispetto al fine di tutela della concorrenza.

Infine, le ulteriori disposizioni, che dettano una disciplina transitoria e dispongono in ordine ai contratti conclusi successivamente all'entrata in vigore del decreto-legge, costituiscono sanzione e complemento delle disposizioni finora considerate e, a loro volta, regolano non irragionevolmente la fase di adeguamento alla nuova disciplina da parte delle società destinatarie di essa.

Per questi motivi la Corte Costituzionale riuniti i giudizi,

1) *dichiara* inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, recante «Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale», convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, sollevata dalle Regioni Veneto, siciliana, Friuli-Venezia Giulia e Valle d'Aosta in riferimento all'art. 3 della Costituzione, con i ricorsi in epigrafe;

2) *dichiara* inammissibile la questione di legittimità costituzionale della stessa norma sollevata dalle Regioni siciliana e Friuli-Venezia Giulia, in riferimento all'art. 41 Cost., con i ricorsi in epigrafe;

3) *dichiara* inammissibile la questione di legittimità costituzionale della stessa norma sollevata dalle Regioni Veneto e Friuli-Venezia Giulia, in riferimento all'art. 119 Cost., con i ricorsi in epigrafe;

4) *dichiara* inammissibile la questione di legittimità costituzionale della stessa norma sollevata dalla Regione Veneto, in riferimento agli artt. 114, 118 e 120 Cost., con i ricorsi in epigrafe;

5) *dichiara* non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 del decreto-legge n. 223 del 2006, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, recante «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, sollevata dalle Regioni Veneto, siciliana, Friuli-Venezia Giulia e Valle d'Aosta, con i ricorsi in epigrafe, con riferimento all'art. 117 Cost.; agli artt. 14, lettera *p*), e 17, lettera *i*), dello statuto della Regione siciliana; agli artt. 4, n. 1, n. 1-*bis* e n. 6, 8 e 48 e seguenti dello statuto della Regione Friuli-Venezia Giulia; e all'art. 2, comma 1, lettere *a*) e *b*), dello statuto della Regione Valle d'Aosta.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 30 luglio 2008 (...).

Inderogabilità del foro erariale (anche a fronte di una eccezione incompleta)

(Corte di Cassazione, sezione terza civile, ordinanza 7 agosto 2008 n. 21413)

La Cassazione torna a pronunciarsi sul dibattuto tema del foro erariale, ribadendo la sua natura inderogabile e la conseguente rilevabilità d'ufficio da parte del giudice. Fin qui nulla di nuovo, visto che la rilevabilità d'ufficio della competenza territoriale indicata dall'art. 25 c.p.c. è espressamente sancita dall'art. 9 R.D. 1611/33, e la sua inderogabilità è stata più volte ribadita dalla Suprema Corte (v., *ex multis*, Cass. sez. III, 13 luglio 2004, n. 12978; Cass., sez. I, 3 settembre 2004, n. 17880).

La peculiarità dell'ordinanza in questione sta, piuttosto, nell'aver chiarito che la rilevabilità d'ufficio del foro erariale "include" in sé quella dei fori presupposti sulla base dei quali esso si determina.

La vicenda, esemplare per la sua linearità, riguarda un'azione di responsabilità civile per risarcimento danni esercitata presso il Tribunale di Taranto nei confronti del Ministero della Salute.

L'amministrazione convenuta nulla ha avuto da eccepire sull'individuazione attorea del luogo in cui l'obbligazione era sorta e di quello in cui la stessa doveva eseguirsi. Fori che sarebbero stati alternativamente competenti secondo le norme ordinarie (rispettivamente quali *forum delicti* e *forum destinatae solutionis* ex art. 20 c.p.c.), ma che la difesa del Ministero eccepiva essere inderogabilmente incompetenti in virtù dell'operatività del foro erariale, e quindi in favore del "giudice del luogo dove ha sede l'ufficio dell'Avvocatura dello Stato", seppur all'interno del medesimo distretto.

Essendosi limitata l'Avvocatura dello Stato a sollevare l'eccezione in via generica, indicando quale Tribunale competente quello di Lecce e senza nulla dire sulle premesse in base alle quali il foro erariale veniva individuato, il Tribunale di Taranto ha rigettato l'eccezione con sentenza parziale 22 giugno 2007. Nella motivazione si legge che tale eccezione si è articolata con la deduzione della competenza del Tribunale di Lecce "senza rappresentare la competenza del Tribunale di Taranto quale *forum delicti* e *forum destinatae solutionis*, ai sensi della seconda parte dell'art. 25 c.p.c."

Decidendo sul ricorso per Regolamento di Competenza proposto dal Ministero della Salute, la Cassazione ha completamente ribaltato l'argomentazione del Tribunale tarantino, facendo opportunamente chiarezza sull'ampiezza delle ricadute processuali della natura inderogabile del foro erariale: in particolare, ha precisato che l'inderogabilità del foro erariale esclude di per sé la sussistenza di qualsivoglia onere di contestazione a carico dell'Amministrazione convenuta, anche in relazione ai fori presupposti.

Si tratta di un orientamento nuovo, che smentisce precedenti pronunce di segno opposto della stessa Cassazione. Tra le altre, Cass., sez. III, 30 luglio 2004, n. 14718 aveva infatti stabilito che "nel giudizio in cui è parte un'Amministrazione dello Stato, se l'obbligazione dedotta abbia origine da un

fatto illecito, ai fini della individuazione del giudice competente per territorio ai sensi degli artt. 6 del R.D. del 30 ottobre 1933, n. 1611 e 25 c.p.c., il forum delicti concorre, in via alternativa, con il forum destinatae solutionis da determinare in base alle norme di contabilità pubblica art. 54 del R.D. 18 novembre 1923 n. 2440, artt. 278, lett. d), 287 e 407 del R.D. 23 maggio 1924 n. 827...qualora in detto giudizio l'Amministrazione dello Stato eccipisca l'incompetenza per territorio, ha l'onere di contestare la competenza del giudice adito con riferimento, tra l'altro, ad entrambi i criteri di collegamento e, in mancanza, l'eccezione deve ritenersi inammissibile e, conseguentemente la competenza resta definitivamente radicata innanzi al giudice adito".

Bene, nell'effettuare un vero e proprio *revirement* sul punto, con l'ordinanza di seguito riportata la Suprema Corte afferma che *"l'onere di contestazione...non è concepibile, tenuto conto che il regime di rilevazione dell'incompetenza territoriale derivante dal foro erariale è riconducibile a quello proprio della competenza territoriale inderogabile, e che tale riconduzione è incompatibile con il pretendere che quando l'eccezione venga formulata dalla difesa erariale sia completa"*.

Del resto appare quantomeno contraddittorio asserire che la competenza del foro erariale non è derogabile dalla volontà delle parti, e che tuttavia lo sono i fori presupposti sulla base dei quali lo stesso viene determinato: in tal modo si offrirebbe alle parti la facoltà di "scegliersi" il foro erariale che preferiscono, in palese contrasto con la *ratio* di norme (l'art. 25 c.p.c. e l'art. 6 R.D. 1611/33) che sono pacificamente basate sul pubblico interesse.

Il richiamo al "giudice che sarebbe competente secondo le norme ordinarie" (art. 25 c.p.c.), insomma, non può di certo includere in sé il richiamo alla facoltà delle parti di derogarvi, nel contesto di una norma che fonda un foro esclusivo e inderogabile.

Dott. Alessandro Nastri^()*

Cassazione, sezione terza civile, ordinanza 7 agosto 2008, n. 21413 – Pres. P. Vittoria – Cons. Rel. R. Frasca – Ministero della Salute c/ C. D.

«(omissis) Ritenuto quanto segue:

Il Ministero della Salute ha proposto istanza di regolamento di competenza avverso la sentenza parziale del 22 giugno 2007, con la quale il Tribunale di Taranto, Sezione Distaccata di Manduria, ha dichiarato la propria competenza sulla controversia introdotta nei suoi confronti e nei confronti della Regione Puglia da C.D., per ottenere il risarcimento di danni sofferti per avere contratto un'epatite a causa di una trasfusione di sangue infetto.

Il tribunale ha dichiarato la propria competenza per l'incompletezza dell'eccezione di sussistenza della competenza del Tribunale di Lecce, proposta dal Ministero, in quanto essa

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

si sarebbe articolata con la deduzione della competenza di quel tribunale, per essere il Tribunale di Taranto – Sezione Distaccata di Manduria ricompreso nel distretto di Corte d'Appello in cui ha sede l'Avvocatura dello Stato “senza rappresentare la competenza del Tribunale di Manduria quale *forum delicti* e *forum destinatae solutionis*, ai sensi della seconda parte del citato art. 25 c.p.c., e, per l'effetto, senza contestare (*rectius* fondare) la competenza di quello adito in relazione a tutti i fori concorrenti”.

Considerato quanto segue:

La relazione redatta ai sensi dell'art. 380-*bis* c.p.c. è stata del seguente tenore: “[...] L'istanza di regolamento di competenza – che, in relazione al motivo su cui si fonda (“violazione ed errata applicazione degli art. 25 c.p.c. e 6 r.d. n. 1611/33”) prospetta un quesito di diritto – appare fondata.

Nella specie, fermo che *l'eccezione di incompetenza territoriale per l'esistenza del foro erariale, quando tale foro viene in considerazione rispetto ad un'amministrazione statale, è rilevabile d'ufficio* (art. 9 del r.d. n. 1611/33: ed in disparte la questione del termine entro il quale il rilievo può avvenire), erroneamente il Tribunale ha considerato l'eccezione proposta dalla difesa erariale come un'eccezione di incompetenza territoriale derogabile, onerando quella difesa di contestare tutti i fori indicati dall'art. 25 c.p.c. in relazione alle controversie concernenti obbligazioni. *L'onere di contestazione, viceversa, non è concepibile, tenuto conto che il regime di rilevazione dell'incompetenza territoriale derivante dal foro erariale è riconducibile a quello proprio della competenza territoriale inderogabile* (in tal senso, *ex multis*, Cass. n. 17880/04) *e che tale riconduzione è incompatibile con il pretendere che quando l'eccezione venga formulata dalla difesa erariale sia “completa”* (non può, dunque, condividersi viceversa Cass. n. 14718 del 2004, che – senza peraltro farsi carico di questo problema – ha appunto onerato la difesa erariale dell'amministrazione statale del detto onere di contestazione: il principio affermato da tale sentenza è semmai applicabile allorché il foro erariale sia esteso ad un ente pubblico diverso dallo Stato senza l'espressa previsione dell'inderogabilità: si veda Cass. n. 7514 del 2005).

Il collegio condivide le argomentazioni e conclusioni della relazione.

Deve, pertanto, dichiararsi la competenza del Tribunale di Lecce, al quale può rimettersi il regolamento delle spese del presente giudizio.

P.Q.M. La Corte dichiara la competenza del Tribunale di Lecce, al quale rimette la decisione sulle spese del giudizio di regolamento. Assegna per la riassunzione termine di mesi quattro.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Terza Sezione Civile, il 3 luglio 2008 (...).».

Le forze multinazionali all'estero e l'immunità penale dei militari: il caso "Calipari"

*(Corte d'Assise di Roma, sezione terza, sentenza 25 ottobre 2007 n. 21;
Cassazione Penale, sezione prima, sentenza 24 luglio 2008 n. 31171)*

SOMMARIO: 1.- Il caso "Calipari". 2.- La sentenza della terza Corte d'Assise di Roma. 3.- La sentenza della prima Sezione Penale della Corte di Cassazione. 4.- La "legge della bandiera" nel caso di occupazione militare straniera. 5.- Il contesto storico-ordinamentale iracheno. Tipologia di operazioni multinazionali. 6.- La legge della bandiera nel caso di consenso dello Stato territoriale alla presenza straniera. 6.1.- La legge della bandiera: navi civili. 6.2.- Navi militari. 6.3.- La finzione dell'extraterritorialità. 6.4.- I corpi di truppa. 7.- L'immunità funzionale degli organi stranieri. 7.1.- Ratio. 7.2.- Natura giuridica. 7.3.- Estensione oggettiva: la sfera funzionale. 7.4.- Ambito soggettivo.

1. Il caso "Calipari"

Le sentenze in commento si occupano della condizione giuridica dei corpi di truppa inviati all'estero, con riguardo alla giurisdizione penale sui fatti commessi nell'esercizio delle funzioni.

Nella specie, si trattava di giudicare il militare americano Mario Luis Lozano che, la sera del 4 marzo 2005, mentre era di guardia ad un posto di blocco istituito in prossimità dell'aeroporto di Baghdad, esplose diverse raffiche di mitra all'indirizzo della Toyota Corolla su cui viaggiavano i funzionari del SISMI Nicola Calipari ed Andrea Carpani e la giornalista Giuliana Sgrena, appena liberata dai primi due dopo il sequestro di persona di cui era rimasta vittima. Nell'episodio, il Calipari rimase ucciso nell'atto di riparare la Sgrena con il proprio corpo, mentre questa ed il Carpani riportarono lesioni. La Procura di Roma, svolte le indagini, contestò al Lozano i reati di omicidio e tentato omicidio plurimo, per i quali l'imputato fu rinviato a giudizio.

Su pressione del governo italiano, gli Stati Uniti istituirono una Commissione d'inchiesta, cui furono invitati due rappresentanti del nostro Paese. I lavori, condotti secondo le regole dell'esercito americano, si conclusero con due documenti distinti, uno di parte americana, l'altro di parte italiana. Il primo ritenne rispettate le regole d'ingaggio ed attribuì l'incidente all'eccessiva velocità con cui la vettura si era avvicinata al posto di blocco, nonché al difetto informativo delle autorità italiane nei confronti del Comando USA circa l'operazione in corso. Il documento di parte italiana imputò il fatto all'inesperienza dei militari americani, chiamati ad operare in un difficile clima di tensione dopo un breve addestramento. Si noti che il Lozano apparteneva alla Guardia Nazionale, e come tale aveva ricevuto un addestramento di appena sei mesi.

Secondo la Corte di Assise di Roma, i militari di stanza all'estero godrebbero d'immunità sia dalla giurisdizione locale, sia da quella di terzi Stati, secondo un principio consuetudinario del diritto internazionale chia-

mato “legge della bandiera”, in forza del quale essi sarebbero assoggettati soltanto al potere dello Stato di appartenenza (1).

Secondo la Corte di Cassazione – investita della questione a seguito di ricorso immediato contro la sentenza della Corte d’Assise – i fatti commessi dai suddetti militari nell’esercizio delle funzioni (nella specie, di guardia e controllo ad un posto di blocco) rientrerebbero invece nella diversa regola, anch’essa di diritto internazionale generale, che prevede l’immunità funzionale degli individui che abbiano agito in veste di organi di Stati stranieri.

Entrambe le sentenze, seppur con diverse motivazioni, concludono affermando il difetto di giurisdizione penale dello Stato italiano sui fatti.

Qui di seguito, in sintesi, i passaggi principali delle due decisioni.

2. La sentenza della terza Corte d’Assise di Roma.

La Corte d’Assise nega la giurisdizione italiana sui fatti, chiamando a conforto sia il diritto internazionale consuetudinario, sia la Risoluzione del Consiglio di Sicurezza delle N.U. n. 1546 del 8 giugno 2004 (il “SOFA Iraq”).

Dopo aver ripercorso i tragici eventi verificatisi a Baghdad il 4 marzo 2005, la Corte qualifica lo scenario iracheno al tempo dei fatti in termini di occupazione militare straniera. Da ciò fa discendere l’applicazione – in via esclusiva e prevalente rispetto ad ogni altro criterio di radicamento della giurisdizione (universalità, territorialità, personalità attiva, personalità passiva) – di un principio che essa afferma appartenere alla dottrina dell’*occupatio belli*, chiamato “legge della bandiera”. In forza di tale principio, di carattere internazionale consuetudinario, i membri di contingenti stranieri d’occupazione godrebbero di immunità per i fatti commessi nello Stato di soggiorno, essendo soggetti alla giurisdizione esclusiva dello Stato d’appartenenza. Si tratterebbe di un principio consuetudinario di secolare ed incontestata applicazione (non sono, tuttavia, citati precedenti), giustificato dalla mancanza d’effettiva indipendenza dei poteri locali in uno Stato occupato, il che escluderebbe l’esercizio della giurisdizione locale; nonché, nel caso di missioni multinazionali, dal principio di reciprocità, assicurando a ciascuno Stato l’esercizio indisturbato della giurisdizione sui propri militari, senza interferenze altrui.

La giurisdizione esclusiva dello Stato d’invio deriverebbe altresì dalla Risoluzione n. 1546/04 (che autorizzava la presenza della Forza multinazionale stanziata in Iraq con compiti di mantenimento della pace e della sicurezza), che avrebbe applicazione diretta ed immediata nel nostro ordinamento giuridico. Tale risoluzione richiama le lettere indirizzate al Consiglio di Sicurezza dall’allora Primo Ministro iracheno Ayad Allawi e dal Segretario di Stato USA Colin Powell (lettere in cui si ravviserebbe il SOFA “*Status of*

(1) La sentenza è stata annotata da RONZITTI N., *Bisogna stipulare accordi specifici per i rapporti interni alle coalizioni*, in *Guida al diritto*, 2008, 6, pp. 52 ss.; GANDINI F., in *Foro italiano*, 2008, II, 245 ss. Cfr. altresì CASSESE S., *La legge ed il caso Calipari*, in *Repubblica*, 15 gennaio 2008, 22.

Forces Agreement” relativo alla missione multinazionale in Iraq). La lettera di Colin Powell afferma che gli Stati fornitori dei contingenti “...have responsibility for exercising jurisdiction of their personnel...”, da cui dovrebbe desumersi l’attribuzione a ciascuno Stato della giurisdizione sui propri contingenti. Tale Risoluzione sarebbe stata attuata dall’*Order* n. 17, adottato dopo pochi giorni dalla *Coalition Provisional Authority* (il Comando della Forza multinazionale che aveva preso il potere in Iraq dopo la deposizione di Saddam), nel quale è prevista la soggezione dei membri della forza allo Stato di invio.

3. La sentenza della prima Sezione Penale della Corte di Cassazione.

La Corte di Cassazione, a seguito di ricorso proposto dalla P.G. presso la Corte d’Appello, dalla Procura presso il Tribunale di Roma e da una delle parti civili (Sgrenna), ha corretto la motivazione della sentenza gravata, confermandone il dispositivo.

La legge della bandiera, a parere del giudice di legittimità, sarebbe di dubbia vigenza nell’ordinamento internazionale, e non sarebbe comunque applicabile al caso di specie, in quanto relativa ai rapporti cd. “verticali” fra Stato d’invio e Stato di soggiorno dei militari, e non a quelli “orizzontali” tra Stato di invio e Paesi terzi, in rilievo nel caso di specie. Anche la Risoluzione n. 1546, a prescindere dalla sua diretta applicabilità nell’ordinamento interno (che la Corte di Cassazione preferisce escludere), riguarda i soli rapporti verticali. Il richiamato *Order* n. 17 – peraltro incapace di vincolare il giudice italiano – espressamente richiama, quanto al proprio ambito di applicazione, l’ “Iraqi legal process”, il solo a venire escluso.

Secondo la Corte di Cassazione, l’immunità dell’imputato deriverebbe da una più generale regola del diritto internazionale generale, cui l’Italia è tenuta a conformarsi in base all’art. 10 comma 1 Cost.: quella che stabilisce l’immunità funzionale degli organi di Stati stranieri per i fatti commessi nell’esercizio delle funzioni. In tale ambito, rientrerebbe il militare americano, dislocato in Iraq nell’ambito della Forza multinazionale, ma sotto diretto ed immediato controllo del Comando statunitense, in relazione alle attività di guardia e controllo ad un posto di blocco. Le operazioni militari sarebbero l’ontologica manifestazione della sovranità di uno Stato e l’espressione più diretta dell’esercizio di funzioni pubbliche, con conseguente imputazione delle stesse allo Stato e non all’individuo che in nome e per conto di questo abbia agito. Essendo lo Stato immune, a sua volta, dalla giurisdizione civile di altri Paesi per danni conseguenti ad attività ufficiali (*par in parem non habet jurisdiction*), la sua responsabilità potrebbe esser fatta valere solo nell’ambito delle relazioni con gli altri Stati, sul piano del diritto internazionale. Uniche eccezioni riguarderebbero il caso di crimini internazionali che, in quanto minano le fondamenta stesse della coesistenza tra i popoli, costituirebbero il punto di rottura dell’esercizio tollerabile della sovranità, impegnando la responsabilità penale dell’individuo-organo e quella civile risarcitoria (aquiliana) dello Stato.

4. La “legge della bandiera” nel caso di occupazioni straniere.

La pronuncia della Corte d'Assise si pone sulla scia di quella dottrina che ha affermato la soggezione allo Stato di appartenenza dei militari inviati all'estero in missione, derivante da un'asserita norma di diritto internazionale consuetudinario chiamata “legge della bandiera”, o “legge dello zaino”, ed icasticamente riassunta dai brocardi “*ubi signa est jurisdictio*” e “*la loi suit le drapeau*”.

Con riferimento alle occupazioni militari – definite come l'insediamento stabile nel territorio di uno Stato di agenti militari stranieri, ivi penetrati senza il consenso del sovrano locale, delle cui strutture statuali abbiano acquisito il controllo (2) – si è sostenuto che l'ordinamento della forza occupante sarebbe rimesso allo Stato di appartenenza (3).

Ciò, peraltro, si collega a ragioni pratiche, più che giuridiche, riferibili alla situazione di occupazione, per cui le autorità locali o sono controllate dallo stesso Stato d'invio, o non sono in grado di funzionare.

La soggezione allo Stato d'invio delle truppe d'occupazione è stata affermata dalla Corte Permanente di Giustizia Internazionale (antesignana, nell'ambito della disciolta Società delle Nazioni, dell'odierna Corte di Giustizia Internazionale). In un caso deciso nel lontano 1909, essa riconobbe come regola generale che un esercito straniero occupante ha la giurisdizione esclusiva (intesa in senso lato, come sottoposizione alla propria autorità) sui propri militari (4).

Peraltro, nonostante avesse qualificato tale giurisdizione con il termine “*exclusive*”, la Corte ammise che essa potesse entrare in concorso con altre giurisdizioni (nella specie, quella consolare tedesca) e che non esistessero regole di carattere generale per accordare preferenza all'una od all'altra, dovendosi di volta in volta risolvere il conflitto alla luce delle circostanze concrete del caso.

Alla Corte era stato chiesto di statuire su un incidente verificatosi nel porto di Casablanca tra Germania e Francia. Il 25 settembre 1908, membri del Consolato Imperiale di Germania avevano cercato di imbarcare su una nave tedesca alcuni disertori appartenenti alla Legione straniera francese di stanza in Marocco, al fine di assicurarne la fuga. Tre disertori erano di nazionalità tedesca ed avevano chiesto protezione alla propria autorità consolare. All'atto dell'imbarco, il gruppo era stato sorpreso da militari francesi che, ingaggiato un contrasto violento con gli agenti consolari tedeschi, avevano arrestato tutti i disertori.

La Corte, partendo dalla circostanza che Casablanca era sottoposta ad occupazione militare francese, affermò che “*an occupying army exercises as a general rule an exclusive jurisdiction over all persons belonging to it*”.

Al contempo, tuttavia, riconobbe che in Marocco vigeva un regime di giurisdizione extraterritoriale in forza del quale “*the German consular authority exercises as a general rule an exclusive jurisdiction over all German subjects who happen to be in that country*”.

(2) VENTURINI G., in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, voce *Forze Armate – II) Forze armate all'estero – Dir. Int.*, 1989, vol. XIV, p. 1.

(3) VENTURINI G., *cit.*, p. 1.

(4) Francia c. Germania, caso *Deserters of Casablanca*, 22 maggio 1909.

Adottò, quindi, una soluzione intermedia: da un lato, stabilì che la preferenza dovesse essere accordata alla giurisdizione dello Stato occupante, in quanto i disertori non avevano lasciato il territorio posto sotto l'immediato, attuale ed effettivo controllo della forza armata cui appartenevano; dall'altro, affermò che il Console tedesco non potesse essere biasimato per aver protetto i disertori del proprio Paese, attesa la difficoltà di stabilire con chiarezza ed in modo universalmente accettato i rapporti fra giurisdizione militare ed autorità consolare.

Nel caso del Lozano, il riferimento alla legge della bandiera non convince. L'impossibilità di funzionare, o la scarsa indipendenza del potere giurisdizionale locale (in quanto controllato dallo Stato occupante), non esclude la giurisdizione di terzi Stati. Inoltre, come detto sopra, la stessa Corte Permanente di Giustizia internazionale ammise il concorso fra giurisdizione di bandiera e terze giurisdizioni (rapporto "orizzontale"), negando l'esistenza di regole generali in grado di risolverlo ad esclusivo favore dell'una o dell'altra.

Soprattutto, suscita perplessità la ricostruzione in termini di occupazione militare straniera del contesto iracheno al tempo dei fatti, per le ragioni seguenti.

5. *Il contesto storico-ordinamentale iracheno. Tipologia di operazioni multinazionali.*

L'occupazione militare della Forza multinazionale dovrebbe ritenersi cessata il 28 giugno 2004, quando vi è stato il passaggio di poteri fra l'Autorità Provvisoria della Coalizione (cd. CPA "*Coalition Provisional Authority*") – che aveva governato il Paese a partire dalla caduta del precedente regime – ed il neonato Governo *ad interim* dell'Iraq.

Corretto appare, al riguardo, il richiamo effettuato dalla sentenza della Corte di Cassazione alla Risoluzione n. 1546 dell'8 giugno 2004. Tale risoluzione (che ha autorizzato la presenza della Forza multinazionale in Iraq con compiti di mantenimento della pace e della sicurezza) approvava la formazione di un Governo *ad interim* iracheno, indicando il 30 giugno 2004 come termine perché acquisisse i pieni poteri. Prendeva atto che "...la presenza della forza multinazionale è su richiesta del subentrante Governo *ad interim* dell'Iraq...", consenso che risulta espresso nell'allegata lettera dell'allora Primo Ministro del Governo *ad interim* dell'Iraq, Ayad Allawi.

Dell'effettiva assunzione di piena autorità da parte del Governo *ad interim* iracheno, avvenuta il successivo 28 giugno 2004, prende atto la Risoluzione n. 1637 del 8 novembre 2005.

Dato che di occupazione può parlarsi solo *in mancanza* del consenso del sovrano territoriale, a seguito dell'ingresso non autorizzato di agenti militari stranieri (5), sembra potersi escludere che, al tempo dei fatti (4 marzo 2005), in Iraq vi fosse uno scenario di occupazione militare.

La sentenza della Corte di Cassazione in commento guarda l'Iraq piuttosto come il teatro di svolgimento di una missione multinazionale di pace

(5) VENTURINI G., in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, voce *Forze Armate – II) Forze armate all'estero* – *Dir. Int.*, 1989, vol. XIV.

delle N.U. (*peace support operations*). Gli elementi distintivi di questa sarebbero: *a)* il consenso dello Stato ospitante; *b)* l'impiego di forze militari da parte di Paesi terzi; *c)* la varietà e complessità dei compiti, anche di polizia, attribuiti ai reparti stranieri.

In dottrina, le operazioni multinazionali organizzate per fronteggiare situazioni di crisi, interna od internazionale, sono state variamente classificate (6). Un'utile distinzione potrebbe essere quella fra: 1) operazioni sotto diretto comando delle N.U., in base agli artt. 43 ss. della relativa Carta, peraltro mai attuate; 2) operazioni non fondate sull'art. 43 della Carta, ma sempre nel quadro delle N.U.; 3) operazioni condotte al di fuori dell'ambito delle N.U.

1. *Operazioni sotto diretto comando delle N.U., in base agli artt. 43 ss. della relativa Carta*: sono le sole in cui può prescindersi dal consenso dello Stato ospitante (oltre ai casi di legittima difesa). È previsto che il Consiglio di Sicurezza possa adottare, al fine di tutelare la pace e la sicurezza internazionali, misure implicanti l'uso della forza (art. 42). A tal fine, si servirà dei contingenti militari che gli Stati membri si impegnano a fornire. Tali contingenti vengono sottoposti al comando unificato di un Comitato di Stato Maggiore, organo comune dei membri permanenti del Consiglio di Sicurezza, posto sotto il diretto controllo di quest'ultimo.

Tali disposizioni della Carta delle N.U. non sono mai state attuate.

2. *Operazioni per il mantenimento della pace condotte nel quadro delle N.U., ma non fondate sull'art. 43 della Carta di San Francisco* (7): vengono realizzate sotto gli auspici delle N.U., che conferiscono il loro "mandato" ad intervenire; presuppongono il consenso dello Stato territoriale; e sono condotte attraverso forze speciali d'intervento composte dai contingenti di diversi Paesi, collocati sotto un comando unificato che risponde, in modo più o meno intenso, agli organi delle N.U. A volte, viene previsto il potere del Segretario Generale di dettare disposizioni vincolanti circa diritti ed obblighi della Forza, ed è l'Organizzazione stessa a retribuirne i membri. Così avvenne nelle missioni di pace in Medio Oriente (UNEF "*United Nations Emergency Force*" I, dal 1956 al 1967 ed UNEF II, dal 1974 al 1976), e similmente nella missione in Congo del 1960 (ONUC "*United Nations Force in the Congo*"), a Cipro nel 1964 (UNFICYP "*United Nations Force in Cyprus*") ed in Libano nel 1978 (UNIFIL "*United Nations Interim Force in Lebanon*").

3. *Operazioni condotte fuori dall'ambito delle N.U.*: possono esser a loro volta realizzate nel quadro di organizzazioni regionali di mutua difesa come la NATO (8) (ad es., l'intervento in Kosovo contro la Repubblica Federale di Jugoslavia nel marzo-giugno 1999).

(6) Cfr. RONZITTI N., *Le operazioni multilaterali all'estero a partecipazione italiana*, Dossier pubblicato dal Servizio Affari Internazionali del Servizio Studi del Senato della Repubblica, n. 44, maggio 2006, pp. 5 ss. distingue fra operazioni a comando Onu o sotto la sua egida, operazioni a comando Onu di *peace enforcement* (ex art. 43 Carta N.U.), operazioni di *peace keeping* robusto, operazioni autorizzate dal Consiglio di Sicurezza delle N.U. comportanti l'uso della forza, operazioni condotte col consenso dello Stato territoriale, ma al di fuori del quadro Onu, operazioni di *peace keeping* o *peace enforcement* intraprese nell'ambito di organizzazioni regionali, operazioni inquadabili nella nozione di legittima difesa.

(7) Su cui cfr. VENTURINI G., *cit.*, pp. 2 ss.

(8) In merito alle quali, cfr. RONZITTI N., in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, voce *Forze Armate - III - Forze internazionali*, vol. XIV, 2000, pp. 6 ss.

Poiché l'impiego della forza armata è vietato nel diritto internazionale, se non nei casi di autorizzazione del Consiglio di Sicurezza delle N.U. o di legittima difesa, è richiesto il consenso dello Stato territoriale. Peraltro, si ammette che l'autorizzazione del Consiglio di Sicurezza possa intervenire *ex post*, sanando l'iniziale illiceità di un intervento, come è accaduto nel caso citato del Kosovo con la Risoluzione n. 1244/99.

Si ammette, altresì, la liceità di un intervento armato non autorizzato a tutela dei propri cittadini all'estero in pericolo di vita (9). Si tende ad escludere, invece, la liceità del cd. "intervento umanitario", in cui si interviene a protezione della popolazione civile di uno Stato contro la minaccia di genocidio o di trattamenti inumani e degradanti, ma senza l'autorizzazione del Consiglio di Sicurezza.

6. *La legge della bandiera nel caso di consenso dello Stato territoriale alla presenza straniera.*

Di legge della bandiera si è parlato anche fuori dalle ipotesi di occupazione, per i corpi di truppa stranieri regolarmente ammessi da uno Stato nel proprio territorio (10).

Il consenso al loro transito o soggiorno equivarrebbe alla rinuncia ad esercitare poteri coercitivi sui contingenti, sui loro membri e sui quartieri militari in cui sono stanziati (11). Tale rinuncia, e la conseguente esclusione della giurisdizione territoriale, riguarderebbe i fatti commessi nell'esercizio delle funzioni, nonché quelli compiuti all'interno degli accampamenti militari, anche se in veste privata (12). Per gli altri, la giurisdizione dello Stato di origine potrebbe concorrere con quella dello Stato di soggiorno, anche se taluno pone, come condizione all'esercizio di quest'ultima, che il colpevole sia stato arrestato dalle autorità locali (13).

Tale regola costituisce la (discutibile) estensione di un principio proprio del diritto della navigazione (14).

6.1. *La legge della bandiera: navi civili.*

Le navi civili e commerciali che navigano in alto mare sono sottoposte alle leggi, all'autorità ed alla giurisdizione dello Stato di cui hanno la nazionalità (15). Con disposizione ricognitiva del diritto consuetudinario, la Convenzione di Montego Bay stabilisce che ciascuna nave naviga sotto la bandiera di un solo Stato ed è soggetta alla sua giurisdizione esclusiva. Eccezioni al principio riguardano le navi pirata (che qualunque Stato può

(9) RONZITTI N., *Le operazioni multilaterali*, cit., p. 7.

(10) DOMINIONI O., *Immunità, estraterritorialità e asilo nel diritto penale internazionale*, in RIDPP, 1979, pp. 394-5.

(11) RONZITTI N., *Bisogna stipulare*, cit., p. 53.

(12) PETTA P., *La Costituzione e la Convenzione sullo status delle truppe della N.A.T.O.*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1973, I, p. 983. DOMINIONI, O., cit., pp. 394-5.

(13) DOMINIONI O., cit., p. 395.

(14) RONZITTI N., *Bisogna stipulare*, cit., p. 53.

(15) CONFORTI B., *Diritto internazionale*, Napoli, 2002 (VI ed.), pp. 281 ss.

catturare e punire, secondo un regime di universalità giurisdizionale), quelle che esercitano la tratta di schiavi, e vari altri casi ivi previsti.

Ove la nave entri nella zona economica esclusiva di uno Stato, la soggezione allo Stato di bandiera si comprime in relazione al diritto dello Stato costiero di far rispettare le regole attinenti alla sfruttamento delle relative risorse marine.

Infine, se la nave entra in acque territoriali o in porti stranieri, la esclusiva soggezione allo Stato di bandiera riguarda soltanto i fatti attinenti alla vita di bordo, con esclusione delle condotte che si ripercuotono sull'ordine pubblico locale, per le quali sussiste la giurisdizione dello Stato costiero (16).

6.2. *Navi militari*

La legge della bandiera, prevista del diritto internazionale (generale e convenzionale) in relazione alle navi civili e commerciali, viene applicata anche alle navi da guerra.

Già nel 1812, la Corte Suprema USA affermò che, se una nave da guerra entra nelle acque territoriali di una Potenza amica disposta a riceverla, costituisce principio di diritto pubblico internazionale quello per cui deve essere considerata esente dalla giurisdizione di tale Potenza amica (caso *The Schooner Exchange c. Mc Faddon*).

Lo Stato costiero, che abbia accolto la nave militare straniera, o nelle cui acque o porti questa sia stata costretta a riparare per ragioni di necessità legate a calamità della navigazione (17), dovrà astenersi dal compiere qualunque atto coercitivo sulla nave intesa come oggetto, oppure a bordo della stessa nei confronti dei membri dell'equipaggio e delle altre persone/cose che ivi si trovino (18). Si tratta di una inviolabilità analoga a quella riconosciuta per le sedi e residenze diplomatiche, spiegata, soprattutto in passato, tramite il ricorso alla finzione della extraterritorialità (su cui *infra*).

Secondo alcuni, l'esenzione dalla giurisdizione locale delle navi da guerra derivante dall'applicazione della legge della bandiera, riguarderebbe anche i membri dell'equipaggio quando scendono a terra inquadrati come corpo. Secondo altri, coprirebbe i fatti da questi realizzati a terra in veste ufficiale (in uniforme) ed in servizio comandato, individuale o collettivo, per l'unità.

La legge della bandiera è stata estesa agli aeromobili militari ed alle navi ed agli aerei di Stato in servizio governativo (19).

(16) Cass. S.U. n. 183136/90. Cass. pen., Sez. IV, n. 216605/01. Cass. pen., Sez. III, n. 113527/69. Per il caso di giurisdizione italiana su nostri mercantili in acque straniere, Cass. Pen., Sez. IV, n. 151807/82.

(17) DOMINIONI O., *cit.*, p. 395.

(18) VENTURINI G., *cit.*, p. 1. GIULIANO, M., SCOVAZZI, T., TREVES, T., *Diritto internazionale II*, Milano, 1983, 514 ss.

(19) GIULIANO M., *et al.*, *cit.*, p. 516.

6.3. La finzione dell'extraterritorialità.

Sulla base di una teoria risalente al giurista Grozio (20), le navi straniere sarebbero *territoire flottant* dello Stato di bandiera, così come le sedi e residenze diplomatiche andrebbero considerate una porzione territoriale dello Stato accreditante.

La tesi della extraterritorialità venne respinta nel 1938 dal Comitato Giudiziario del Consiglio Privato inglese nel caso *Chung Chi Cheung c. The King* (21).

Il caso sottoposto al Consiglio Privato riguardava l'omicidio del comandante di una nave da guerra cinese, commesso a bordo della stessa mentre era nel porto di Hong Kong. Il responsabile era stato catturato da parte delle autorità inglesi, intervenute su richiesta del nuovo comandante, ed era stato da queste processato e condannato. L'assassino, fondandosi sulla finzione di extraterritorialità, aveva contestato la giurisdizione inglese, essendosi il fatto verificato a bordo della nave e, quindi, in territorio cinese. Il Consiglio Privato respinse tale argomento ed affermò che non solo il fatto si era verificato in territorio coloniale inglese, ma che l'immunità di cui godono le navi straniere era stata, nella specie, oggetto di rinuncia da parte delle autorità cinesi, con conseguente legittimità dell'arresto e della condanna.

L'inadeguatezza della *fictionis juris* dell'extraterritorialità emerge dalla considerazione che fatti ivi realizzati sono, ad importanti effetti di legge, considerati commessi nello Stato territoriale: il bambino venuto al mondo all'interno di un'ambasciata si considera nato nello Stato territoriale, e di questo acquista la nazionalità; il delinquente che commetta reati nella sede diplomatica, salvo che sia titolare di una immunità, dovrà esser consegnato alle autorità locali senza bisogno di ricorrere all'extradizione; e queste procederanno contro di lui secondo le regole previste per i reati compiuti nello Stato, e non all'estero.

L'inviolabilità dei luoghi in questione, piuttosto che all'extraterritorialità, viene oggi generalmente ricondotta ad una manifestazione dell'immunità propria delle persone cui i luoghi citati sono pertinenti, rispetto a misure coercitive che comprimerebbero la sfera di libertà di tali persone (22).

6.4. I corpi di truppa.

Come si è detto *supra*, secondo alcuni la legge della bandiera andrebbe estesa anche ai corpi di truppa ammessi a soggiornare nel territorio di uno Stato straniero. I loro membri sarebbero immuni dalla giurisdizione locale con riferimento ai fatti commessi nell'esercizio delle funzioni ed a quelli compiuti all'interno degli accampamenti militari, mentre per ogni altro fatto sussisterebbe la giurisdizione concorrente dello Stato di origine e di quello di soggiorno (23).

(20) GROTH H., *De iure belli ac pacis libri tres*, II, Amsterdam, 1646, cap. XVIII, par. 4.

(21) In *Giurisprudenza comparata*, IX, pp. 177 ss.

(22) DOMINIONI O., *cit.*, pp. 408 ss. MALLINTOPPI, *Enciclopedia del diritto*, voce *Diplomatici agenti* (Dir. intern.), vol. XII, Giuffrè, pp. 592-3.

(23) PETTA P., *cit.*, p. 983. DOMINIONI O., *cit.*, pp. 394-5. MANTOVANI F., *Diritto penale*, Padova, 2001, p. 846.

La corrispondenza al diritto consuetudinario di tale estensione è tutt'altro che incontrovertibile.

Agli autori che l'hanno sostenuta, si è contrapposta quella dottrina che ha escluso l'esistenza di specifiche norme consuetudinarie in materia (24), ha ricondotto la legge della bandiera al suo alveo naturale (relativo alle sole navi da guerra) (25), ha contestato la possibilità di estenderne il trattamento ai corpi di truppa per la marcata diversità delle situazioni cui dà luogo la presenza di questi rispetto alle navi (26). Talora si è affermato che lo Stato territoriale sarebbe, al massimo, tenuto a tollerare l'esercizio dei poteri disciplinari e di governo da parte del comandante del reparto straniero, al fine di mantenere la coesione e l'ordine all'interno dell'unità (27); talaltra, che la giurisdizione esclusiva dello Stato d'invio riguarderebbe soltanto i fatti puramente interni al contingente (28).

L'inesistenza di consuetudini internazionali al riguardo appare coerente con la natura relativamente recente del fenomeno della presenza consensuale di contingenti stranieri, fenomeno del tutto eccezionale e sporadico prima della metà del Novecento, per cui la coscienza sociale degli Stati non è stata stimolata a sviluppare principi *ad hoc*. Il che è tanto più vero per le (ancor più recenti) missioni multinazionali di pace (29). Quando, a partire dal secondo dopoguerra, l'ammissione al soggiorno di truppe straniere ha iniziato a verificarsi più frequentemente, la prassi generalizzata di regolare la loro condizione con appositi accordi (i SOFA "*Status of Forces Agreement*") ha impedito la formazione di norme consuetudinarie.

Il fatto che gran parte di questi accordi prevedano l'esenzione dalla giurisdizione locale dei militari stranieri (30) non prova l'esistenza di una coincidente regola consuetudinaria, che il SOFA codificherebbe: l'argomento

(24) PAGLIARO A., in *Enc. del Diritto*, voce *Immunità* (dir. pen.), 1970, p. 217, afferma che, a parte l'immunità funzionale che spetta a tutti gli organi stranieri, i militari stranieri (*inter alios*) godono solo delle immunità loro garantite da trattati internazionali recepiti dal diritto interno.

(25) VENTURINI G., *cit.*

(26) GIULIANO M., *et al.*, *cit.*, p. 518.

(27) GIULIANO M., *et al.*, *cit.*, p. 517.

(28) RONZITTI N., *Bisogna stipulare...*, *cit.*, p. 53.

(29) GIULIANO M., *et al.*, *cit.*, p. 518 e 520.

(30) Si veda la Convenzione di Londra del 1951 sullo *status* delle Forze NATO. Essa afferma, in linea generale, il principio del concorso fra giurisdizioni d'invio e di soggiorno, regolandolo poi attraverso il meccanismo della "priorità giurisdizionale", integrato dalla facoltà di rinuncia alla stessa. La priorità spetta allo Stato d'origine nel caso di fatti commessi da membri delle forze NATO di stanza in territorio di uno Stato parte del Trattato Nord Atlantico alternativamente: 1. nell'esercizio delle funzioni; 2. nei confronti dello Stato d'origine, o di membri della forza che siano suoi cittadini e relativi beni (art. VII Conv. Londra). Nell'ambito della disciolta Organizzazione del Patto di Varsavia (sulla quale cfr. VENTURINI, G., *cit.*, p. 3.), si prevedeva la giurisdizione dello Stato d'invio sui fatti commessi dai membri dell'alleanza, di stanza nel relativo territorio, alternativamente: 1. nell'esercizio delle funzioni; 2. ai danni dello Stato d'origine o di suoi organi.

può essere rovesciato, affermando che proprio il ricorso ad apposita disciplina convenzionale esclude l'esistenza di una "legge della bandiera" consuetudinaria (31). Secondo alcuni, l'invalsa prassi di stipulare accordi sulla condizione delle forze armate deriverebbe proprio dai dubbi circa la vigenza e le conseguenze applicative del principio della bandiera (32).

Si noti che l'esistenza di una consuetudine internazionale non può essere presunta, ma deve essere oggetto di puntuale dimostrazione, sia con riferimento alla *diuturnitas* che all'*opinio juris*, dimostrazione che non appare essere stata fornita dalla Corte d'Assise nella sentenza in commento. L'esigenza di una tale dimostrazione è tanto più forte se l'oggetto della asserita regola è un'immunità, che è regola di carattere eccezionale (come tale non applicabile in modo analogico od estensivo) rispetto al generale principio, affermato già nel 1906 dalla Corte Permanente di Giustizia internazionale nel caso *Lotus*, per cui spetta a ciascuno Stato la scelta dei criteri di radicamento della propria giurisdizione, salvi espliciti limiti posti dal diritto internazionale (33). Circa l'interpretazione restrittiva delle immunità previste dal diritto internazionale, quali limiti all'obbligatorietà della legge penale italiana, si è pronunciata anche la Corte di Cassazione italiana (34).

L'esistenza di una consuetudine internazionale che vorrebbe i militari stranieri esenti dalla giurisdizione locale è stata ritenuta, in passato, dalla nostra giurisprudenza costituzionale. Pronunciandosi in relazione alla disciplina recata dalla Convenzione di Londra del 1951 sullo *status* delle Forze NATO (cd. NATO SOFA), la Corte Costituzionale affermò che il riparto fra le giurisdizioni dello Stato di soggiorno e dello Stato d'invio da essa previsto costituiva un contemperamento del principio della territorialità con quello della soggezione allo Stato di appartenenza e che il criterio di riparto così delineato andasse "posto in relazione alle consuetudini generali internazionali, secondo cui lo Stato di origine conserva il proprio potere giurisdizionale in ordine ai reati commessi in tempo di pace dagli appartenenti alla forza di stanza nei territori alleati; consuetudini non irrilevanti per lo Stato italiano il cui ordinamento, ai sensi dell'art. 10 Cost., si conforma alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute". Secondo tale *obiter dictum*, l'immunità dei militari stranieri rispetto allo Stato di soggiorno sarebbe sia funzionale che extrafunzionale (35).

Con la seconda delle sentenze in commento, la Corte di Cassazione pone oggi in dubbio l'esistenza della legge della bandiera, citando il noto caso

(31) CASSESE S., *cit.*

(32) RONZITTI N., *Bisogna stipulare, cit.*, p. 53. RONZITTI N., in *Enc. giur., cit.*, p. 11.

(33) GANDINI F., *cit.*, p. 246.

(34) Cass. pen., Sez. III, n. 49666/04. Cass. pen., Sez. III, n. 210861/98.

(35) Corte Cost., sent. 27 giugno 1973, n. 96 (c.c. 14 giugno 1973), Astrup, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1973, I, pp. 975 ss., con nota critica di PETTA P., *La Costituzione, cit.*, che ammette l'esistenza della consuetudine in parola, ma ne limita l'ambito alla sfera funzionale ed ai fatti commessi all'interno degli accampamenti militari.

Lotus, in cui la Corte Permanente di Giustizia internazionale, nel 1908, occupandosi di un incidente navale, lo considerò “*not universally accepted*”.

Peraltro, la Corte non entra a fondo nella questione dell'esistenza della norma consuetudinaria *de qua*, ritenendola comunque inapplicabile al caso di specie: la legge della bandiera riguarderebbe i soli rapporti “verticali” fra Stato di soggiorno e Stato d'invio, non anche quelli orizzontali fra Stato d'invio (USA) e Stati terzi (Italia). Ciò appare corretto, se si considera che l'esenzione dalla giurisdizione locale nel caso di occupazione militare deriva da ragioni pratiche legate all'impossibilità di funzionare dei poteri locali, o comunque alla loro soggezione allo Stato occupante; il che non esclude la possibilità di esercizio di giurisdizioni terze. Mentre, nel caso di soggiorno di truppe straniere col consenso dello Stato territoriale, la rinuncia ad interferire con i contingenti ammessi, che sarebbe implicita in tale consenso, non spiegherebbe efficacia rispetto ad altri Stati diversi da quello territoriale rinunciante.

7. *L'immunità funzionale degli organi stranieri.*

Nella seconda delle sentenze in commento, la Corte di Cassazione ha ricondotto il difetto di giurisdizione dello Stato italiano all'immunità funzionale degli organi stranieri, prevista dal diritto internazionale generale.

Dell'esistenza di tale regola consuetudinaria non sembra potersi dubitare. Incertezze sussistono quanto alla sua estensione soggettiva, che molti limitano ai soli organi verticistici dello Stato.

7.1. *Ratio.*

La rinuncia all'interesse punitivo statale nei confronti degli organi di Stati stranieri che abbiano commesso fatti penalmente rilevanti viene in genere ricondotta a considerazioni di opportunità politica, legate alla salvaguardia delle relazioni internazionali e dei rapporti di convivenza fra popoli (36). Le immunità sono volte a garantire la libertà funzionale dell'organo e l'indipendenza dello Stato cui appartiene (37), risolvendosi in una forma di rispetto per la sua sovranità. Poiché uno Stato agisce per mezzo dei propri organi, ha il diritto di pretendere che l'attività di questi sia considerata come sua propria e non come attività individuale di privati (38); eventuali contestazioni relative al comportamento degli agenti stranieri dovranno esser fatte valere sul piano dei rapporti fra Stati. Parallelamente, ciascuno Stato ha l'obbligo di concedere

(36) ROMANO M., *sub art. 3 in Commentario sistematico del Codice Penale*, Milano, 2004, p. 92.

(37) DOMINIONI O., *cit.*, p. 378. CONFORTI B., *cit.*, p. 242, ricollega l'immunità funzionale alla duplice ragione di garantire l'esercizio indisturbato delle funzioni da parte dell'organo dell'imputazione organica della sua attività allo Stato di appartenenza. MARAZZI, A., *Novissimo Digesto It.*, voce *Immunità diplomatiche*, 1957, p. 196 parla di libertà d'azione dell'agente diplomatico.

(38) RONZITTI N., *Bisogna stipulare, cit.*, p. 52.

re le immunità in questione per consentire il normale svolgimento dell'attività degli organi stranieri ammessi sul proprio territorio (39).

Di tutela dell'indipendenza funzionale parlano espressamente diverse convenzioni internazionali, come ragione giustificativa delle immunità da esse previste per i rappresentanti degli Stati presso organizzazioni internazionali quali ONU, FAO, ELDO, ESRO (40).

Anche la Corte di Giustizia Internazionale, nel caso Congo c. Belgio deciso nel 2002 (*Arrest Warrant*) ha ricondotto l'immunità in questione all'esigenza di assicurare la libera esplicazione delle funzioni proprie dell'organo.

Taluno attribuisce l'immunità *de qua* a ragioni di teoria generale, più che ad una norma autonomamente vigente: in base alla teoria organicistica, l'attività dell'organo andrebbe imputata all'organizzazione d'appartenenza, essendo esclusa in radice la possibilità di attribuirgli all'individuo che abbia agito nell'esercizio delle funzioni (41). Vera e propria immunità sarebbe solo quella extrafunzionale, o *ratione personae*, mentre l'irresponsabilità penale dell'individuo per gli atti propri del suo ufficio sarebbe solo l'automatica conseguenza dell'imputazione organica.

L'indicazione della teoria organicistica come ragione dell'irresponsabilità dell'individuo-organo è stata criticata. Si è sostenuto che la teoria generale conosce casi di doppia imputazione – all'ente ed all'organo – dell'attività di quest'ultimo, come nel caso dei pubblici dipendenti e funzionari che, ai sensi dell'art. 28 Cost., sono pienamente responsabili per i fatti commessi in violazione dei diritti. Inoltre, se la teoria organica impedisse d'imputare all'organo i fatti realizzati nell'esercizio delle funzioni, ciò dovrebbe valere anche per i comportamenti meritori, precludendo la loro valutazione, ad es., al fine di concedere onorificenze. E non si spiegherebbe il suo venir meno in tempo di guerra, visto che il codice penale militare di guerra prevede la punizione di militari esteri in una serie di casi (art. 13) (42).

7.2. Natura giuridica.

Rispetto alla natura giuridica dell'immunità in questione, sono state espresse diverse opinioni. Vi è chi l'ha ricondotta ad una causa di giustificazione, riferibile all'esercizio del diritto o all'adempimento del dovere (43).

(39) MALLINTOPPI A., *cit.*, p. 590.

(40) Prot. sui privilegi e le immunità dell'ESRO e dell'ELDO, firmati il 31 ottobre 1963 ed il 29 giugno 1964, ratificati dall'Italia con l. n. 1313/1967 (art. 14 par. 2). Convenzione sui privilegi e le immunità delle Nazioni Unite, approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 13 febbraio 1946, ratificata con legge n. 1318/57 (art. 4 – Sez. 11-12). Accordo Italia – FAO del 31 ottobre 1950, ratificato con legge n. 11/51 (Sez. 26 b) .

(41) MALLINTOPPI A., *cit.*, p. 590. RICCIO, L., *Digesto delle disc. pen.*, voce *Immunità*, 1994, p. 181.

(42) Così PAGLIARO A., *cit.*, p. 216.

(43) PAGLIARO A., *cit.*, p. 216.

In senso critico, si è notato che la conseguente liceità del fatto comporterebbe inaccettabili conseguenze in termini di non punibilità del concorrente *extranues*, non risarcibilità del danno morale, non configurabilità del favoreggiamento nei confronti di chi abbia aiutato l'immune a sottrarsi alle indagini, né della calunnia nel caso l'immune sia stato ingiustamente accusato; non sarebbero configurabili nemmeno la legittima difesa o la ritorsione (44).

Altri parlano di un limite all'esercizio della giurisdizione penale di carattere permanente (45). Altri ancora, di una causa di esclusione personale della pena, o di non punibilità, che non esclude l'illiceità del fatto, ma impedisce che ne seguano conseguenze penali per ragioni opportunistiche (46).

7.3 Estensione oggettiva: la sfera funzionale.

Gli organi stranieri sono irresponsabili per i fatti compiuti nell'esercizio delle loro funzioni (47): immunità funzionale, appunto, o *ratione materiae*. L'individuazione dei confini della sfera funzionale si presta a larghezze interpretative. Dovrebbe escludersi che essa sia limitata ai soli atti di ufficio in senso tecnico, o – all'opposto – estesa a qualunque condotta occasionalmente connessa alla funzione (48). Correttamente si è riferito l'ambito oggettivo dell'immunità in questione alle condotte che, inserendosi funzionalmente nelle mansioni d'ufficio, ne costituiscono l'estrinsecazione modale, ponendosi in rapporto di causalità necessaria con i compiti propri dell'organo (49). Si dovrà verificare, con una indagine condotta caso per caso, la natura dell'atto, la sua forma, il fine perseguito, il contenuto, da ciò inferendo se sia stato compiuto in veste di organo o di privato. Peraltro, viene abitualmente rimessa allo Stato di appartenenza la competenza ad indicare se il soggetto sia un suo organo e se abbia agito nell'esercizio delle funzioni. In questo senso, potrebbe leggersi il documento finale approvato dalla Commissione d'inchiesta americana istituita per far luce sui fatti. L'aver ritenuto, da parte USA, che siano state rispettate le regole d'ingaggio significa almeno tre cose: aver qualificato il Lozano come proprio organo di Stato; aver ritenuto che egli non abbia travalicato i limiti delle sue funzioni; avere, in definitiva, convalidato e fatto propria la sua azione, che dovrà essere considerata a tutti gli effetti attività dello Stato americano.

Un limite alla sfera funzionale, oltre il quale sussiste la responsabilità del singolo seppur organo dello Stato, riguarda i crimini internazionali. Essi, costituendo abuso della sovranità statale, ingenerano la responsabilità civi-

(44) MANTOVANI F., *cit.* ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Parte generale, Milano, 2000.

(45) ROMANO M., *cit.*, p. 92.

(46) MANTOVANI F., *cit.* ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Parte generale, Milano, 2000, p. 148.

(47) Per taluni di essi (es. agenti diplomatici), all'immunità funzionale (cd. *ratione materiae*) se ne accompagna una extrafunzionale (o *ratione personae*).

(48) PAGLIARO A., *cit.*, p. 214.

(49) PAGLIARO A., *cit.*, p. 214, DOMIMIONI O., *cit.* pp. 383-4.

le dello Stato e quella penale (nonché civile) dell'individuo organo che li abbia commessi. Nella sentenza in commento, la Corte di Cassazione ritiene che non sia configurabile un tale crimine nel caso di specie. In contrario, potrebbe affermarsi che la posizione apicale della vittima nell'ambito dei servizi segreti di una Potenza alleata, il tipo di missione condotta (volta alla liberazione di civili ostaggio di gruppi terroristici), nonché il valore assegnato alla vita umana nelle Convenzioni di Ginevra sul diritto umanitario, potrebbero configurare quel *quid pluris* proprio dei crimini internazionali. A tal fine, sarebbe presupposto imprescindibile la verifica processuale di eventuali responsabilità nella catena di comando USA connesse ad un ipotetico intento di contrastare l'attività di liberazione degli ostaggi, in quanto condotta (forse) anche mediante il pagamento dei riscatti; responsabilità che potrebbe dare alla vicenda una colorazione diversa, forse ai confini del crimine internazionale. Una sicura qualificazione dei fatti – tale da escludere che il caso *de quo* possa rientrare nell'eccezione all'immunità funzionale costituita dai crimini internazionali – avrebbe potuto aversi solo all'esito del processo.

Analogamente potrebbe dirsi con riferimento alla questione relativa alla natura politica o comune del delitto *de quo*, ai fini della sussistenza delle condizioni di procedibilità richieste dagli artt. 8 e 10 c.p., questione cui la sentenza della Corte di Cassazione accenna in fine. L'accertamento delle precise circostanze del caso (e di eventuali responsabilità del comando USA) avrebbe assicurato una sicura riconduzione del fatto alternativamente agli artt. 8 (delitto oggettivamente o soggettivamente politico) o 10 c.p. (delitto comune), con le relative conseguenze in termini di procedibilità.

7.4. Ambito soggettivo.

Le principali perplessità relative alla regola consuetudinaria in questione riguardano la sua estensione a qualunque organo straniero o la sua limitazione ai soli vertici dell'organizzazione statale estera.

Nel primo senso dovrebbe far propendere la riconduzione dell'immunità alla teoria organicistica, nonché la ricostruzione del principio operata dalla Corte di Cassazione nella sentenza in commento, che ne fa un corollario della regola dell'immunità (ristretta) degli Stati dalla altrui giurisdizione civile, secondo una teoria risalente al Kelsen, peraltro oggi criticata (50). Si è affermato che qualunque organo inserito nell'apparato organizzativo statale, a qualunque categoria appartenga ed a prescindere dall'attività svolta, interna od esterna, beneficerebbe dell'immunità in parola (51).

In senso contrario, l'immunità organica è stata limitata ai soli vertici dell'apparato statale estero: Capi di Stato e di Governo, agenti diplomatici, rappresentanti di Stati esteri, con esclusione di ogni altro organo (52). Con spe-

(50) DE SENA P., DE VITTOR F., *Immunità degli Stati dalla giurisdizione e violazioni di diritti dell'uomo: la sentenza della Cassazione italiana nel caso Ferrini*, in *Giur. It.*, 2005, 255 ss.

(51) MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale II*, Padova, 1954, p. 214. MALLINTOPPI, A., *cit.* p. 590.

(52) ANTOLISEI F., *cit.* CONFORTI B., *cit.* 245.

cifico riferimento ai militari, l'immunità è stata affermata soltanto per i comandanti dei reparti stranieri (53).

Le pronunce della Corte di Giustizia Internazionale citate dalla sentenza in commento (Congo c. Belgio; Gibuti c. Francia) si occupano di organi di vertice (*ex* Ministro degli Esteri; Capo di Stato, Capo della Sicurezza, Procuratore generale, e per questi ultimi due nemmeno entrano nel merito). Nel caso *McLeod*, pure cit. dalla Corte di Cassazione, veniva invece in rilievo la posizione di un militare inglese, arrestato dalle autorità americane nel 1840 per aver preso parte ad un'operazione ostile condotta contro la nave *Caroline*, in cui avevano trovato la morte alcuni cittadini americani.

Nel 1837, durante la rivolta canadese contro la Gran Bretagna, la nave *Caroline*, utilizzata dagli americani per fornire supporto ai ribelli canadesi, venne attaccata e distrutta da un gruppo armato comandato da un ufficiale inglese. Alcuni anni dopo, Mc Leod, sospettato di aver preso parte all'operazione, fu arrestato dalle autorità dello Stato di New York. Dopo le proteste formali del Governo inglese, il governo americano riconobbe l'immunità funzionale del Mc Leod, avendo questi agito in base ad ordini prevenienti dalla Regina d'Inghilterra. Ciò, tuttavia, non impedì al giudice dello Stato di New York di processare e condannare l'imputato.

In un caso accaduto nel 1887, che coinvolse Francia e Germania, si ammise l'immunità di un funzionario doganale francese, Schnaebelle, che era stato arrestato dalle autorità tedesche per aver organizzato una rete di spie nel Paese. La Francia protestò ed egli fu rilasciato su ordine di Bismarck.

Nella *Claims Convention* tenutasi il 25 settembre 1924 tra Francia e Messico, quest'ultimo assunse su di sé la responsabilità per gli atti compiuti dalle proprie forze rivoluzionarie, accettando l'ampio principio per cui "*responsibility of the State exists whether its organs acted in conformance with or contrary to law or to the order of a superior authority*" (54).

La nostra giurisprudenza penale ha in genere ricondotto l'immunità funzionale ai soli Capi di Stato e Ministri degli Esteri, affermando l'impossibilità di interpretazioni estensive od analogiche. (55) Nel caso risolto, la Cassazione negò il riconoscimento di un'immunità di diritto internazionale generale al deputato alla sanità ed alla sicurezza sociale del Congresso di Stato di S. Marino.

Trattandosi di norme consuetudinarie, per di più di carattere eccezionale, la mancanza di unanimità sulla loro massima estensione soggettiva dovrebbe spingere a ritenere accertata solo l'estensione minore.

Ci si è chiesto quali implicazioni possa avere l'immunità in parola per Nazioni di piccole dimensioni, atteso che esse non potrebbero punire gli

(53) VENTURINI G., *cit.*, p. 1.

(54) Tali precedenti sono citati da MISKOVSKY M., C., *Impunity of Agents in International Law*, in *CIA Historical Review Program*, 1993, reperibile su: https://www.cia.gov/library/center-for-the-study-of-intelligence/kent-csi/vol5no2/html/v05i2a10p_0001.htm [Accesso 4/9/08, 15.30].

(55) Cass. pen., Sez. III, n. 210861/98, *cit.*

organi di Stati esteri per i fatti criminosi commessi, né avrebbero sufficiente potere per pretendere un adeguato ristoro sul piano del diritto internazionale rispetto a più potenti Stati (56).

In conclusione, si segnala che la Corte Costituzionale tedesca, nel caso *Bruns'Z*, ha affermato che Stati diversi da quello di accreditamento non sarebbero tenuti a rispettare l'immunità dell'organo (nella specie, diplomatico) (57).

Avv.ti Massimo Bachetti^(), Alessandra Bruni^(**),
Dott. Matteo Tullio Maria Rubera^(***)*

Corte d'Assise di Roma, sezione terza, sentenza 25 ottobre 2007 n. 21^(**)** – Pres. A. Gargani – P.M. F. Ionta, P. Saviotti, E. Amelio – *Imputato* M. L. Lozano (Avv. A. Biffani) – *Parti civili*: Vilecco 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 (Avv. dello Stato M. BachettiI)

Esiste una norma consuetudinaria di diritto internazionale, come tale applicabile anche in assenza di uno specifico trattato od accordo, chiamata “legge della bandiera” o “legge dello zaino”, per cui 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.

Da esso deriva una sostanziale e completa immunità delle forze militari straniere sia dalla giurisdizione dello Stato territoriale (il che si giustifica in quanto l'organizzazione statale di un Paese occupato è, nella gran parte dei casi, priva di effettiva indipendenza), sia dalla giurisdizione di Paesi terzi, in ossequio stavolta al principio di reciprocità, caposaldo del diritto internazionale.

Deve pertanto dichiararsi il difetto di giurisdizione del giudice italiano nei confronti del militare straniero, appartenente ad una forza multinazionale dislocata all'estero, per i fatti ivi commessi in danno di cittadini italiani.

Corte di Cassazione Penale, sezione prima, sentenza 24 luglio 2008 n. 31171 – Pres. P. Bardovagni – Est. G. Canzio.

Costituisce principio di fonte internazionale consuetudinaria, universalmente accettato dalla prevalente dottrina e dalle prassi giurisprudenziali, nazionali e internazionali, rece-

(56) MISOVSKY M., C., *cit.*

(57) *Cit.* in CONFORTI B., *cit.*, p. 243.

(*) Avvocato dello Stato.

(**) Avvocato dello Stato.

(***) Dottore in Giurisprudenza, ammesso alla pratica forense presso l'Avvocatura dello Stato.

(****) La sentenza è già stata pubblicata in questa *Rassegna*, 2008, n. 1, p. 262, con nota di DAVIDE GIOVANNELLI, *Lex est araneae tela: l'esercizio della giurisdizione USA e l'accertamento delle violazioni dello ius in bello.*

pito nell'ordinamento giuridico italiano in forza dell'adeguamento automatico disposto dall'art. 10, 1° comma, Cost., siccome norma di diritto internazionale generale preesistente, come tale prevalente sui criteri di collegamento delineati dalle norme statali anche di fonte penale, quello per cui sono sottratti alla giurisdizione civile o penale di uno Stato estero i fatti e gli atti eseguiti iure imperii dagli individui-organi di un altro Stato nell'esercizio dei compiti e delle funzioni pubbliche ad essi attribuiti, tra le quali ontologicamente rientrano le attività eseguite nel corso di operazioni militari.

Esso costituisce il naturale corollario del principio, pure consuetudinario, sull'immunità "ristretta" degli Stati dalla giurisdizione straniera per la responsabilità civile derivante da attività di natura ufficiale, iure imperii, materialmente eseguite dai suoi organi, espressione diretta e immediata della funzione sovrana degli Stati.

I militari sono organi dello Stato e pertanto gode di immunità funzionale il soldato appartenente ad un contingente militare straniero dislocato all'estero nell'ambito di una forza multinazionale di pace delle N.U. per i fatti che abbia commesso nell'esercizio delle funzioni di guardia e di controllo ad un posto di blocco, per i quali non sussiste la giurisdizione penale dello Stato italiano.

« (Omissis) Ritenuto in fatto

1.- Con decreto del 7 febbraio 2007 il giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Roma disponeva il rinvio a giudizio davanti alla Corte d'assise di Mario Luiz Lozano, soldato del contingente militare USA dislocato con la Forza Multinazionale in territorio iracheno, in servizio come artigliere al posto di blocco (istituito la sera del 4 marzo 2005 al *checkpoint* 541, in corrispondenza dell'intersezione fra la Route Vernon e la Route Irish in direzione dell'aeroporto di Baghdad, in attesa del passaggio del convoglio dell'ambasciatore USA), per rispondere dei reati di omicidio e tentato omicidio in danno di Nicola Calipari e Andrea Carpani, funzionari del SISMI in missione in Iraq per la liberazione di Giuliana Sgrena, giornalista rapita da un gruppo di terroristi islamici e appena liberata, e della medesima Sgrena, per avere, esplodendo numerosi colpi d'arma da fuoco con un mitragliatore automatico contro l'autovettura sulla quale essi viaggiavano, in avvicinamento al posto di blocco e in direzione dell'aeroporto, cagionato la morte di Calipari e il ferimento di Carpani e della Sgrena.

La Corte di assise di Roma dichiarava con sentenza del 25 ottobre 2007 non doversi procedere nei confronti del Lozano per difetto della giurisdizione italiana, sulla base di un triplice rilievo:

a) innanzi tutto, prevaleva sul criterio di collegamento della giurisdizione "passiva" il principio consuetudinario di diritto internazionale della c.d. "*legge della bandiera*", direttamente applicabile in virtù dell'art. 10, 1° comma, Cost., per cui è attribuita in via esclusiva allo Stato di invio di un contingente militare all'estero la giurisdizione per gli illeciti commessi dal proprio personale in territorio straniero;

b) il regime di immunità dalla giurisdizione di Stati diversi da quello di invio trovava conferma sia nella risoluzione n. 1546 dell'8 giugno 2004 del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, ritenuta *self-executing* nel nostro ordinamento, sia nelle allegate lettere del Primo Ministro iracheno e del Segretario di Stato USA (coerenti con quanto disposto dall'Ordine 27 giugno 2004 n. 17 della CPA, confermato dal successivo Ordine n. 100 del 28 giugno 2004), nelle quali, riconoscendosi la fine dell'occupazione militare da parte dell'Autorità Provvisoria della Coalizione e la ripristinata sovranità statale dell'Iraq a far data dal 30 giugno 2004, s'attribuiva a ciascuno degli Stati partecipanti alla Forza

Multinazionale, per la fase di transizione, la responsabilità per l'esercizio della giurisdizione sul proprio personale;

c) non si profilavano ipotesi di giurisdizione concorrente da parte di altri Stati, in forza di ulteriori criteri di collegamento, quale la territorialità o la nazionalità della vittima, e, in ogni caso, il Dipartimento di Giustizia USA aveva esercitato la giurisdizione primaria, escludendo in concreto la sussistenza di indizi di reità a carico del Lozano e disponendo la chiusura del caso, ritenendo che il militare avesse agito in conformità alle regole d'ingaggio previste per il posto di blocco.

2.- Avverso detta sentenza hanno proposto distinti e immediati ricorsi per cassazione il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Roma (anche su richiesta del difensore delle parti civili Calipari, motivata *per relationem* all'allegato parere *pro veritate* del Prof. Giuseppe Cataldi), il Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte d'appello di Roma e il difensore della parte civile Sgrena.

La pubblica accusa, a sostegno della tesi favorevole alla giurisdizione dello Stato italiano, sostiene, con articolati motivi di censura, in parte sovrapponibili ai rilievi critici del Prof. Cataldi, che:

a) non esiste un principio consuetudinario internazionale, definito "*legge della bandiera*", né accordi internazionali che prevedano regole di riparto della giurisdizione fra gli Stati partecipanti ad una Forza Multinazionale operante nel territorio di un altro Stato, nel senso dell'esclusiva attribuzione della giurisdizione allo Stato di invio di ciascun contingente militare e con carattere di prevalenza su ogni altro criterio di collegamento;

b) la Risoluzione ONU n. 1546 del 2004 (che non può considerarsi *self-executing* né immediatamente esecutiva nell'ordinamento statale, in assenza di uno specifico atto legislativo interno), le allegate lettere Allawi-Powell e gli Ordini nn. 17 e 100 della CPA si limitavano a stabilire la giurisdizione esclusiva degli Stati membri della MNF, e quindi una sorta di immunità del personale, solo nel rapporto con la giurisdizione territoriale dello Stato di soggiorno, ma non nei rapporti fra gli Stati contribuenti alla MNF;

c) in numerose leggi statali, emanate fra il 2003 e il 2007 per regolamentare la disciplina delle missioni italiane all'estero, si è stabilita la giurisdizione penale italiana e la competenza del Tribunale di Roma per tutti i reati commessi in territorio iracheno dallo "straniero" a danno dello Stato o di cittadini italiani partecipanti alla missione;

d) con la giurisdizione "attiva" degli USA concorreva quella "passiva" dell'Italia in ragione della nazionalità delle vittime, a norma degli artt. 8 e 10 cod. pen., mentre dal rapporto investigativo delle autorità militari statunitensi non risultava che gli USA avessero esercitato la giurisdizione nel caso concreto.

I motivi di diritto esposti dalla pubblica accusa sono condivisi e sviluppati con ulteriori considerazioni – a sostegno della tesi della giurisdizione italiana – dal difensore della parte civile Sgrena, il quale sottolinea la "*dimensione assiologica degli interessi protetti*", come criterio di determinazione della concorrente giurisdizione "passiva" dell'Italia, in assenza di specifiche norme derogatorie di carattere pattizio, al fine di evitare situazioni di impunità per crimini gravemente lesivi dei diritti fondamentali dell'uomo.

L'Avvocatura Generale dello Stato, costituitasi per la Presidenza del Consiglio dei Ministri, si è associata alle richieste della pubblica accusa e della parte civile ricorrente.

3.- La correttezza della sentenza impugnata è invece sostenuta dal difensore dell'imputato, il quale ha replicato con apposite memorie ai motivi di gravame dei ricorrenti, allegando a sostegno delle proprie argomentazioni i pareri *pro veritate* del Dr. Dieter Fleck, consulente di diritto internazionale del Governo della Repubblica Federale di Germania, e del Prof. Fredric I. Lederer, esperto di diritto penale militare americano.

Dopo avere dato atto del contesto storico-politico e del regime giuridico vigente in Iraq all'epoca dei fatti, la difesa dell'imputato confuta analiticamente i rilievi critici sviluppati dai ricorrenti e ribadisce (anche mediante diffuse citazioni giurisprudenziali e dottrinali):

a) l'esistenza e la rilevanza della norma consuetudinaria sulla c.d. "*legge della bandiera*", ai fini dell'attribuzione della giurisdizione esclusiva allo Stato di invio sul proprio personale partecipante alla Forza Multinazionale operante in Iraq;

b) il riconoscimento di tale giurisdizione in forza della Risoluzione n. 1546 del 2004 del Consiglio di Sicurezza, adottata ai sensi del Cap. VII della Carta delle Nazioni Unite e perciò vincolante, oltre che recepita nell'ordinamento italiano mediante le leggi di finanziamento della missione in Iraq, nonché degli Ordini nn. 17 e 100 della CPA, riguardanti lo *status* del personale degli Stati contribuenti alla MNF;

c) in ogni caso, il primato della giurisdizione "attiva" statunitense in forza della norma di diritto internazionale generale che sancisce l' "*immunità funzionale*" dalla giurisdizione dello Stato straniero dell'individuo-organo, il quale, come il Lozano, abbia agito *iure imperii* nell'esercizio delle funzioni militari di guardia e controllo a un posto di blocco;

d) l'insussistenza, nella specie, di eccezioni alla regola dell'immunità funzionale che potrebbero radicare la giurisdizione penale italiana, non configurandosi comunque un "*crimine internazionale*", per l'evidente assenza nelle modalità del fatto contestato al Lozano delle caratteristiche di gravità, intensità, arbitrarietà, odiosità ed intenzionalità, proprie dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra;

e) l'avvenuto, effettivo, esercizio della giurisdizione penale nei confronti del Lozano per i fatti di cui all'odierno processo, da parte della giustizia militare degli Stati Uniti, giusta il parere del Prof. Lederer circa i termini e le modalità di investigazione e chiusura del caso.

Il P.G. presso la Corte di cassazione, non condividendo le censure dei ricorrenti, ha concluso per il rigetto dei ricorsi, sull'assunto della immunità funzionale dell'imputato dalla giurisdizione penale italiana per il compimento di atti eseguiti nell'esercizio delle funzioni militari affidategli.

Considerato in diritto

1.- *La questione di giurisdizione.* La Corte di cassazione è chiamata a rispondere al quesito "*se, con riferimento all'uccisione e al ferimento di due funzionari del SISMI, in missione governativa in territorio iracheno per conseguire la liberazione di una giornalista rapita, e della medesima giornalista appena liberata (attinti da numerosi colpi di arma da fuoco esplosi contro l'autovettura sulla quale essi viaggiavano la sera del 4 marzo 2005 ad un posto di blocco istituito nei pressi dell'aeroporto di Baghdad), reati contestati ad un soldato in servizio al posto di blocco ed appartenente al contingente militare USA, dislocato in Iraq con la Forza Multinazionale, in forza della Risoluzione n. 1546 del 2004 del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, sussista, o non, la giurisdizione penale dello Stato italiano*".

2.- *Il contesto storico-ordinamentale.* Assume preminente rilievo, per l'inquadramento del contesto storico-ordinamentale vigente al momento del fatto omicidiario in Iraq (ove operava fin dal 2003 un contingente militare italiano, nell'ambito della missione umanitaria denominata "Antica Babilonia" di stabilizzazione e ricostruzione postbellica di quel Paese), la Risoluzione n. 1546 adottata l'8 giugno 2004, alla stregua del Cap. VII della relativa Carta, dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, con la quale, richiamate le precedenti Risoluzioni nn. 1483, 1500 e 1511 del 2003, si dava atto della fine della "occupazione" da parte dell'Autorità Provvisoria della Coalizione (CPA) e dell'apertura di nuova fase di "tran-

sizione” verso la ripristinata indipendenza e sovranità statale dell’Iraq a far data dal 30 giugno 2004.

Con il consenso del Governo iracheno ed a supporto della transizione politica, veniva confermata l’autorizzazione della Forza Multinazionale (*MNF*), sotto comando unificato, ad esercitare l’autorità per adottare ogni misura necessaria per contribuire al mantenimento “*of security and stability*” in Iraq (con l’obbligo per gli Stati Uniti di riferire, per conto della *MNF*, degli sforzi fatti e dei progressi conseguiti), “*in accordance – si aggiunge – with international law, including obligations under international humanitarian law*”.

La Risoluzione n. 1546 richiama, a sua volta, le annesse lettere 5 giugno 2004 del Primo Ministro iracheno, Ayad Allawi, e del Segretario di Stato USA, Colin Powell, nelle quali erano fissate le intese dirette ad assicurare il coordinamento fra il Governo iracheno e la Forza Multinazionale.

In particolare, nella lettera di Powell si avvertiva che, per contribuire efficacemente alla sicurezza, la *MNF* doveva continuare a funzionare in un quadro che offrisse al personale lo *status* di cui aveva bisogno per portare a termine la missione, nel quale gli Stati contribuenti “*have responsibility for exercising jurisdiction over the personnel*” alla stregua dell’ “*existing framework*”; si aggiungeva, inoltre, che i contingenti militari che formavano la *MNF* erano impegnati a compiere le loro attività “*under the law of armed conflict, including the Geneva Conventions*”.

In tal senso era anche orientata la disciplina dettata dalla Sez. 2 dell’*Order* n. 17 (confermato dal successivo *Order* n. 100, Sez. 3 § 8, del 28 giugno 2004), emanato il 27 giugno 2004 da L. Paul Bremer, rappresentante della *CPA*, circa lo *status* del personale civile e militare della *MNF*, stabilendosi che il relativo personale “*shall be immune from Iraqi legal process*” (§ 1) e “*shall be subject to the exclusive jurisdiction of their Sending States*” (§§ 3 e 4).

2.1.- Quanto al regime giuridico del contingente militare italiano che dal 2003 al 2006, insieme ad altri contingenti della coalizione multinazionale a comando unificato, ha partecipato alla missione umanitaria di stabilizzazione e ricostruzione postbellica dell’Iraq, va segnalato il d.l. 24 giugno 2004 n. 160, conv. in l. 30 luglio 2004, n. 207, recante proroga della partecipazione italiana a missioni internazionali, che, insieme con la finalizzazione delle attività operative “nell’ambito degli obiettivi e delle finalità individuati nella Risoluzione delle Nazioni Unite n. 1546 dell’8 giugno 2004” (art. 1, comma 2), statuisce, fra le disposizioni in materia penale, che “i reati commessi dallo straniero in territorio iracheno, a danno dello Stato o di cittadini italiani partecipanti alle missioni ... sono 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” (art. 10, comma 2) e che “per i reati di cui al comma 2 la competenza territoriale è del tribunale di Roma” (art. 10, comma 3): disposizioni, quest’ultime, tralasciamente reiterate nei successivi decreti legge sulla partecipazione italiana a missioni internazionali (v., fra gli altri, l’art. 13 del d.l. 19 gennaio 2005 n. 3, conv. in l. 18 marzo 2005 n. 37, e, da ultimo, l’art. 5 del d.l. 31 gennaio 2008 n. 8, conv. in l. 13 marzo 2008 n. 45).

2.2.- Lo stazionamento sul territorio iracheno di contingenti militari appartenenti alla *MNF*, tenuto conto del contesto storico e internazionale in cui le operazioni di intervento erano inserite, si collocava dunque, almeno a partire dalla Risoluzione n. 1546, nell’ambito delle missioni di pace (*peace support operations*) delle Nazioni Unite, definite, di volta in volta, *peace-keeping*, *peace-building* o *peace-enforcement*, a seconda del prevalere di taluni aspetti (la sicurezza, la stabilità, la tutela dei diritti umani ecc.) rispetto al mero mantenimento della pace: tutte caratterizzate, peraltro, nonostante il moltiplicarsi e la diversità delle

situazioni di crisi internazionali, anche non belliche o postbelliche, dal consenso dello Stato ospitante (*Host State*), dal significativo impiego di personale militare da parte degli Stati contribuenti (*Sending States*) e, infine, dalla pluralità e complessità delle funzioni e degli obiettivi perseguiti anche di polizia internazionale, sulla base del meccanismo previsto dal Cap. VII della Carta delle Nazioni Unite.

3.- La “*legge della bandiera*” (“*nello zaino*”). Orbene, a fronte del descritto modulo organizzativo, multinazionale e multifunzionale, della missione di pace autorizzata dalle Nazioni Unite in Iraq, difficilmente riconducibile ai classici schemi di occupazione bellica elaborati nel passato, appare davvero inadeguato il riferimento fatto nel caso in esame dalla Corte d’assise di Roma, al fine di paralizzare l’operatività del criterio di collegamento della giurisdizione “passiva” dello Stato italiano, giusta la nazionalità delle vittime del fatto criminoso (artt. 8 e 10 cod. pen.; art. 13 d.l. 19 gennaio 2005 n. 3, conv. in l. 18 marzo 2005 n. 37), ad un preteso principio internazionale consuetudinario (c.d. “*legge della bandiera*”), universalmente riconosciuto e direttamente applicabile in virtù dell’art. 10, 1° comma, Cost., in virtù del quale è attribuita in via esclusiva allo Stato di invio del contingente militare all’estero, in caso di occupazione, bellica o non, transito e stazionamento di truppe straniere sul territorio di uno Stato, la giurisdizione civile e penale per gli illeciti commessi dal proprio personale in quel territorio.

Pure a prescindere dai dubbi espressi dalla Corte permanente di giustizia internazionale nella remota decisione pronunciata il 7 settembre 1927 nel caso *S.S. Lotus*, circa l’effettiva prova dell’esistenza di “*a rule of customary international law which established the exclusive jurisdiction of the State whose flag was flown on board a merchant ship on the high seas*”, poiché “*the principle is not universally accepted*”, osservavano infatti le Sezioni Unite penali di questa Corte, già con sentenza del 28 novembre 1959, *Meitner* (in *Giust. pen.*, 1960, III, 481; cui *adde* Cass., Sez. II, 30 gennaio 1959, P.M. in proc. Parker, *ivi*, 1959, III, 424 e Sez. II, 15 aprile 1959, Knopich, *ivi*, 1960, III, 22), che l’evolversi dei rapporti internazionali dopo il secondo conflitto mondiale, con la conseguente creazione di basi permanenti nel territorio di altri Stati, “... ha determinato la progressiva limitazione del principio della c.d. giurisdizione della bandiera (“*ubi signa et jurisdictio*”, “*la loi suit le drapeau*”), in forza del quale veniva riconosciuto allo Stato d’origine, o della bandiera, “*ne impediatur officium*”, e cioè ad assicurargli la disponibilità dei propri reparti, il diritto di esercitare la giurisdizione sulle proprie truppe dislocate in territorio estero e perciò esenti da quella dello Stato occupato od ospitante”.

Segnalavano le Sezioni Unite, con tale storica sentenza, come nella Convenzione di Londra del 19 giugno 1951, ratificata e resa esecutiva con legge 30 novembre 1955 n. 1335, concernente lo statuto dei militari appartenenti alle forze armate della NATO dislocate in territorio alleato (c.d. *NATO SOFA*), il tradizionale principio immunitario di personalità attiva, “a tutela della funzione e non della persona”, per i reati commessi dall’organo militare nell’espletamento del servizio – “*on official duty*” –, veniva limitato rispetto al principio di territorialità: “accanto alla già esclusiva giurisdizione della bandiera, è riconosciuta quella dello Stato di soggiorno”, prevedendo l’art. VII del Trattato Nord Atlantico un più sofisticato sistema di riparto e regolamentazione delle priorità fra le due giurisdizioni concorrenti.

E in tal senso si sono altresì pronunciati sia la Corte costituzionale (n. 96 del 1973 e n. 446 del 1999), sia taluni giudici di merito (G.i.p. Trib. Trento, 13 luglio 1998, *Ashby* e altri, nel caso *Cermis*, in *Cass. pen.*, 1999, 3588).

4.- I *SOFA*s (*Status of Forces Agreements*): il *SOFA Iraq*. Con riguardo alla frammentarie declinazioni dei moderni modelli delle missioni di pace istituite o autorizzate dalle

Nazioni Unite sono cresciute – come si è detto – le difficoltà di identificazione del quadro delle fonti normative, nazionali o internazionali, applicabili alle condotte penalmente illecite del personale dei plurimi contingenti militari, operanti anche per conto di organismi sopranazionali, e ciò soprattutto in considerazione della multinazionalità della forza impiegata in una medesima missione, della portata del mandato internazionale che ne legittima l'operato, del tipo e dell'effettività della catena di comando, del ruolo delle regole d'ingaggio e di altre variabili, anche in rapporto alla singola o alle diverse nazionalità dei militari autori dell'illecito e al margine di applicazione riservato alla giurisdizione locale.

Trova oggi, pertanto, ampia diffusione la prassi internazionale di disciplinare pattizamente il dispiegarsi di immunità funzionali e il sistema di riparto della giurisdizione penale, mediante un nucleo di norme regolatrici dello *status* del personale dei contingenti militari impegnati nelle operazioni militari all'estero, incorporate in più ampi accordi stipulati fra gli Stati contribuenti alla Forza Multinazionale e lo Stato di soggiorno delle truppe: accordi bilaterali o multilaterali denominati *SOFAs* – *Status of Forces Agreements* –, diretti a risolvere i problemi che possono insorgere dalla convivenza delle leggi dello Stato di invio e di quello di destinazione in ordine alle condotte criminose poste in essere dal personale della Forza Multinazionale nell'espletamento del servizio.

Assume indubbio rilievo, in questa logica consensuale, il modello di riferimento per la stesura di siffatti accordi costituito dal *Model SOFA ONU* (*Model status-of-forces agreement for peace-keeping operations*) adottato dalle Nazioni Unite nel 1990 (Rapporto del Segretario Generale, Doc. A/45/594, 9 ottobre 1990), che statuisce l'immunità dalla giurisdizione locale e la competenza esclusiva sui militari dello Stato di appartenenza per ogni reato commesso nello Stato di destinazione, nel corso di un'attività finalizzata all'adempimento dei propri doveri, escludendo radicalmente la competenza di quest'ultimo (art. VI, § 46, 47-b, 48), seguito dal *Model Agreement* del 1991 tra l'ONU e i Paesi membri che contribuiscono al personale delle missioni (Doc. A/46/185, 23 maggio 1991, art. VIII).

A siffatto modello sembra sostanzialmente ispirarsi, d'altra parte, anche la specifica disciplina dettata dalla Risoluzione n. 1546 del Consiglio di Sicurezza, dalle annesse lettere 5 giugno 2004 del Primo Ministro iracheno e del Segretario di Stato USA e dalle disposizioni dell'*Order* n. 17, sopra richiamate, circa lo *status*, le immunità e la giurisdizione esclusiva dello Stato d'invio del personale della *MNF* (c.d. *SOFA Iraq*).

Gli accordi bilaterali o multilaterali detti *SOFAs*, anche nella più articolata versione di una regolamentazione del riparto e della priorità della giurisdizione (quali esempi di "*shared jurisdiction*", v. l'art. VII dell'Accordo di Londra del 1951 tra i Paesi della NATO e l'art. 17 del *Model SOFA UE* stipulato il 17 novembre 2003 tra gli Stati membri dell'Unione Europea), sono diretti, pertanto, a disciplinare, convenzionalmente e nel dettaglio, i rapporti per così dire "*verticali*" tra lo Stato di invio e lo Stato di destinazione, escludendo, in linea di principio, la competenza "territoriale" di quest'ultimo in favore dell'esclusiva giurisdizione "attiva" dello Stato di appartenenza per i fatti illeciti commessi nell'espletamento del servizio dai componenti del contingente militare.

E però, nonostante la tendenziale riserva di giurisdizione a favore dello Stato d'invio rivelata dalle prassi internazionali, non è dato ancora ravvisare l'esistenza di un riconosciuto principio consuetudinario internazionale ovvero di accordi *ad hoc* o *SOFAs*, che dettino speciali ed esplicite regole di riparto "*orizzontale*" della giurisdizione fra gli Stati partecipanti alla Coalizione o alla Forza Multinazionale operante nel territorio di un altro Stato.

S'intende dire, in altre parole, che non risulta affermato con chiarezza nel sistema di diritto internazionale lo *status* dei contingenti multinazionali nei loro rapporti reciproci, né

tantomeno l'esclusiva attribuzione della giurisdizione allo Stato di appartenenza di ciascun contingente militare, con carattere di prevalenza su ogni altro criterio concorrente di collegamento, come quello della giurisdizione "passiva", neppure nei più drammatici casi – come nella specie – di "danni collaterali" o di "fuoco amico", cioè di condotte criminose, dolose o colpose, in danno di membri del contingente militare o comunque cittadini di altro Stato, contribuente e alleato nella medesima missione di pace: zone grigie, queste, caratterizzate dall'emersione di problematiche nuove e controverse per l'evidente coinvolgimento di una pluralità di ordinamenti.

Donde l'irrelevanza, ai fini della controversa questione di giurisdizione, del problema attinente alla pretesa natura *self-executing*, o non, nell'ordinamento italiano della Risoluzione del Consiglio Sicurezza n. 1546 del 2004, pur dovendosi rilevare che l'opzione negativa sembra preferibile alla luce della prassi legislativa italiana che richiede una norma di adattamento interno, soprattutto se ne debbano conseguire effetti indiretti in materia penale, ostandovi la riserva di legge *ex art. 25, 2° comma Cost.* (Cass., Sez. I, 8 luglio 1994, Barcot, in *Giur. it.*, 1995, II, 232).

5.- *L'immunità funzionale (ratione materiae) degli organi dello Stato estero.* Anche per quest'aspetto, dunque, in assenza di una solida e riconosciuta consuetudine o di convenzioni internazionali, bilaterali o multilaterali, che disegnano con chiarezza "the legal framework", per quanto riguarda lo *status* del personale e la sorte delle relazioni "orizzontali" fra gli Stati contribuenti alle missioni internazionali di pace, si rivela inadeguata l'analisi condotta dalla Corte d'assise per giustificare la soluzione ostativa, nel caso di specie, all'operatività del criterio di collegamento della giurisdizione "passiva" dello Stato italiano *ex artt. 8 e 10 del codice penale* (dovendosi escludere, in ogni caso, l'applicabilità dell'art. 13 d.l. n. 3 del 2005, conv. in l. n. 37 del 2005, atteso che nessuno dei cittadini italiani coinvolti nei tragici eventi cagionati dall'azione militare del Lozano partecipava alla missione di pace in Iraq, essendo il Calipari e il Carpani funzionari del Sismi incaricati *ad hoc* della liberazione della Sgrena, giornalista sequestrata da terroristi iracheni).

Ritiene, invece, questa Corte che il fondamento del primato esclusivo della giurisdizione "attiva" degli USA debba rinvenirsi nel principio consuetudinario di diritto internazionale che sancisce la "immunità funzionale" (*ratione materiae*), dalla giurisdizione interna dello Stato straniero, nella specie quello italiano, dell'individuo-organo il quale, come l'imputato Lozano, soldato del contingente militare statunitense facente parte della MNF, operante in Iraq sotto l'egida del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite ma sotto il "controllo effettivo" della struttura di comando dello Stato d'invio (v., in proposito, Corte eur. d. uomo, 31 maggio 2007, nei casi *Behrami e Saramati c. Francia*), abbia agito *iure imperii* nell'esercizio delle funzioni di guardia e di controllo a un posto di blocco.

Costituisce, infatti, principio di fonte internazionale consuetudinaria, universalmente accettato dalla prevalente dottrina e dalle prassi giurisprudenziali, nazionali e internazionali, recepito nell'ordinamento giuridico italiano siccome norma di diritto internazionale generale preesistente (Corte cost., n. 48 del 1979), in forza dell'adeguamento automatico disposto dall'art. 10, 1° comma, Cost., e prevalente, in quanto tale, sui criteri di collegamento delineati dalle norme statali anche di fonte penale, quello per cui sono sottratti alla giurisdizione civile o penale di uno Stato estero i fatti e gli atti eseguiti *iure imperii* dagli individui-organi di un altro Stato nell'esercizio dei compiti e delle funzioni pubbliche ad essi attribuiti.

L'esistenza di una siffatta norma consuetudinaria di diritto internazionale e la sua operatività nel nostro ordinamento non sono revocabili in dubbio, poiché il principio della immunità funzionale, pure nella nozione "ristretta" o "relativa", limitata cioè alle sole atti-

vità che, a differenza di quelle “*iure gestionis*”, sono espressione diretta e immediata della funzione sovrana degli Stati, tra le quali ontologicamente rientrano le attività eseguite nel corso di operazioni militari, ha trovato ampio e incontroverso riconoscimento, fin dal risalente e famoso caso *McLeod* del 29 dicembre 1837, sia nella dottrina che nella giurisprudenza, interna e internazionale.

A conforto della tesi della permanente validità del principio dell’immunità dalla giurisdizione civile per questa tipologia di atti possono richiamarsi, oltre la costante giurisprudenza nazionale di legittimità (Cass., Sez. Un. civ., nn. 14199 e 14201 del 2008, n. 11255 del 2005, n. 5044 del 2004, n. 8157 del 2002, n. 530 del 2000), le pronunzie di altre Corti supreme europee (17 luglio 2002 della Corte Suprema greca, 26 giugno 2003 della Corte federale di cassazione tedesca, 16 dicembre 2003 della Corte di cassazione francese, 14 giugno 2006 della *House of Lords* inglese, nel caso *Jones*), gli arresti della Corte europea dei diritti dell’uomo (21 novembre 2001, *Al Adsani* c. Regno Unito, 12 dicembre 2002, *Kalogeropoulou* c. Grecia e Germania, 14 dicembre 2006, *Markovic* c. Italia), la decisione 29 ottobre 1997 del Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia, caso *Blaškić* (*subpoena*) e, infine, la più recente pronunzia della Corte internazionale di giustizia, 4 giugno 2008, *Gibuti* c. Francia, §§ 185, 194-196 (cui *adde*, della stessa Corte, la sent. 14 febbraio 2002, Repubblica democratica del Congo c. Belgio, caso del *Mandato d’arresto* dell’11 aprile 2000 nei confronti dell’ex Ministro degli esteri Yerodia, § 58).

La regola (autonoma e distinta da quella sulla “*immunità personale*” o *ratione personae*, di cui beneficiano tradizionalmente alcuni organi dello Stato, temporaneamente ma per qualsiasi atto da essi compiuto finché rivestono il relativo ruolo, perciò insuscettibile di interpretazioni estensive o analogiche: Cass., Sez. III, 17 marzo 1997 n. 1011, P.M. in proc. Ghiotti, rv. 210861; Sez. III, 17 settembre 2004 n. 49666, P.M. in proc. Djukanovic, rv. 230222), costituisce il naturale corollario del principio, pure consuetudinario, sull’immunità “*ristretta*” degli Stati dalla giurisdizione straniera per la responsabilità civile derivante da attività di natura ufficiale, *iure imperii*, materialmente eseguite dai suoi organi. Ogni Stato, indipendente e sovrano, è libero di stabilire la propria organizzazione interna e individuare le persone autorizzate ad agire per suo conto, sicché, una volta determinate la qualità di organo e la sua competenza, le relative condotte individuali esprimono l’esercizio di una funzione pubblica e sono imputabili allo Stato, comportandone, senza indebite interferenze da parte dei tribunali di un altro Stato, solo la responsabilità per l’eventuale illecito internazionale da far valere nei rapporti fra lo Stato leso e lo Stato responsabile, a garanzia dell’assetto strutturale della stessa comunità e delle relazioni internazionali nel rispetto delle reciproche sovranità fra gli Stati (“*par in parem non habet imperium/jurisdictionem*”).

Va sottolineato altresì che l’immunità, quale regola generale (nei procedimenti civili), è enunciata sia nella Convenzione europea sull’immunità degli Stati del 16 maggio 1972, sia nella più recente Convenzione di New York sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, adottata dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite il 2 dicembre 2004 (entrambe non ratificate dall’Italia), redatte secondo il metodo della “*lista*” delle “*commercial exceptions*” con riguardo ad attività di tipo privatistico.

Restano comunque escluse dalla c.d. *tort exception*, e perciò dalla sfera di applicazione di entrambe le Convenzioni, le azioni o le omissioni produttive di lesioni personali e danni, imputabili alle forze armate di uno Stato straniero stanziate sul territorio di altro Stato, vieppiù in situazioni di conflitto armato, che continuano ad essere regolate da “*the rules of customary international law*” (v. l’art. 12 della Convenzione di New York, sulla base dell’opinione resa dal Prof. G. Hafner, Presidente del Comitato *ad hoc* incaricato di

redigere la Convenzione, alla Sesta Commissione dell'Assemblea generale il 25 ottobre 2005, e l'art. 31 della Convenzione di Basilea).

Il principio dell'immunità funzionale sembra, infine, espressamente confermato dallo Statuto della Corte penale internazionale (ratificato dall'Italia con legge 12 luglio 1999, n. 232), che, pur sancendo l'irrelevanza delle qualifiche ufficiali e delle immunità delle persone chiamate a rispondere davanti ad essa (art. 27), esige peraltro la cooperazione o il consenso dello Stato terzo o dello Stato d'invio per la rinuncia all'immunità e per la consegna da parte dello Stato territoriale della persona ricercata, come nel caso di militare appartenente al contingente dello Stato d'invio (art. 98).

6.- "Immunità funzionale", "crimini internazionali" e "jus cogens". È peraltro ricostruibile una più recente tendenza evolutiva, sia nella dottrina internazionalistica che in una parte ancora minoritaria della giurisprudenza interna, diretta a contrastare la più ampia applicazione della regola consuetudinaria sull'immunità dello Stato estero, relativamente alla responsabilità civile derivante dall'attività illecita compiuta *iure imperii* da un suo organo, oltre che sull'immunità dalla giurisdizione penale dell'individuo-organo autore del medesimo illecito, prospettandosene la "cedevolezza" laddove gli atti siano stati eseguiti in violazione di norme di diritto internazionale cogente, come in tema di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, per essersi l'individuo-organo reso colpevole di "crimini internazionali", a garanzia di valori fondanti la comunità internazionale nel suo insieme.

D'altra parte, pur dovendosi dare atto della prevalenza dell'opposta tesi, che al più ammette deroghe solo di fonte convenzionale, come per il genocidio o la tortura, alla dottrina dell'immunità dello Stato, "*as the current rule of public international law*" (House of Lords, 14 giugno 2006, nel caso *Jones*, e 24 marzo 1999, nel caso *Pinochet III*; Corte suprema d'Irlanda, 15 dicembre 1995, nel caso *McElhinney*; Corte suprema dell'Ontario, 1 maggio 2002, nel caso *Bouzari*; C. eur. d. uomo, 21 novembre 2001, *Al Adsani* c. Regno Unito, 21 novembre 2001, *McElhinney* c. Irlanda, 12 dicembre 2002, *Kalogeropoulou* c. Grecia e Germania, 14 dicembre 2006, *Markovic* c. Italia; C.I.G., 14 febbraio 2002, caso del *Mandato d'arresto*, § 58; Trib. pen. intern. per la ex Jugoslavia, 10 dicembre 1998, caso *Furundžija*), merita di essere sottolineato che nelle più attente decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo (21 novembre 2001, *Al Adsani* e 12 dicembre 2002, *Kalogeropoulou*, *citt.*) si avverte, tuttavia, che ciò "*does not preclude a development in customary international law in the future*".

Può pertanto ritenersi (condividendosi, sul punto, le lucide argomentazioni dei più recenti arresti delle Sezioni Unite civili: n. 5044 del 2004, nn. 14199 e 14201 del 2008, *citt.*) che sia "*in via di formazione*" una consuetudine internazionale la quale, in considerazione del carattere cogente e imperativo delle norme di diritto internazionale umanitario ("*peremptory norms of general international law*", nella dizione dell'art. 53 della Convenzione di Vienna del 23 maggio 1969 sul diritto dei trattati), che impongono il rispetto dei diritti umani fondamentali, e della concreta lesività di "valori universali che trascendono gli interessi delle singole comunità statali", è diretta a limitare l'immunità dalla responsabilità civile dello Stato estero, il cui organo, pur nell'esercizio di un'attività *iure imperii*, come in situazioni belliche, si sia tuttavia reso autore di atti di gravità tale da "minare le fondamenta stesse della coesistenza tra i popoli" (Corte cost. di Ungheria, n. 53 del 1993), configurabili perciò come "crimini internazionali".

D'altra parte, anche sul diverso piano del regime della responsabilità penale individuale per talune fattispecie di crimini contro l'umanità, crimini di guerra o atti di genocidio commessi dall'individuo-organo di uno Stato estero, pure nell'esercizio di funzioni ufficia-

li, questa Corte suprema ha affermato, in armonia con le risalenti decisioni pronunziate nei confronti di criminali nazisti dai Tribunali militari internazionali di Norimberga e Tokyo, dalla Corte suprema israeliana il 29 maggio 1962 nel caso *Eichmann* e da altre Corti supreme interne, l'imprescrittibilità dei reati e, in considerazione del criterio di collegamento della nazionalità delle vittime o del luogo di commissione del delitto ovvero in forza della universalità della giurisdizione *ex art. 7 n. 5 cod. pen.*, ha ritenuto pacificamente sussistente la giurisdizione passiva o per taluni versi universale. E ciò sull'assorbente rilievo che l'esecuzione di un barbaro eccidio di prigionieri inermi, in violazione del diritto bellico e dei più elementari principi umanitari dello *jus gentium*, nel pur inadeguato quadro di riferimento vigente all'epoca dei fatti (Convenzioni dell'Aja del 1899 e del 1907 sulle leggi e gli usi di guerra terrestre e marittima), anteriore al regime delle regole del diritto umanitario bellico di cui alle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 e ai due Protocolli addizionali del 1977, recava ontologicamente "le stimate" della riconoscibile contrarietà ai più elementari principi di umanità e della clamorosa crimosità dello sterminio di massa (Trib. Supr. Mil., 25 ottobre 1952, *Kappler*; Cass., Sez. I pen., 16 novembre 1998 n. 1230, *Priebke e Hass*, per l'eccidio delle Fosse Ardeatine; Sez. I pen., 8 novembre 2007 n. 4060/08, *Sommer*, per la strage di Sant'Anna di Stazzema).

Dalla parallela e antinomica coesistenza nell'ordinamento internazionale dei due principi, entrambi di portata generale, consegue, come logico corollario, che l'eventuale conflitto, laddove essi vengano contemporaneamente in rilievo, debba risolversi sul piano sistematico del coordinamento e sulla base del criterio del bilanciamento degli interessi, dandosi prevalenza al principio di rango più elevato e di *jus cogens*, quindi alla garanzia che non resteranno impuniti i più gravi crimini lesivi dei diritti inviolabili di libertà e dignità della persona umana, "per il suo contenuto assiologico di meta-valore" nella comunità internazionale, rispetto agli interessi degli Stati all'uguaglianza sovrana e alla non interferenza, rappresentando la violazione di quei diritti fondamentali "il punto di rottura dell'esercizio tollerabile della sovranità", in altre parole l'"abuso di sovranità" dello Stato.

7.- *La non configurabilità, nella specie, del "crimine di guerra"*. Occorre pertanto chiedersi, a questo punto, se nella vicenda omicidiaria *de qua* possa, o non, ravvisarsi un crimine internazionale, idoneo a paralizzare, insieme con l'immunità funzionale dell'imputato, l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice penale italiano, essendosi già rimarcato come l'applicazione delle norme di diritto internazionale umanitario, incluse quelle della Convenzione di Ginevra, prevista in via generale per le operazioni multinazionali di pace su mandato o autorizzazione delle Nazioni Unite (*Bollettino del Segretario Generale*, 6 agosto 1999), costituisca oggetto di specifiche clausole della Risoluzione del Consiglio di sicurezza n. 1546 del 2004 e dell'annessa lettera di Powell: donde l'irrelevanza, a tal fine, della definizione della situazione irachena, almeno a far data dalla fine dell'occupazione militare in senso stretto, come conflitto armato internazionale o non internazionale.

Si osserva in dottrina – e il rilievo va condiviso – che i crimini individuali di natura propriamente internazionale hanno una struttura complessa, nel senso che essi, anche se si sostanziano in fattispecie costituenti reati per il singolo ordinamento penale nazionale (es. omicidio), presentano, rispetto agli schemi di parte speciale dei vari codici penali, un *quid pluris* costituito da uno o più elementi tipici, soggettivi e oggettivi, atti a trasformarli qualitativamente e ad elevarli a rango autonomo di delitti lesivi degli interessi e dei valori della comunità internazionale nel suo insieme.

Dovendosi certamente escludere la configurabilità, nella specie, di un "crimine contro l'umanità", inserito in un contesto di pratica diffusa e sistematica contro la popolazione civi-

le di cui l'autore abbia consapevolezza (per la puntuale descrizione di questa figura, v. l'art. 7 dello Statuto della Corte penale internazionale, nonché Trib. pen. intern. per la ex Jugoslavia, 2 settembre 1998, caso *Akayesu*), mette conto di rilevare, quanto alla categoria dei "crimini di guerra", che si qualificano tali le violazioni gravi ("*grave breaches*") del diritto umanitario nei conflitti armati, a tutela della vita e dell'integrità fisica e psichica delle persone, appartenenti in particolare alla popolazione civile, che in quel contesto non prendono parte alle ostilità.

Crimini, quest'ultimi, che, già codificati nelle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 e nei due Protocolli addizionali del 1977 (ratificati dall'Italia con leggi, rispettivamente, del 27 ottobre 1951 n. 1739 e dell'11 dicembre 1985 n. 762), sono altresì analiticamente indicati nel dettagliato elenco di cui all'art. 8 dello Statuto della Corte penale internazionale, e la cui repressione è affidata sia alle giurisdizioni penali interne degli Stati contraenti (sulla base dei tradizionali criteri della territorialità, della personalità attiva o passiva e della universalità), sia ai Tribunali penali internazionali *ad hoc* (per la ex Jugoslavia e per il Ruanda) sia alla Corte penale internazionale.

In particolare, mette conto di rilevare che: è espressamente vietato dall'art. 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra, nei confronti dei civili e delle persone che non partecipano direttamente alle ostilità, l'omicidio in tutte le sue forme ("*murder of all kinds*": § 1 a); l'art. 147 della IV Convenzione annovera nella lista delle infrazioni gravi, per le quali il precedente art. 146 impegna le Parti contraenti a deferirne gli autori ai propri tribunali o a consegnarli ad un'altra Parte interessata al procedimento ("*aut dedere aut judicare*", secondo il principio di complementarità della giurisdizione), l'omicidio intenzionale ("*wilful killing*"); infine, l'art. 85 del I Protocollo addizionale qualifica infrazioni gravi gli atti commessi intenzionalmente che provochino la morte o lesioni gravi all'integrità fisica o alla salute di persone coinvolte in attacchi alla popolazione civile.

L'art. 8 dello Statuto della Corte penale internazionale statuisce, a sua volta, che s'intendono per "crimini di guerra" (per cui la Corte ha competenza a giudicare, in particolare se commessi come parte di un piano o di un disegno politico, o come parte di una serie di crimini analoghi commessi su larga scala) gli atti posti in essere contro le persone protette dalle norme delle Convenzioni di Ginevra, costituenti "gravi violazioni", fra i quali l'"omicidio intenzionale" (2)(a)(i) e, nei conflitti armati internazionali, "dirigere intenzionalmente attacchi contro civili che non partecipano direttamente alle ostilità" (2)(b)(i), o, nei conflitti armati non di carattere internazionale – escluse le situazioni interne di disordini e tensioni -, le gravi violazioni dell'art. 3 comune alle Convenzioni di Ginevra, fra le quali gli "atti di violenza contro la vita e l'integrità della persona, in particolare tutte le forme di omicidio" (2)(c)(i), o "dirigere intenzionalmente attacchi contro civili che non partecipino direttamente alle ostilità" (2)(e)(i): fattispecie, queste, per le quali si esige, quale indefettibile elemento costitutivo, la consapevolezza da parte dell'autore del crimine delle circostanze fattuali che fissano lo stato di protezione della vittima secondo le leggi internazionali regolatrici del conflitto armato.

Orbene, ritiene questa Corte, ai fini della dedotta questione di giurisdizione, che sia evidente la sproporzione di scala fra la vicenda in esame (nei termini fattuali della imputazione omicidiaria contestata al Lozano, come stabilizzatasi all'esito dell'udienza preliminare) e le caratteristiche soggettive ed oggettive del "crimine di guerra", con riguardo sia alla definizione di "*grave breaches*" nelle citate norme di diritto umanitario dei conflitti armati, sia alle più recenti prassi giurisprudenziali interne (per l'Italia, v. G.u.p. Trib. mil. Roma, 9 maggio 2007, nel caso di uso delle armi da parte di militari italiani di stanza in Iraq contro un'*ambulanza*

irachena e il personale addetto, con la conseguente uccisione di civili; per la Spagna, v. Tribunal Supremo, 11 dicembre 2006 e Audiencia Nacional, 13 maggio 2008, nel caso dell'attacco intenzionale e indiscriminato da parte di un carro armato statunitense contro l'Hotel Palestine a Baghdad, ove erano notoriamente alloggiati giornalisti della stampa internazionale, con la conseguente uccisione di un giornalista spagnolo José Manuel Couso).

Sembrano ostare, in linea di principio, alla configurabilità di un odioso e inumano atto ostile contro civili e quindi del "crimine di guerra", nonostante l'indubbia tragicità degli eventi lesivi in danno di persone estranee al conflitto armato iracheno, la concreta dimensione storico-fattuale dell'episodio (l'approssimarsi del veicolo, con a bordo i due funzionari italiani e la giornalista liberata, in avvicinamento veloce al posto di blocco per raggiungere l'aeroporto militare di Baghdad; la localizzazione del *checkpoint* all'intersezione fra due strade di accesso all'aeroporto, già oggetto di ripetuti attacchi terroristici; la situazione obiettiva di massima allerta dei soldati in servizio al posto di blocco, in attesa del corteo dell'ambasciatore USA in Iraq; l'ora notturna) e il carattere isolato e individuale dell'atto. E ciò a prescindere da ogni valutazione di merito, in questa sede inammissibile, circa la pur richiesta, piena consapevolezza – da parte dell'autore – delle circostanze fattuali dalle quali poter desumere lo statuto di protezione delle vittime, nonché in ordine alla effettiva necessità militare e alla proporzionalità dell'attacco, e alla corretta osservanza degli ordini e delle regole d'ingaggio.

D'altra parte, non può affatto considerarsi priva di significato la circostanza che neppure la pubblica accusa ha mai preso in considerazione l'ipotesi che nella vicenda in esame potesse configurarsi un "crimine di guerra".

Il reato di omicidio di Calipari e di tentato omicidio di Carpani e Sgrena è stato invero qualificato dal pubblico ministero prima come delitto "*comune*" e poi come delitto "*politico*", commesso dallo straniero all'estero a danno dello Stato e di cittadini italiani, con riferimento alle specifiche condizioni di procedibilità richieste, rispettivamente, dagli artt. 10 e 8 cod. pen., ma non con riguardo allo spazio di tutela incondizionata consentito dal principio di universalità di cui all'art. 7 n. 5 cod. pen., qualora si fosse invece ravvisata la natura internazionale del delitto secondo la IV Convenzione di Ginevra del 1949.

Nessun cenno al preteso "crimine di guerra" è dato altresì rinvenire nei pur diffusi e articolati motivi di ricorso per cassazione proposti avverso la sentenza impugnata dal Procuratore Generale e dal Procuratore della Repubblica di Roma (cui l'Avvocatura dello Stato si è limitata a prestare adesione).

8.- *Le statuizioni decisorie.* A conclusione delle suesposte considerazioni, riguardo al quesito sottoposto al vaglio di questa Corte (enunciato *retro*, sub 1), può affermarsi il seguente principio di diritto:

“Non sussiste la giurisdizione penale dello Stato italiano né quella dello Stato territoriale, bensì quella esclusiva degli USA, Stato di invio del personale militare partecipante alla Forza Multinazionale in Iraq, in applicazione del principio di diritto internazionale consuetudinario della «immunità funzionale» o ratione materiae dell'individuo-organo dello Stato estero dalla giurisdizione penale di un altro Stato, per gli atti eseguiti iure imperii nell'esercizio dei compiti e delle funzioni a lui attribuiti: principio non derogabile, nella specie, per l'assenza nelle circostanze e modalità del fatto contestato delle caratteristiche proprie della «grave violazione» del diritto internazionale umanitario, con particolare riguardo alla non configurabilità nel caso concreto di un «crimine contro l'umanità» o di un «crimine di guerra»”.

Di talché, attesa la priorità esclusiva della giurisdizione degli Stati Uniti in ordine alla fattispecie criminosa *de qua*, resta assorbita la questione riguardante la verifica dell'avvenuto

to, effettivo, esercizio da parte dello Stato d'invio, della giurisdizione penale nei confronti del Lozano: giurisdizione che, secondo il parere del Prof. Lederer, sarebbe stata comunque attivata nei termini e con le modalità propri del sistema di giustizia penale militare statunitense, concludendosi con una pronuncia analoga ad una sorta di provvedimento di non luogo a procedere, sull'assunto che il soldato avesse agito ("cercando di neutralizzare il veicolo che si stava avvicinando e che era stato percepito dalle forze come una minaccia": nota 19 aprile 2006 del direttore della divisione criminale, ufficio affari internazionali, del Dipartimento della Giustizia USA) in conformità alle regole d'ingaggio previste per le operazioni di guardia e di controllo al posto di blocco.

Risulta parimenti assorbita l'ulteriore questione in rito, anch'essa pregiudiziale, cui si fa cenno nella narrativa della sentenza impugnata e che è desumibile dagli atti, circa la sussistenza, per il delitto in esame, di una valida condizione di procedibilità, pur dovendo la Corte sottolineare l'anomalia procedimentale per cui, a fronte della formale richiesta 8 marzo 2005 del Ministro della Giustizia di procedere contro ignoti in ordine a tale delitto, ai sensi dell'art. 10 cod. pen. (delitto "*comune*" commesso dallo straniero all'estero, per cui occorre l'ulteriore presupposto che egli si trovi nel territorio dello Stato), il G.u.p. del Tribunale di Roma, nel disporre il rinvio a giudizio del Lozano con decreto del 7 febbraio 2007, ha qualificato lo stesso, secondo la concorde prospettazione del P.M. e delle PP.CC. circa l'avvenuta lesione di interessi politici dello Stato, sottesi all'incarico governativo di ottenere la liberazione della giornalista rapita, come delitto "*oggettivamente politico*", per la cui procedibilità, a differenza del delitto comune, l'art. 8 cod. pen. non prescrive, oltre la richiesta del Ministro della Giustizia, la necessaria presenza dello straniero nel territorio nazionale.

In definitiva, la declaratoria di non doversi procedere nei confronti del Lozano per difetto della giurisdizione penale italiana va confermata, pur con le opportune rettificazioni, nei termini suesposti, del percorso giustificativo delle ragioni della decisione impugnata.

Al rigetto dei ricorsi della parte pubblica e della parte civile segue la condanna di quest'ultima al pagamento delle spese del procedimento, a norma dell'art. 592, comma 1 c.p.p..

P. Q. M. Rigetta i ricorsi e condanna la ricorrente parte civile al pagamento delle spese processuali.

Così deliberato in Roma il 19 giugno 2008».

La natura giuridica degli enti fiera

(Tribunale Amministrativo Regionale Lazio, sezione terza ter,
sentenza 1 aprile 2008 n. 2779)

La memoria difensiva pubblicata in calce, presentata nell'ambito del contenzioso sorto tra Fiera di Genova s.p.a. e A.G.COM. affronta la tematica della natura giuridica degli enti fiera.

In particolare nella fattispecie Fiera di Genova s.p.a. aveva, in un primo tempo, impugnato la nota del servizio ispettivo e registro dell'A.G.COM. (449/CONS dell'8 febbraio 2007), con cui le si intimava l'adempimento degli obblighi inerenti l'acquisto di pubblicità istituzionale sui mezzi di comunicazione di massa di cui all'art. 41 D.Lgs. 177/2005 (t.u. radiotelevisione).

La ricorrente contestava l'applicazione dell'art. 41 nei propri confronti, in quanto la trasformazione da ente pubblico economico in s.p.a. attuata per effetto dell'art. 10 della legge 7/2001, escludendone la natura pubblicistica, ne avrebbe impedito la riconducibilità alle "amministrazioni pubbliche" e agli "enti pubblici anche economici", soggetti formalmente destinatari dell'obbligo di pubblicità istituzionale. Inoltre, anche sotto il profilo sostanziale, la ricorrente Fiera rinveniva argomento contrario alla sua configurazione quale amministrazione pubblica nonché quale organismo di diritto pubblico, in quanto soggetto operante in mercati concorrenziali, dalla giurisprudenza comunitaria formatasi con riguardo agli enti fiera.

Infine, la violazione dell'art 41 avrebbe rilevato anche per ciò che propriamente attiene all'attività pubblicitaria svolta da Fiera di Genova. Infatti, in ragione della ritenuta natura d'impresa commerciale, Fiera di Genova s.p.a. non svolgerebbe attività di "comunicazione istituzionale", bensì attività di pubblicità commerciale al pari delle altre imprese operanti in regime di concorrenza.

In seguito, la ricorrente, con motivi aggiunti impugnava anche l'ordinanza - ingiunzione di pagamento di € 5.200,00, emessa da A.G.COM. a seguito dell'accertamento della violazione degli obblighi *ex art. 41 cit.*

In tale contesto veniva, pertanto, depositata in giudizio, già per l'udienza camerale fissata per la trattazione dell'istanza cautelare, la memoria in calce riprodotta. Vi si contesta l'argomento principale su cui si fonda il ricorso, vale a dire la natura d'impresa commerciale della ricorrente, sostenendone, viceversa, la natura di ente pubblico economico. E tale natura, da cui consegue l'applicabilità dell'articolo 41 del T.U. 177/05, viene desunta da specifici *indici di pubblicità*, ossia: 1) la natura interamente pubblica degli azionisti tra cui è ripartito il capitale sociale, 2) il potere di nomina dell'intero consiglio di amministrazione previsto dallo statuto esclusivamente in capo agli enti pubblici azionisti, nonché 3) le finalità di interesse pubblico espressamente assegnate a Fiera di Genova dalla legge regionale 8 del 9 febbraio 2000 che ha funzionalizzato la disciplina dell'attività fieristica alla diffusione e all'incremento dell'attività produttiva regionale.

Pertanto ivi, in ragione degli indici rintracciabili nella fattispecie e richiamando la consolidata giurisprudenza di legittimità circa l'ascrivibilità degli enti fieristici alla categoria degli enti pubblici economici, si argomenta la natura di ente pubblico economico di Fiera di Genova s.p.a., desumendone l'applicabilità dell'art. 41 T.U. 177/2005 e deducendo conseguentemente il carattere istituzionale dell'attività pubblicitaria svolta dalla stessa.

Il T.A.R. Lazio, sez. terza *ter*, con sentenza 2779/2008 si è pronunciato accogliendo il ricorso principale ed i motivi aggiunti, proposti da Fiera di Genova s.p.a., escludendo l'applicazione dell'art. 41 nei confronti della stessa. Il Tribunale regionale non ha ritenuto gli *indici di riconoscibilità* adottati nella specie come realmente idonei a provare la natura di ente pubblico economico di Fiera, in quanto non capaci di attestare il carattere meramente formale della sua privatizzazione.

In considerazione degli ultimi orientamenti della giurisprudenza amministrativa sugli enti fieristici (cfr C.d.S. sent. 2913/2008), volti a riconoscere natura commerciale all'attività fieristica, si è ritenuto di prestare acquiescenza alla sentenza del T.A.R.

*Dott.ssa Valeria Camilli**

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sezione terza *ter*, sentenza del 1 aprile 2008 n. 2779 – Pres. I. Riggio – Rel. S. Fantini – Fiera di Genova S.p.a. (Avv.ti L. Cocchi e D. Vaiano) c/ A.G.COM. – Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (ct. 11309/07, Avv. dello Stato R. Guizzi).

« (...) *Fatto.*

Con atto ritualmente notificato e depositato la società ricorrente, derivante dalla trasformazione, avvenuta nel 2003, in forza della legge n. 7/2001, dell'omonimo ente pubblico economico, premesso di svolgere attività commerciale – fieristica in regime di libertà di impresa e di concorrenza sul mercato, espone di avere subito, nel novembre 2006, un'ispezione da parte di incaricati dell'A.G.COM., nella considerazione che non avrebbe ottemperato a quanto previsto dall'art. 41 del D.Lgs. n. 177/2005.

Già in sede ispettiva la società esponente ha sostenuto di non essere soggetta alla predetta normativa, ma l'A.G.COM. le ha contestato, con atto del 24 gennaio 2007, la mancata indicazione delle somme destinate alla comunicazione istituzionale, nonché il mancato rispetto delle quote percentuali impiegate per l'acquisto degli spazi sui mezzi di comunicazione di massa.

Nonostante le controdeduzioni presentate in data 5 marzo 2007, con l'atto oggetto di gravame l'A.G.COM., sotto comminatoria di sanzioni amministrative pecuniarie per il caso di mancata ottemperanza, ha chiesto di effettuare le prescritte comunicazioni nel termine di quindici giorni.

(*) Dottoranda in Diritto costituzionale e pubblico generale, Università di Roma "La Sapienza" ammessa alla pratica forense presso l'Avvocatura dello Stato.

Avverso detto provvedimento deduce il seguente, articolato, motivo di diritto: violazione dell'art. 41 del D.Lgs. n. 177/2005; carenza di potere; violazione della delibera n. 139/05/CONS del 7 marzo 2005.

L'art. 41 del T.U.R. ha come soggetti destinatari le amministrazioni pubbliche (di cui all'art. 1, II comma, del D.Lgs. n. 165/01) e gli enti pubblici anche economici.

La Fiera di Genova è stata un ente pubblico economico, ma in seguito ha visto mutare la propria natura, in applicazione dell'art. 10 della legge n. 7/2001, con la trasformazione in società per azioni avvenuta nel 2003; è dunque, attualmente, un soggetto privato costituito in forma di s.p.a.

Accanto a tale profilo formale va osservato come già l'art. 1 della legge n. 7/2001 prevedesse che l'attività fieristica è libera; tale norma è stata peraltro ritenuta incompatibile con il diritto comunitario dalla sentenza 15 gennaio 2002, in causa C-439/99, della Corte di Giustizia; in conformità la legge n. 7/2001 è stata abrogata dall'art. 6 della legge n. 62/2005.

La Corte di Giustizia, con un'altra pronuncia, sempre riguardante l'ordinamento italiano (sentenza 10 maggio 2001), ha altresì escluso che gli enti fieristici possano considerarsi organismi di diritto pubblico ai fini dell'applicazione della disciplina sugli appalti pubblici.

Anche sotto il profilo sostanziale, dunque, la Fiera di Genova S.p.a. non può considerarsi un'amministrazione pubblica, ovvero un ente pubblico economico, ma un soggetto privato che opera in un settore di libero mercato concorrenziale, alla stregua di ogni altra impresa commerciale.

La società ricorrente non intrattiene alcun rapporto pubblicitario con un ente di riferimento, in forza di norme di diritto pubblico, ed il suo statuto non prevede prescrizioni esorbitanti rispetto a quelle tipiche di una società di diritto privato.

Si aggiunga a quanto precede che l'attività pubblicitaria svolta da Fiera di Genova S.p.a. non è riconducibile a quella contemplata e regolata dall'art. 41 del T.U.R.; ed invero questa disposizione ha ad oggetto non già la pubblicità commerciale, ma la comunicazione o pubblicità istituzionale, che è un qualcosa di completamente diverso sul piano funzionale, come è dato inferire dalla previsione dell'art. 1 della legge n. 150/2000.

La comunicazione istituzionale riguarda l'esercizio di funzioni e servizi pubblici, e non la pura attività di impresa, cui si addice la pubblicità commerciale finalizzata all'accaparramento della clientela.

Quindi anche sul piano dei contenuti delle attività regolate dall'art. 41 del D.Lgs. n. 177/2005 la Fiera di Genova risulta estranea all'ambito di applicazione della norma.

In conclusione, la Fiera di Genova S.p.a. e la sua attività pubblicitaria non possono ritenersi in alcun modo soggette alla disciplina dell'art. 41 del D.Lgs. n. 177/2005.

Si è costituita in giudizio l'A.G.COM. argomentatamente chiedendo la reiezione del ricorso.

Con successivo atto ritualmente notificato e depositato sono stati proposti motivi aggiunti avverso l'ordinanza-ingiunzione, di cui alla delibera n. 449/07/CONS in data 2 agosto 2007, recante una sanzione pecuniaria di euro 5.200,00 per la violazione dell'art. 41, I, III, IV comma, del D.Lgs. n. 177/05, deducendosi le seguenti censure:

1) Violazione dell'art. 41 del D.Lgs. n. 177/2005; carenza di potere; violazione dell'art. 6 della legge n. 241/1990 ed eccesso di potere per difetto di istruttoria; violazione della delibera n. 139/05/CONS del 7 marzo 2005.

In aggiunta a quanto già esposto nel ricorso principale, occorre replicare al corredo motivazionale del provvedimento impugnato.

In primo luogo, non appare rilevante il fatto che Fiera di Genova S.p.a. abbia subito una mera privatizzazione formale, continuando ad essere partecipata in misura maggioritaria da Amministrazioni pubbliche (in particolare, il capitale è al 73% in mano di enti pubblici, e per il resto della F. s.p.a.); ed invero la titolarità della maggioranza azionaria non comporta un'influenza sulla società tale da snaturarne il carattere privato, ben potendosi riferire anche ad imprese delle quali ai pubblici poteri interessa l'esistenza sul mercato.

Nel caso di specie i soci pubblici detengono la S.p.a. Fiera affinché la Liguria e Genova abbiano un polo fieristico, ma la lasciano del tutto libera nella gestione della propria attività imprenditoriale; in altre parole, non si vede imprimere una *mission* di pubblico interesse.

Allo stesso modo, non appare dirimente la facoltà di nomina degli amministratori attribuita statutariamente agli enti-soci.

Si tratta di un elemento inserito privatisticamente (con lo statuto), a norma dell'art. 2449 del c.c., nell'ambito di un'organizzazione privatistica che svolge attività di diritto privato in regime di concorrenza.

La previsione statutaria è stata inserita allo scopo di consentire che, fino a quando il capitale rimane in mano agli enti pubblici attuali soci, la rappresentanza di ciascuno nel consiglio sia equilibrata, in proporzione del suo peso nella compagine azionaria, ed in corrispondenza ad un iniziale accordo intervenuto tra gli enti stessi; in altri termini, si è inteso raggiungere l'effetto di un patto parasociale per mezzo della predetta previsione statutaria.

In terzo luogo, contrariamente a quanto ritenuto dall'A.G.COM., l'oggetto sociale della Fiera di Genova S.p.a. non ha alcuna idoneità a dimostrare una pretesa "sostanza" pubblicistica.

In realtà, l'oggetto sociale della Fiera è l'esercizio dell'attività fieristica, che presenta le già evidenziate caratteristiche commerciali, industriali e concorrenziali, sebbene rivesta pure un interesse di carattere generale per lo sviluppo economico locale.

È improprio il riferimento ai "poteri di concessione", espressione che richiama non già un potere pubblicistico, bensì la facoltà di disporre degli spazi attribuendone la disponibilità a terzi, in relazione ad attività di interesse fieristico.

In definitiva, tutti i pretesi indici di una sostanza pubblicistica della S.p.a. Fiera di Genova, indicati dall'Autorità a sostegno del proprio impugnato provvedimento, non hanno nel concreto caso di specie l'idoneità ad assolvere ad una siffatta funzione, essendo compatibili anche con la natura sostanzialmente privatistica della società e spiegabili in tale prospettiva.

Va al contrario evidenziato come l'A.G.COM. non ha considerato altri decisivi elementi ai fini di una corretta qualificazione della natura giuridica della società ricorrente; in primo luogo il fatto che l'organizzazione di detta società non è regolata da alcuna norma od altro atto pubblicistico; in secondo luogo la circostanza che i suoi atti non sono soggetti a controlli di pubbliche Autorità; in terzo luogo l'insussistenza di poteri di direttiva od indirizzo nei confronti di Fiera di Genova da parte di soggetti pubblici.

Inoltre la società ricorrente non fruisce di alcun finanziamento pubblico, né subisce nessun altro tipo di influenza pubblicistica nella gestione.

Occorre inoltre ribadire che l'art. 41 del D.Lgs. n. 177/05 non appare applicabile all'attività pubblicitaria svolta da Fiera di Genova S.p.a., avendo la norma ad oggetto non già la pubblicità commerciale, ma la comunicazione o pubblicità istituzionale (che evoca il concetto di attività amministrativa, secondo quanto può inferirsi dalla norma di cui alla legge n. 150/2000); sotto tale profilo si delinea il difetto di istruttoria del provvedimento gravato, che non ha adeguatamente accertato i fatti rilevanti per l'applicazione della norma sanzionatoria.

2) In subordine : violazione dell'art. 11 della legge n. 689/1981 e dell'art. 3 della legge n. 241/1990; difetto di istruttoria e di motivazione.

Nella parametrizzazione dell'entità della sanzione al massimo della pena edittale l'A.G.COM. non ha affatto valorizzato i molteplici elementi a "discarico" precedentemente delineati, evidentemente incidenti sulla "gravità" dell'infrazione, di cui la norma epigrafata richiede che si tenga conto.

All'udienza del 14 febbraio 2008 la causa è stata trattenuta in decisione.

Diritto

1.- Il *thema decidendum* del ricorso principale ed, analogamente, del primo motivo aggiunto, rivolti, rispettivamente, avverso la nota prot. n. 8842/07 dell'8 febbraio 2007, e la delibera n. 449/07/CONS, ruota intorno all'asseritamente erronea applicazione dell'art. 41 del T.U.R. (D.Lgs. 31 luglio 2005, n. 177) fatta dall'A.G.COM. nella fattispecie in esame, nell'assunto che Fiera di Genova S.p.a. non sia tenuta, e sotto il profilo formale, e sotto il profilo sostanziale, nonché in ragione del tipo di pubblicità effettuata, alla disciplina sulla "destinazione della pubblicità di amministrazioni ed enti pubblici", ed alla strumentale comunicazione all'Autorità delle somme impegnate per l'acquisto di spazi su mezzi di comunicazione di massa, con conseguente illegittimità della richiesta di effettuare le comunicazioni in materia, e soprattutto dell'ordinanza-ingiunzione che sanziona l'omissione della comunicazione.

In sintesi, a sostegno della tesi della propria non soggezione all'art. 41 del T.U.R., Fiera di Genova S.p.a. allega di essere (a fare tempo dal 2003 non più ente pubblico economico, ma) soggetto di diritto privato costituito in forma di s.p.a., privo dei connotati dell'organismo di diritto pubblico, ed operante nel contesto di un libero mercato concorrenziale; aggiunge che, sul piano oggettivo, l'attività pubblicitaria da essa svolta ha natura commerciale, e non rientra dunque nell'ambito della "comunicazione istituzionale", predefinita dall'art. 1 della legge 7 giugno 2000, n. 150.

L'assunto dell'A.G.COM., chiaramente desumibile dall'articolato corredo motivazionale dell'impugnata delibera n. 449/07/CONS, e poi ribadito nei propri scritti difensivi, è che invece Fiera di Genova S.p.a. sia, nella sostanza, un ente pubblico (economico), come tale soggetto all'art. 41 del T.U.R., in quanto: *a)* la società è derivata da una privatizzazione meramente formale dell'ente pubblico economico "Fiera di Genova", e ciò comporta il permanente vincolo al perseguimento del fine pubblico; *b)* la partecipazione pubblica maggioritaria al capitale sociale, se giustifica la previsione statutaria che rimette agli enti pubblici-soci la nomina degli amministratori della società, conferma la natura pubblicistica dell'ente, già desumibile dall'oggetto sociale; *c)* la natura istituzionale della comunicazione pubblicitaria deve ritenersi compatibile anche con un oggetto sociale che contempla lo svolgimento di attività economiche.

Ritiene il Collegio, pur nella consapevolezza che la questione implicata dalla fattispecie controversa prospetta problemi ermeneutici prismatici, a più facce, e non consente dunque di pervenire a soluzioni senza margini di incertezza, che debba essere preferita la prospettazione di parte ricorrente. Procedendo per ordine, può essere anzitutto condiviso l'assunto metodologico dell'A.G.COM. alla stregua del quale, prevalendo, ai fini della qualificazione di un soggetto come pubblico o privato, il criterio della sostanza sulla forma, a fronte di una privatizzazione meramente formale dell'ente pubblico economico, occorre orientare l'indagine sulla base di "indicatori di tipo sostanziale che riflettono, da un lato, la funzionalizzazione dell'attività istituzionale della ... persona giuridica alla realizzazione di finalità di interesse generale, e, dall'altro, la chiara sottoposizione della sua gestione ad un controllo pubblico".

Ed invero, quanto meno a principiarsi dalla nota sentenza 28 dicembre 1993, n. 466 della Corte costituzionale la giurisprudenza prevalente, con riferimento alle società deriva-

te dalla privatizzazione formale degli enti pubblici economici, ha affermato il principio per cui il solo mutamento della veste giuridica non è sufficiente ad escludere il controllo della Corte dei Conti sulle società (ex art. 12 della legge 21 marzo 1958, n. 259); più generalmente, ha definito di “diritto speciale” le società connotate da significativi tratti pubblicistici, rinvenendo il criterio di qualificazione sul piano sostanziale (in termini, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 20 maggio 1995, n. 498; Cons. Stato, Sez. VI, 28 ottobre 1998, n. 1478; Cons. Stato, Sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1206).

Posta questa premessa, si evince peraltro dal provvedimento sanzionatorio gravato che l’Autorità ha utilizzato, quali “indici di riconoscibilità” della natura pubblica della società, la partecipazione pubblica al capitale sociale, la previsione statutaria che rimette agli enti pubblici soci la designazione degli amministratori, nonché le finalità di interesse pubblico desunte dall’oggetto sociale.

Sotto il primo profilo, occorre tenere conto della distinzione di fondo tra enti pubblici a struttura di s.p.a. e s.p.a. costituite o partecipate da enti pubblici, che hanno però natura giuridica di diritto privato.

Secondo il consolidato orientamento di dottrina e di giurisprudenza, la natura pubblica del soggetto proprietario non condiziona la natura giuridica della società per azioni, che si pone come modello neutrale, *bon à tout faire*. Ove dunque non sia il diritto positivo a qualificare in termini pubblicistici una società, ovvero a sottoporla ad una disciplina speciale, le società per azioni semplicemente partecipate devono ritenersi società di diritto privato.

Ne consegue come, di per sé, la connotazione di Fiera di Genova come società a partecipazione pubblica largamente maggioritaria non valga a qualificarla come soggetto pubblico.

D’altro canto, anche riflettendo sulle modalità di istituzione di questa società, si può evidenziare come la legge 11 gennaio 2001, n. 7, all’art. 10, nel prevedere il riordino, da parte delle Regioni, mediante trasformazione in s.p.a., degli enti fieristici già costituiti e riconosciuti, non ne ha predeterminato né la denominazione, né la necessaria proprietà pubblica di una quota maggioritaria.

Ed infatti il secondo comma del predetto art. 10 dispone che “gli statuti delle società per azioni possono prevedere la libera circolazione delle azioni emesse a seguito della trasformazione”, potendosi dunque escludere che l’esistenza e la destinazione funzionale della società sia indisponibile alla volontà dei propri organi deliberativi.

Neppure può ritenersi indice significativo della natura pubblica della società ricorrente la circostanza per cui l’art. 16 del suo statuto preveda la designazione da parte degli enti pubblici-soci dei membri del C.d.A., tra cui vengono scelti il Presidente, i Vice Presidenti e l’Amministratore Delegato. Ed infatti tale disposizione statutaria appare conforme alla norma dell’art. 2499 del codice civile, che, nel disciplinare le società a partecipazione pubblica, enuclea, come unico, seppure significativo, profilo derogatorio rispetto al modello generale, proprio la possibilità che lo statuto conferisca all’ente pubblico la facoltà di nominare uno o più amministratori o sindaci, ovvero i componenti del consiglio di sorveglianza.

La deroga rispetto al diritto comune, applicabile a tutte le società a partecipazione pubblica, consiste proprio nella possibilità di pattuire che la nomina e la revoca degli amministratori siano sottratte alle deliberazioni dell’assemblea e riservate all’ente pubblico azionista.

Ne discende che l’art. 2449 del codice civile consente, in via generale, all’ente pubblico di fruire di un potere di controllo non proporzionato alla sua partecipazione nel capitale sociale.

Anche a condividere che tale situazione possa suscitare dubbi sulla compatibilità comunitaria di una siffatta norma, come recentemente rilevato dalla Corte di Giustizia C.E.

con la sentenza 6 dicembre 2007, nei procedimenti riuniti C-463/04 e C-464/04, le disposizioni statutarie che ad essa si conformano non possono apprezzarsi, come ha invece ritenuto l'A.G.COM., alla stregua di "significative deviazioni rispetto allo schema legale tipico delle società di capitali, anomalie sintomatiche della sua natura sostanzialmente pubblica".

Una previsione statutaria attuativa di una disciplina di portata generale non può, in altre parole, costituire indice sintomatico della natura sostanzialmente pubblica di una società per azioni.

Né coglie nel segno l'ulteriore assunto della delibera in esame secondo cui l'acquisizione e conservazione di posizioni di comando in favore dei pubblici poteri prescinderebbe dal mantenimento della loro qualità di soci, in quanto, in realtà, una tale possibilità risulta preclusa dall'intervenuta abrogazione dell'art. 2450 del codice civile ad opera del d.l. 15 febbraio 2007, n. 10, convertito nella legge 6 aprile 2007, n. 46.

Occorre, anzi, rilevare come nel caso di specie si evinca dalle disposizioni statutarie un "contenimento delle prerogative pubblicistiche" sulla società partecipata; ed invero, a fronte della richiamata previsione dell'art. 2449 del codice, che consente all'ente pubblico di nominare e revocare gli amministratori secondo modalità extra-assembleari, lo statuto (sempre all'art. 16) stabilisce che gli amministratori sono revocabili a norma di legge, e soprattutto che "l'eventuale revoca o sostituzione degli Amministratori spettano all'Assemblea ordinaria dei soci", e non dunque all'ente che li ha nominati.

Allo stesso modo, l'art. 2449 del codice civile consente agli enti pubblici di nominare anche i sindaci, mentre lo statuto di Fiera di Genova S.p.a., all'art. 21, prevede che questi siano nominati dall'assemblea.

Con riguardo, poi, all'ulteriore argomento, utilizzato dall'Autorità, secondo cui lo scopo sociale statutariamente predefinito evidenzerebbe "finalità di indubbio interesse pubblico, rappresentate dalla promozione dello sviluppo economico regionale attraverso la valorizzazione, a fini commerciali, dei prodotti e dei servizi forniti da imprese operanti nel suddetto bacino territoriale", ritiene il Collegio di dover muovere dal dato normativo, secondo cui "l'attività fieristica è libera. Lo Stato e le regioni, di concerto con i comuni interessati, nell'ambito delle rispettive competenze, garantiscono la libera concorrenza, la trasparenza e la libertà d'impresa, anche tutelando la parità di condizioni per l'accesso alle strutture nonché l'adeguatezza della qualità dei servizi agli espositori ed agli utenti ..." (art. 1, III comma, della legge quadro sul settore fieristico 11 gennaio 2001, n. 7, abrogata dalla legge 18 aprile 2005, n. 62).

Ipotizzandola come ancora vigente, già tale prescrizione legislativa, evidenzia che le società che svolgono attività fieristica (e tale è l'oggetto della ricorrente, secondo il chiaro enunciato dell'art. 4 dello statuto) sono imprese che operano in regime di concorrenza; ancora più esplicitamente, il successivo art. 2, lett. a), stabilisce che le manifestazioni fieristiche sono "attività commerciali".

Tali elementi, di per sé, male si conciliano con un modello di società avente natura pubblica.

Al contrario, l'attribuzione alla società di compiti di rilievo pubblico è certamente compatibile con la natura privata del soggetto operatore.

Va aggiunto che la legge n. 7/2001 è stata, come premesso, abrogata dall'art. 6 della legge n. 62/2005 (legge comunitaria per il 2004), in esecuzione della sentenza della Corte di Giustizia C.E. 15/1/2002, nella causa C-439/99.

Detta sentenza ha statuito che l'attività di organizzatore di fiere costituisce un'attività economica che rientra nel capitolo del Trattato relativo al diritto di stabilimento quando è svolta da un cittadino di uno Stato membro in un altro Stato membro, in maniera stabile e

continuativa, mentre rientra nel capitolo del Trattato relativo ai servizi quando è svolta da un cittadino di uno Stato membro che si sposta in un altro Stato membro per esercitare tale attività in via temporanea.

In tale modo, la Corte di Giustizia, come riconosciuto anche dall'Avvocatura dello Stato nella propria memoria difensiva, ha affermato l'incompatibilità con il principio di libera prestazione dei servizi e con la libertà di stabilimento di quelle norme statali o regionali tendenti a precludere a soggetti privati l'esercizio dell'attività fieristica. Un'ulteriore conferma della natura commerciale dell'attività svolta dagli "enti fieristici" viene da un'altra sentenza della Corte di Giustizia, la 10 maggio 2001, nelle cause C-223/99 e C-260/99, concernente l'ente Fiera di Milano, ma la cui portata dispositiva ha efficacia *ultra partes*, che ne ha escluso la natura di organismo di diritto pubblico, difettando la relativa attività proprio del carattere non industriale o commerciale.

Non appare neppure fondato su solide basi l'assunto motivazionale della delibera n. 449/07/CONS secondo cui gli enti pubblici soci della S.p.a. Fiera di Genova ne orienterebbero la gestione.

Ed infatti la società non risulta intrattenere alcun rapporto pubblicistico con l'ente (*melius* gli enti) di riferimento, *ad instar* di un contratto di servizio, tale da imprimere una specifica missione di interesse generale, quand'anche economico, alla propria attività imprenditoriale, né la società risulta soggetta ad alcun potere di direttiva da parte dell'ente ausiliato.

Al contempo, non può, quale indice di influenza dominante, parlarsi di un finanziamento pubblico (regionale), pari ad euro 3.700.000,00, avvenuto per il tramite di F. S.p.a., costituendo detto importo il conferimento iniziale di un socio pubblico per la costituzione di Fiera di Genova S.p.A. remunerato attraverso gli utili di esercizio.

Né appare condivisibile l'assunto defensionale dell'A.G.COM. secondo cui dalla funzionalizzazione dell'attività fieristica alla diffusione ed incremento dell'attività produttiva regionale, operata dalla L.R. Liguria 9 febbraio 2000, n. 8, deriverebbe una "destinazione funzionale" anche della società ricorrente. Una siffatta interrelazione, che sarebbe, secondo l'Avvocatura, idonea a connotare quanto meno in termini di necessità l'esistenza di Fiera di Genova S.p.a., non trova in realtà conforto nel testo normativo.

Ed invero l'art. 5, sia nel testo originario, che in quello derivato dalla novella apportata dalla L.R. 23 giugno 2005, n. 8, nell'enucleare i soggetti organizzatori, precisa che le manifestazioni fieristiche sono organizzate da soggetti pubblici e privati, senza dunque individuare un rapporto di strumentalità necessaria con Fiera di Genova S.p.a., (rapporto) escluso anche dal successivo art. 13 in tema di "politiche promozionali", che sono affidate all'ente regionale.

Sotto il profilo soggettivo può dunque conclusivamente ritenersi che Fiera di Genova S.p.a. non rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 41 del T.U.R., che vede come destinatari le Amministrazioni pubbliche e gli enti pubblici anche economici, ma non anche i soggetti privati, tra cui vanno annoverate società per azioni partecipate da enti pubblici prive di significativi tratti pubblicistici.

2. - Ritiene il Collegio che sia fondata anche la doglianza con cui viene dedotta l'invalidità dell'art. 41 del D.Lgs. n. 177/05 *ratione obiecti*, nella considerazione che l'attività pubblicitaria svolta da Fiera di Genova S.p.a. non sia riconducibile alla comunicazione o pubblicità istituzionale. Ora, precisato che questa censura non può ritenersi, contrariamente a quanto sostenuto dall'Avvocatura, tautologica, nel senso di meramente consequenziale alla risoluzione del problema della natura giuridica del soggetto che si avvale della pubblicità, in quanto non può escludersi che un ente pubblico economico svolga anche pubblicità non istituzionale (e dunque semplicemente commerciale, finalizzata cioè al procacciamento

to di clientela), è indubbio che nel caso di specie le due questioni, per la forza dell'argomento di inclusione (secondo cui il più comprende il meno), vengono a sovrapporsi.

Si intende dire che l'esclusione della natura pubblicistica della società ricorrente induce anche ad escludere che la stessa possa avere svolto pubblicità istituzionale sui mezzi di comunicazione di massa, senza comunicare le somme impegnate per l'acquisto degli spazi pubblicitari. In ogni modo, appare al Collegio viziato l'assunto motivazionale della gravata delibera n. 449/07/CONS secondo cui "la natura istituzionale della comunicazione pubblicitaria ... deve ritenersi pienamente compatibile anche con un oggetto sociale che contempli lo svolgimento di attività prevalentemente o esclusivamente economiche, atteso che la stessa norma di riferimento espressamente include tra i soggetti pubblici anche gli Enti pubblici economici, per definizione istituzionalmente votati all'ottenimento di una quota rilevante di ricavi attraverso la produzione di beni e la commercializzazione di servizi".

Ed infatti, proprio in ragione della nozione tecnica e dei contenuti specifici della "attività di informazione e di comunicazione istituzionale", evincibile dall'art. 1 della legge n. 150/00, l'Autorità, anche assumendo la natura pubblica della società, avrebbe dovuto tenere conto e verificare quanto espressamente rappresentato da Fiera di Genova in ordine al fatto di non avere mai svolto siffatta attività di comunicazione.

In questi termini, il provvedimento gravato, dando per scontato ciò che in realtà non lo era, è incorso anche nel difetto di istruttoria. Anche sotto tale profilo oggettivo deve dunque affermarsi la non soggezione della società ricorrente all'art. 41 del T.U.R.

3. - Alla stregua di quanto precede il ricorso principale ed il primo motivo aggiunto devono essere accolti, con conseguente annullamento degli atti impugnati; il che esime il Collegio dalla disamina del secondo motivo aggiunto, peraltro articolato in via subordinata, con cui si contesta la misura della sanzione pecuniaria.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M. Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio – Sezione terza *ter* definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso principale ed i motivi aggiunti, con conseguente annullamento degli atti impugnati. Compensa tra le parti le spese di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa. Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 14 febbraio 2008 (...).

Avvocatura Generale dello Stato – Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sezione terza *ter* – Memoria difensiva per l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (A.G.COM.).

«Con atto notificato presso l'esponente Avvocatura lo scorso 8 ottobre, la Fiera di Genova s.p.a. ha impugnato – chiedendone l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia – l'ordinanza ingiunzione di cui alla delibera 449/07/CONS, con cui l'A.G.COM. le ha ingiunto il pagamento della somma di € 5.200,00 avendo accertato, a carico di essa ricorrente, la violazione delle disposizioni contenute all'articolo 41 commi 1, 3 e 4 del D.Lgs. 177/05. La predetta impugnativa si inserisce nel solco del giudizio già pendente innanzi a codesto Ill.mo T.A.R. e promosso avverso la nota – diffida del servizio ispettivo dell'AGCOM dell'8 febbraio 2007, con cui veniva intimato alla Fiera di Genova s.p.a. di ottemperare all'obbligo di comunicazione delle somme impegnate a fini di pubblicità istituzionale in relazione agli anni 2004 e 2005, dietro comminatoria dell'applicazione della sanzione in fatto irrogata con l'ordinanza oggetto del gravame cui si resiste. Già in occasione della pregressa impugnativa, la s.p.a. Fiera di

Genova – anticipando le argomentazioni difensive più diffusamente illustrate nell’odierno ricorso – aveva contestato l’applicabilità nei suoi confronti della normativa in tema di pubblicità istituzionale, assumendo di aver dismesso la qualità di ente pubblico economico, giusta la trasformazione in società per azioni effettuata ai sensi dell’articolo 10 della legge 7/2001 e di non rientrare, per l’effetto, nel novero dei soggetti (appunto le pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici, anche economici) destinatari dell’obbligo sancito dall’articolo 41 del D.Lgs. 177/05; adduceva, poi, quale ulteriore argomento a supporto della propria estraneità all’ambito di applicazione della norma de qua, una considerazione di ordine *oggettivo*, incentrata sulla *natura commerciale* dell’attività pubblicitaria svolta da essa ricorrente, finalizzata cioè all’acquisizione di quote di mercato e non già all’informazione e comunicazione delle pubbliche amministrazioni cui è, invece, preordinata la pubblicità istituzionale (stando alla definizione che se ne ricava dall’articolo 1 della legge n. 150/2000).

Ebbene, anche a voler prescindere da ogni considerazione, pur decisiva in sede cautelare, in ordine al *periculum in mora* che appare francamente insussistente, in ragione della natura strettamente pecuniaria della sanzione comminata (peraltro di importo assai modesto e, come tale, inidonea ad incidere in maniera apprezzabile sull’assetto patrimoniale dell’ente ricorrente) che vale ad escludere *in radice* l’irreparabilità del pregiudizio, il ricorso avverso merita, comunque, esito di rigetto perché totalmente privo di alcun *fumus* di fondatezza.

L’impianto argomentativo sotteso al ricorso avverso appare incentrato, in sostanza, sul misconoscimento della qualità soggettiva di ente pubblico economico che la ricorrente pretende di fondare sull’avvenuta trasformazione in società per azioni, ai sensi dell’articolo 10 della legge 7/2001, e sull’inidoneità degli indici fattuali espressamente menzionati nella delibera dell’AGCOM – quali la ripartizione del capitale sociale, la previsione statutaria della riserva, in favore degli enti pubblici azionisti, della nomina di tutti componenti del consiglio di amministrazione, l’indicazione, quale scopo sociale, della promozione dello sviluppo economico regionale – ad attestare, come preteso dall’Autorità resistente, il carattere solo formale dell’avvenuta privatizzazione. In altri termini, secondo l’avversa prospettiva, la Fiera di Genova, in conseguenza dell’assunzione della forma societaria, si atteggierebbe quale normale impresa commerciale, operante come soggetto privato all’interno di un mercato concorrenziale, l’oggetto sociale identificandosi, invero con l’esercizio di un’attività – quella fieristica – cui andrebbero riconosciute caratteristiche commerciali a tutti gli effetti, anche alla stregua dei principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia ed ispirati all’esigenza di tutela della libertà di impresa e della libera concorrenza in tale settore; di guisa che a nulla varrebbero, in contrario, sempre secondo l’avverso assunto, le considerazioni formulate dall’Autorità garante circa le finalità dichiaratamente di interesse generale (*recte*, pubblicitistiche) dell’attività svolta da essa ricorrente.

Ebbene, l’argomentazione principale su cui si fonda l’avverso ricorso – e che, giova ribadirlo, si incentra sulla natura di impresa della società ricorrente (l’altro, riferito argomento, vertente sull’inapplicabilità dell’art. 41 *ratione obiecti* appare, francamente, tautologico, la natura commerciale piuttosto che istituzionale della pubblicità dell’ente essendo, invero, subordinata all’individuazione della sua natura giuridica), non risulta decisiva, ove si consideri che *l’ente pubblico economico*, al cui novero indiscutibilmente appartengono gli enti fieristici, come meglio si dirà tra breve, è *per definizione un’impresa* (pubblica), rappresentando niente altro che un modulo organizzatorio attraverso cui si realizza l’intervento diretto dello Stato nell’economia.

A ben vedere, le indicazioni elaborate in sede comunitaria (segnatamente la direttiva 80/723/CEE), alla stregua della quali può qualificarsi come pubblica quell’impresa su cui i

pubblici poteri esercitino un *influenza dominante* (nel senso cioè che lo Stato, ovvero altri enti pubblici, territoriali e non, ne detengano la maggioranza del capitale, dispongano della maggioranza dei voti o possano nominare più della metà di membri dell'organo di amministrazione) confermano l'insufficienza del mero riferimento alla natura imprenditoriale dell'ente al fine di escluderne la sostanza pubblicistica; piuttosto, la riscontrata ed, in punto di mero fatto, nella specie neppure contestata presenza degli indici di *influenza dominante* rappresenta un indizio univoco del carattere solo formale della privatizzazione della ricorrente Fiera di Genova. Risulta, invero, *per tabulas*, dal documento in allegato 4 alla presente memoria, che l'azionariato della Fiera è al 73% in mano pubblica (Regione, Provincia, Camera di Commercio, Autorità portuale) ed al restante 27% in mano della F., società finanziaria ligure per lo sviluppo economico, il cui pacchetto azionario è detenuto al 53% dalla Regione Liguria ed alla quale la medesima Regione ha assegnato, sulla base di norma di legge *ad hoc* (art.1 l.r. n. 40 del 15 novembre 2002) un finanziamento di € 3.700.000,00 per la partecipazione, per conto di esso ente locale, alla società derivante dalla trasformazione dell'Ente autonomo internazionale Fiera di Genova (il che, sia detto per inciso, smentisce l'affermazione contenuta a pagina 19 del ricorso, secondo cui la ricorrente non godrebbe di alcun finanziamento pubblico e conferma la natura schiettamente pubblicistica della società: diversamente, il finanziamento in questione non si sottrarrebbe a seri dubbi di compatibilità con il divieto comunitario di aiuti di Stato; mentre è certamente giustificato, *ex art. 86 par. 2 CE*, dall'attribuzione alla fiera di un "servizio di interesse economico generale"; il che, traducendo il concetto comunitario in categorie interne, contribuisce a connotare la società fieristica come ente pubblico economico, quali gli enti del genere sono sempre stati). Del pari, è incontestato in fatto che gli enti pubblici azionisti, per espressa previsione statutaria, siano titolari del potere di nomina dell'*intero* consiglio di amministrazione, altro indice rilevante ai fini che ne occupano.

Né la bontà di tale assunto trova smentita nell'orientamento formatosi in seno alla giurisprudenza comunitaria che (nella decisione C-439/99, citata *ex adverso*) ha statuito circa l'incompatibilità con il principio di libera prestazione di servizi e con la libertà di stabilimento di quelle norme nazionali, e/o di legislazione regionale, tendenti, in ultima analisi a precludere a soggetti privati l'esercizio dell'attività fieristica (in tal senso dovendo, invero, ragionevolmente intendersi l'affermazione della contrarietà agli articoli 52 e 59 del Trattato CE di quelle norme regionali che subordinavano l'attività di organizzatore di fiere all'intervento di autorità pubbliche nella designazione totale o parziale degli organi di enti fieristici, ovvero al rilascio di un provvedimento autorizzatorio). La tesi della ricorrente che pretende di trarre dai principi affermati dalla Corte una conferma indiretta della propria natura di impresa privata finisce, in realtà, per provare troppo; la sostanziale privatizzazione del settore fieristico, scaturita anche dal mutamento del quadro normativo di riferimento conseguente agli interventi della Corte di Giustizia, se consente, da un lato, di escludere il monopolio pubblico dell'attività fieristica (nel senso che essa non può essere più esercitata in via esclusiva da enti pubblici o da soggetti formalmente privati, ma partecipati dai pubblici poteri) non implica, però, automaticamente, come pretende controparte, il riconoscimento della natura indefettibilmente privatistica degli operatori del settore, laddove essa sia – come nella specie è – smentita dalla sussistenza di precisi indicatori della natura pubblicistica del soggetto esercente l'attività, indipendentemente dalla forma giuridica rivestita.

La verità è che alcuna delle argomentazioni spese nel ricorso è idonea a smentire la natura di *ente pubblico economico* della Fiera di Genova s.p.a. (e quindi come tale destinataria degli obblighi sanciti all'articolo 41 D.Lgs. 177/05). D'altronde, dell'ascrivibilità degli

enti fieristici alla categoria degli enti pubblici economici non si è mai dubitato, alla luce del costante orientamento della giurisprudenza della Cassazione; basti richiamare al riguardo la nota sentenza delle Sezioni Unite n. 97/2000 sull'ente Fiera di Milano che recependo numerosi precedenti delle medesime S.U. (a partire dalla sentenza n. 4002 del 1982) ha ribadito come l'ente – fiera pur perseguendo finalità di interesse generale *operi nel settore della produzione o scambio di beni e servizi mediante un'organizzazione di tipo imprenditoriale e dietro corrispettivi diretti al recupero dei costi della relativa attività* (il cosiddetto scopo di lucro in senso *oggettivo*).

Né tale situazione è sostanzialmente mutata per effetto dell'entrata in vigore della legge – quadro sull'attività fieristica (la n. 7 dell'11 gennaio 2001), ed in particolare della previsione dell'articolo 10 invocato *ex adverso*, che nel demandare alle Regioni la disciplina di riordino degli enti fieristici ne prevedeva la trasformazione anche in società per azioni, senza tuttavia che dall'assunzione di un diversa forma giuridica potesse derivare, in quel quadro normativo, una modifica della sostanza pubblicistica dell'ente.

Né in contrario varrebbe obiettare che l'abrogazione della predetta legge – quadro ad opera della legge comunitaria per il 2004 (n. 62 del 18 aprile 2005) abbia di fatto comportato il mutamento della natura giuridica dell'ente fiera (da ente pubblico economico a impresa commerciale costituita in forma di s.p.a). L'abrogazione della legge quadro va inscritta, invero, nell'ambito del processo di *privatizzazione* del settore fieristico e si è resa necessaria nella misura in cui detta legge conteneva prescrizioni idonee a configurare l'attività fieristica in termini di attività sottoposta ad un regime autorizzatorio; tuttavia essa non poteva comportare – né in fatto ha comportato – un mutamento della natura giuridica dell'ente-fiera, le cui vicende soggettive sono rimaste insensibili alla predetta abrogazione, che non ha, significativamente, inciso – non determinandone, infatti, la caducazione – sulla già avvenuta trasformazione della forma giuridica dell'ente in s.p.a..

La verità è che carattere dirimente al fine di affermare la perdurante natura pubblica dell'ente assume la considerazione della specifica finalità pubblicistica assegnatagli dalla legge. Si vuol dire, in altri termini, che se indubbiamente la circostanza che lo svolgimento di una certa attività risponda ad una generica finalità di interesse collettivo non vale di per sé ad attribuire sostanza pubblicistica al soggetto che tale attività eserciti, è altrettanto vero, però che, una tale connotazione in senso pubblicistico si produca indefettibile in presenza di norma di legge che correli all'esercizio di una data attività una *specifica* finalità di interesse pubblico. E nella specie ciò è quanto avvenuto con la legge regionale n. 8 del 9 febbraio 2000 che ha funzionalizzato la disciplina dell'attività fieristica alla *diffusione e all'incremento dell'attività produttiva regionale*.

L'assegnazione pertanto all'attività fieristica di una *specifica finalità di interesse pubblico* – ribadita anche nell'ulteriore intervento del legislatore (si allude alla già citata l.r. 40/2002) mercè l'assegnazione alla finanziaria regionale di un assai ingente finanziamento al fine della partecipazione dell'ente locale alla Fiera – se vale, da un lato, a connotare in termini di *necessarietà* l'esistenza dell'ente medesimo, d'altro lato consente di confermare, nel concorso dei sopradetti indici di pubblicità – non esclusi, né contraddetti dalla privatizzazione del settore – la natura di ente pubblico della ricorrente società.

Tanto premesso ed osservato, e con riserva di ulteriore deduzione difensiva, si chiede il rigetto del ricorso e dell'istanza cautelare, con il favore delle spese di lite.

Roma, 22 ottobre 2007 – Avvocato dello Stato Roberta Guizzi».

Obbligo di motivazione sulla valutazione delle prove di concorso: il punteggio alfanumerico non basta

(Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Napoli, sezione quinta, sentenza 2 settembre 2008 n. 9992)

Il T.A.R. Campania, con la sentenza 2 settembre 2008 n. 9992, torna a pronunciarsi sul dibattuto tema della motivazione degli atti concorsuali di valutazione delle prove orali o scritte.

Si tratta di un importante passo avanti nella piena affermazione, nella materia dei pubblici concorsi, del principio di pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa. Un percorso doveroso in una materia, quella delle assunzioni per il pubblico impiego, dove è fondamentale rimuovere agli occhi della collettività qualsiasi dubbio circa l'imparzialità della pubblica amministrazione.

Già da qualche anno (a partire da Cons. Stato, sez. VI, 30 aprile 2003, n. 2331) il Consiglio di Stato aveva correttamente riveduto le sue posizioni tradizionali, scardinando l'antica affermazione secondo cui il punteggio numerico rappresenta di per sé l'implicita motivazione, senza necessità di alcuna ulteriore specificazione: importanti, in tal senso, i richiami alla trasparenza e alla necessaria comprensibilità dell'iter logico dal quale scaturiscono i punteggi numerici assegnati.

Tuttavia, lo stesso Consiglio di Stato si era poi smentito con successive pronunce (v. Cons. Stato, sez. IV, 19 luglio 2004, n. 5175 e Cons. Stato, sez. IV, 17 settembre 2004 n. 6155), affermando che *“anche dopo l'entrata in vigore della legge 7 agosto 1990, n. 241, il voto numerico costituisce sufficiente motivazione del giudizio relativo alla valutazione della prova scritta di un esame”*. A voler tacere, poi, della tesi estrema e formalistica che escludeva *in toto* l'obbligo di motivazione dei giudizi sulle prove di concorso sulla base della natura non provvedimentale delle valutazioni, espressione di discrezionalità tecnica.

A fronte di un panorama giurisprudenziale così frammentato è intervenuta la Corte costituzionale: nella stessa ordinanza (27 gennaio 2006, n. 28) in cui dichiarava inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 3 legge 241/90, la Consulta aveva *“suggerito”* ai giudici amministrativi di adottare letture ermeneutiche conformi ai principi costituzionali, e in particolare agli artt. 3, 24, 97, 98 e 113 Cost., nella direzione di un più pregnante obbligo motivazionale a carico della P.A. nella materia dei concorsi pubblici.

Oggi, nel solco di quella *“esortazione”* dei giudici costituzionali, il T.A.R. Campania assesta un colpo importante alla tesi restrittiva tradizionale, precisando che *“sotto il profilo dell'adempimento dell'obbligo di motivazione...il voto numerico è sufficiente, ma solo a condizione che esso sia leggibile o interpretabile alla stregua di una congrua e articolata predetermi-*

nazione dei criteri stabiliti per la sua attribuzione". La motivazione della sentenza passa attraverso una valorizzazione del dato normativo di cui all'art. 12 del d.P.R. n. 487/94 (regolamento recante norme sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e sulle modalità di svolgimento dei concorsi), secondo cui "le commissioni esaminatrici alla prima riunione, stabiliscono i criteri e le modalità di valutazione delle prove concorsuali, da formalizzare nei relativi verbali al fine di assegnare i punteggi attribuiti alle singole prove".

Ed infatti nel caso di specie era proprio la predeterminazione dei criteri a mancare, avendo la commissione omissa di definire alcunchè in merito alle modalità di giudizio delle prove concorsuali; salvo poi elencare, nei verbali della seduta dedicata alla correzione delle prove scritte, un confuso elenco di criteri di giudizio da applicarsi alle sole prove scritte, limitandosi ad una vuota formula di stile ("tenuto conto delle risposte fornite alle domande") per la valutazione della prova orale.

L'illegittimità di una tale prassi, del resto, è testimoniata anche dalle istruzioni generali impartite dalle stesse amministrazioni interessate, le quali vanno adeguandosi alle istanze sociali, prima ancora che giurisdizionali, di chiarezza e trasparenza nei procedimenti concorsuali. Emblematica, in tal senso, è l'ordinanza del T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 9 ottobre 2008, n. 368, la quale concede tutela cautelare alla ricorrente rilevando che "gli elaborati sono stati valutati solo con attribuzione di un punteggio numerico, in violazione anche delle istruzioni impartite al riguardo dalla Commissione centrale per l'esame di avvocato, sessione 2007, con nota del 20 dicembre 2007".

Accogliendo il ricorso del candidato risultato non idoneo, il T.A.R. Campania si pronuncia anche sulla giurisdizione del giudice ordinario in ordine alla declaratoria di invalidità del contratto stipulato dalla P.A. con il vincitore del concorso. Il contratto, pur collocandosi a valle di un procedimento pubblicistico di selezione della controparte, è da considerarsi un atto di diritto privato. Dunque, unico sindacatore del contratto e della sua esecuzione resta il giudice ordinario, ferma restando la tutela che il privato può ottenere grazie all'effetto conformativo della sentenza caducatoria del G.A. e attraverso un eventuale giudizio di ottemperanza.

Dott. Alessandro Nastri^()*

Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, sezione quinta, sentenza 2 settembre 2008 n. 9992 – Pres. A. Onorato – Rel. P. Carpentieri – C.G. (Avv. F. Filipponio) c/ Comune (...), in persona del Sindaco p.t. (Avv.ti A. Carlino e L. Cicatiello) e nei confronti di N.C. (Avv. M. Costabile) e S.C. (Avv. B. Della Morte).

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

«(...) Fatto e Diritto

Con il ricorso in trattazione – notificato il 17 dicembre 2007, e depositato in Segreteria il 22 dicembre 2007 – il sig. C. G. ha impugnato gli atti della procedura concorsuale indicata in epigrafe, indetta dal Comune (...) con bando approvato con determina dirigenziale del 2001, confermata con deliberazione del 28 febbraio 2006, per la copertura a tempo indeterminato di un posto vacante di istruttore tecnico di categoria C, con posizione economica C1, all'esito della quale il ricorrente, nonostante il positivo esito delle prove scritte e pratica (nelle quali aveva ottenuto il punteggio di 27/30 e 21/30), è stato infine giudicato non idoneo per aver conseguito alla prova orale un punteggio (17/30) inferiore alla soglia minima di punti 21/30 stabilita dal bando (vincitore del concorso risultava il sig. N. C., con complessivi punti 52, mentre secondo classificato era proclamato il sig. S. C., con complessivi punti 45).

Parte ricorrente ha dedotto, a sostegno del proposto gravame, diversi motivi di violazione di legge e di eccesso di potere (violazione dell'art. 12, comma 1, del d.P.R. n. 487 del 1994, per omessa predeterminazione, da parte della commissione giudicatrice, dei criteri per l'assegnazione dei punteggi da attribuire alle singole prove; insufficienza del richiamo, operato dalla commissione nella prima riunione del 6 marzo 2007, all'art. 31 del regolamento comunale per l'accesso agli impieghi, che contiene una laconica e inadeguata considerazione delle modalità di valutazione delle prove concorsuali; conseguente insufficienza motivazionale del mero voto numerico assegnato dalla commissione; mancata indicazione del voto espresso da ciascun commissario; omessa motivazione, nel verbale n. 10 relativo alle prove orali, dei voti numerici attribuiti, in contrasto con i verbali nn. 8 e 9, relativi alle prove scritte, nei quali, invece, sarebbe stata fornita una motivazione dei giudizi sugli elaborati dei candidati; illogicità del giudizio negativo formulato in sede di prova orale, rispetto ai buoni risultati delle prove scritte e pratica e rispetto ai titoli vantati dal ricorrente, diploma di geometra e laurea in ingegneria, violazione del divieto di inserire domande "a sorpresa" nella prova orale).

Si sono costituiti ed hanno resistito in giudizio il Comune (...) e i soggetti controinteressati (vincitore del concorso e secondo classificato), variamente contestando in rito e nel merito le avverse deduzioni e prospettazioni.

Con ricorso per motivi aggiunti notificato il 22 gennaio 2008 e depositato il 24 gennaio 2008 il ricorrente ha quindi contestato, per vizi di invalidità derivata, i conseguenti e successivi atti concernenti la stipula del contratto individuale di lavoro con il sig. N., vincitore della procedura selettiva.

Alla pubblica udienza del 17 luglio 2008 la causa è stata chiamata e introitata in decisione.

Il ricorso è fondato e merita pertanto accoglimento.

Con il primo, articolato, motivo di censura parte ricorrente si duole, in sostanza, dell'insufficienza del voto numerico, privo, riguardo alla prova orale, di ogni altra motivazione, e ciò in raccordo alla dedotta violazione della prescrizione dell'art. 1 del d.P.R. n. 487 del 1994 di predefinizione, da parte della commissione giudicatrice di criteri per l'assegnazione dei punteggi numerici e per la valutazione delle singole prove.

Tra le due opposte tesi che ancora si rinvergono nella giurisprudenza amministrativa in ordine alla questione della sufficienza del voto numerico sotto il profilo dell'adempimento dell'obbligo di motivazione, il Collegio opta per la posizione intermedia, sicuramente la più ragionevole, secondo la quale il voto numerico è sufficiente, ma solo a condizione che esso sia "leggibile" o interpretabile alla stregua di una congrua e articolata predeterminazione dei criteri stabiliti per la sua attribuzione, predeterminazione che può essere contenuta direttamente

nel bando e/o essere aggiunta (o integrata) dalla commissione giudicatrice nella sua prima riunione costitutiva (e comunque, come è ovvio, prima dell'esame o dello svolgimento delle prove). Al riguardo giova ricordare che, a mente del richiamato art. 12 del regolamento recante norme sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e le modalità di svolgimento dei concorsi, dei concorsi unici e delle altre forme di assunzione nei pubblici impieghi, di cui al d.P.R. n. 487 del 1994, *Le commissioni esaminatrici, alla prima riunione, stabiliscono i criteri e le modalità di valutazione delle prove concorsuali, da formalizzare nei relativi verbali, al fine di assegnare i punteggi attribuiti alle singole prove.*

Nel caso di specie, come giustamente rilevato criticamente dal ricorrente, risulta *per tabulas* che la commissione giudicatrice, nella sua prima riunione effettiva, quella del 6 marzo 2007 (verbale n. 2), ha operato un mero richiamo al regolamento comunale per l'accesso agli impieghi, *"in particolare all'art. 31"*, limitandosi a stabilire di *"attenersi a quanto da esso stabilito in riferimento ai criteri e alle modalità di valutazione delle prove concorsuali"*. Ora, l'articolo 31 del predetto regolamento comunale, relativo all'accesso alla 6^o qualifica funzionale (istruttore), ora cat. C, sotto la lettera "C) Area tecnico – progettuale", si limita a indicare i titoli di studio e le prove di esame da sostenere, ma nulla dice circa i criteri di valutazione. L'articolo 42 del regolamento, riguardante lo svolgimento della prova orale, si limita per parte sua a stabilire che *"nel giudizio inerente alla prova orale si dovrà tener conto in particolare del modo di esprimersi e della precisione concettuale soprattutto per i profili professionali appartenenti al livello V e superiori"*, formulazione che il Collegio giudica insufficiente a soddisfare la ritenuta necessità di un'articolata e seria predeterminazione dei criteri di giudizio.

Il Collegio osserva peraltro come, nella fattispecie concreta in esame, la rilevata violazione del disposto dell'art. 1 del d.P.R. n. 487 del 1994 e la conseguente insufficienza del mero punteggio numerico a soddisfare l'obbligo di adeguata motivazione discendente in linea generale dalla previsione dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990, risultano vieppiù evidenti alla luce del concreto *modus operandi* seguito dalla commissione. Questa, infatti, come giustamente stigmatizzato dalla parte ricorrente, operando in modo contraddittorio, mentre ha predeterminato i criteri di valutazione e motivato l'attribuzione del punteggio per le prove scritte e pratiche (dove pure tale esigenza sarebbe potuta apparire in linea astratta meno stringente, attesa la obiettiva riesaminabilità dell'elaborato scritto), inspiegabilmente nulla di tutto ciò ha invece fatto con riguardo alla prova orale, che maggiormente, per la sua intrinseca natura, avrebbe richiesto tali adempimenti.

Ed invero, mentre nel verbale n. 8 della seduta del 17 luglio 2007, dedicata alla valutazione delle prove scritte, la commissione ha precisato in modo compiuto e articolato i criteri di giudizio cui si sarebbe attenuta (*"1^ prova: la valutazione terrà conto di: a) chiarezza dell'esposizione sintattica e grammaticale; b) chiarezza e coerenza logica . . . ; c) completezza della trattazione dell'argomento . . . etc.;"*; *2^ prova: a) capacità del candidato di tradurre le scelte progettuali proposte dalla traccia nello specifico elaborato richiesto; b) grado di sicurezza dimostrato . . . c) completezza della trattazione . . . etc."*), nel verbale n. 10 della seduta del 28 settembre 2007, dedicata alla celebrazione della prova orale, riguardo ai criteri di valutazione si rinviene la mera riproduzione della laconica frase contenuta nel già citato art. 42 del regolamento (*"nel giudizio inerente alla prova orale si dovrà tenere conto in particolare del modo di esprimersi e della precisione concettuale"*). Alla stessa stregua, mentre nei verbali nn. 8 e (in prosieguo) 9, relativi alla valutazione delle prove scritte e pratiche, è formulata e riportata una congrua motivazione del punteggio relativo a ciascun elaborato corretto (*"il punteggio corrispondente alla valutazione espressa è stato quindi attribuito così*

come di seguito specificato: 1) Elaborato n. 1°: Punteggio 21/30 – L'illustrazione evidenzia solo alcune parziali conoscenze dell'argomento . . . etc.", e così a seguire per tutti gli altri elaborati), nulla del genere può invece rinvenirsi nel verbale n. 10, relativo alla prova orale, dove, per ciascun candidato esaminato, sono riportate solo le domande estratte, mentre la valutazione è racchiusa nella sola, seguente formula, identicamente ripetuta per tutti i candidati: "La Commissione, terminata la prova, allontana i presenti e tenuto conto delle risposte fornite alle domande, attribuisce al candidato sig. punti ...".

Alla stregua dello specifico modo di operare della commissione emerge, ad avviso del Collegio, una evidente lacuna motivazionale che menoma la correttezza della procedura e ne impedisce ogni seria controllabilità, e ciò proprio, deve ribadirsi, nel più delicato e determinante passaggio della valutazione della prova orale, dove massima è la discrezionalità valutativa della commissione e minima è la traccia documentale dell'effettivo andamento della prova stessa. Risulta dunque monca e manchevole proprio la parte decisiva della procedura concorsuale oggetto di lite, quella in cui, in definitiva, si sono decise le sorti della selezione ed è stata determinata la vittoria dei soggetti controinteressati, peraltro, non può sottacersi anche questo profilo, con parziale ribaltamento degli esiti – quelli sì, documentati e motivati – delle precedenti prove scritte. È proprio la impalpabilità dei giudizi puramente numerici e la non riscontrabilità degli stessi con qualsivoglia base documentale che avrebbe invece imposto una predeterminazione dei criteri di giudizio e, soprattutto, un'analitica motivazione sulla qualità delle risposte fornite dai singoli candidati nella prova orale, ancor più ampia di quella che, per lo meno, era stata inserita e sviluppata nel verbale relativo alla correzione delle prove scritte, tenuto anche del fatto, già sopra richiamato, che la valutazione della prova orale, costruita nel bando con l'introduzione di un soglia minima di idoneità, assumeva oggettivamente un rilievo particolarmente importante e delicato nella definizione dell'esito della procedura.

Alla luce di queste considerazioni acquista vigore e rilievo anche l'ultimo profilo di censura dedotto dalla parte ricorrente, inteso a porre in evidenza la illogicità del giudizio di idoneità formulato in sede di prova orale del ricorrente medesimo – senza alcuna motivazione e riscontro documentale – dalla commissione giudicatrice, in contrasto con gli esiti – essi sì, invece, motivati e documentati – delle precedenti prove scritte, dove il ricorrente aveva riportato lusinghieri discreti (27/30 e 21/30), inferiori, sì, rispetto a quelli del vincitore sig. N., ma migliori di quelli del secondo classificato, sig. S. (che aveva ottenuto 21/30 e 23/30). Parimenti rilevante appare infine il profilo, pure dedotto dalla parte ricorrente, inteso a porre in evidenza la illogicità, rispetto al rilievo dei titoli professionali specifici vantati (diploma di geometra e laurea in ingegneria), del giudizio di idoneità conseguito alla prova orale, formulato dalla commissione nelle modalità non controllabili che qui si sono criticate.

Per tutti gli esposti motivi il ricorso deve dunque giudicarsi fondato e va accolto, con conseguente annullamento degli atti impugnati. L'amministrazione dovrà, per conseguenza, riprendere e rifare la procedura selettiva a partire dall'ultimo degli atti legittimi, a partire, dunque, dal verbale n. 9 del 7 agosto 2007, di redazione della graduatoria dei candidati ammessi all'orale, mentre dovrà rifare la prova orale, previa adeguata predeterminazione dei criteri di giudizio e avendo cura di riportare nel verbale, oltre alle domande estratte, anche una chiara, anche se sintetica, valutazione delle risposte fornite dai candidati.

Con il ricorso per motivi aggiunti il ricorrente ha dunque attaccato i consequenziali atti di stipula del contratto di lavoro del controinteressato vincitore del concorso sig. N.C.

Il Collegio, in ossequio alle indicazioni di recente fornite dall'adunanza plenaria del Consiglio con la decisione n. 9 del 30 luglio 2008 e dalle sezioni unite della Cassazione con

la pronuncia 28 dicembre 2007, n. 27169 (nella analoga materia della sorte del contratto di appalto per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione), deve declinare la propria giurisdizione su tale domanda, restando ascritta alla cognizione del G.O. la validità e l'efficacia dell'atto contrattuale (salvo, come affermato nella plenaria, l'obbligo in capo all'amministrazione soccombente di conformarsi alle statuizioni della sentenza di annullamento e la connessa possibilità per il ricorrente di agire in sede di ottemperanza per ottenere, anche dinanzi al G.A., le pronunce consequenziali, che dovrebbero, ad avviso del Collegio, limitarsi alla rilevazione e alla declaratoria della sopravvenuta caducazione del contratto, ovvero della sua sopravvenuta inefficacia per l'inverarsi della condizione risolutiva tacitamente inclusa nel contratto che sia stipulato tra le parti nonostante la pendenza del ricorso impugnatorio degli atti presupposti, evento condizionante risolutivo costituito per l'appunto dalla sentenza amministrativa di annullamento). Il difetto di giurisdizione sulla domanda proposta con l'atto di motivi aggiunti investe, però, il solo contratto [punto 2) della rubrica], ma non anche la determinazione di contrattare, che resta, invece, impugnabile dinanzi al G.A. ed è illegittima per illegittimità derivata dalla riscontrata invalidità degli atti presupposti legittimanti la sua adozione.

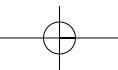
Le spese, secondo la regola della soccombenza, devono porsi a carico della resistente amministrazione comunale, nell'importo liquidato in dispositivo, potendo invece compensarsi riguardo ai soggetti controinteressati.

P.Q.M. Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, sezione quinta, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati con il ricorso principale, nonché la determinazione dirigenziale n. 396 del 23 novembre 2007, impugnata in sede di motivi aggiunti; dichiara inammissibile per difetto di giurisdizione di questo adito G.A. l'impugnativa del contratto di lavoro stipulato in data 28 novembre 2007 tra il Comune (...) e il sig. C. N.

Condanna il Comune (...) al pagamento, in favore della parte ricorrente, delle spese processuali (...); compensa le spese di lite nei confronti delle parti controinteressate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Napoli nella Camera di Consiglio del 17 luglio 2008».



I PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO

A.G.S. – Parere del 26 agosto 2008 n. 102376.

Applicabilità dell'art. 12, comma 5, prima parte, del D.Lgs. n. 472/97 alle c.d. imposte istantanee (consultivo 12265/08, avvocato G. Albenzio).

«1. (...) codesta Agenzia chiede parere sulla applicabilità dell'istituto della "continuazione" di cui all'art. 12, comma 5, prima parte, del D.Lgs. n. 472/97, ai tributi doganali e alle accise.

Per rispondere al quesito, questa Avvocatura Generale ritiene utile partire da un'analisi ricostruttiva della *regula iuris* di cui all'art. 12 per poterne in tale direzione comprendere l'eventuale applicabilità alle c.d. *imposte istantanee*.

La disposizione in parola disciplina, per espressa rubrica, il *concorso di violazioni e la continuazione*. La "nuova continuazione", come si è definito l'istituto di cui all'art. 12, comma 5, D.Lgs. n. 472/1997, affonda le radici nella delega per la riforma del sistema sanzionatorio tributario inserita nella legge 23 dicembre 1996, n. 662: l'art. 3, comma 133, lett. h) della legge delega citata ha previsto, tra i *principi e criteri direttivi* per la revisione organica ed il completamento della disciplina delle sanzioni tributarie non penali, quello della regolamentazione "*della continuazione e del concorso formale di violazioni sulla base dei criteri risultanti dall'articolo 81 del codice penale*"; si può affermare, quindi, che attualmente la regola in materia è costituita dal cumulo materiale (*tot crimina tot poenae*) delle sanzioni, l'*exceptio*, invece, dal cumulo giuridico (che risponde, invece, alla *ratio quando plura delicata tendunt ad eundem finem, pro uno tantum puniuntur*, cioè quando più reati tendono al medesimo fine è per uno soltanto che si deve essere puniti).

3. Il primo problema che si pone alla luce della disciplina tributaria è che il comma 3 dell'art. 7, in materia di recidiva, presenta un'importante differenza rispetto alle norme previgenti sulla recidiva ed a quella di cui all'art. 12: la nuova norma sembra prescindere dall'intervento di una contestazione o irrogazione tra la prima violazione e le successive, circostanza che, invece, esclude espressamente *ex art. 12, comma 6*, la configurabilità del concorso e della continuazione.

Va però evidenziato che ciò non assume rilievo ai fini della compatibilità tra recidiva e cumulo giuridico delle sanzioni: se è vero che la recidiva

necessita di una precedente irrogazione di sanzioni, non è altrettanto vero che la stessa non sarà mai applicabile unitamente alla continuazione la quale, viceversa, è interrotta dalla punizione delle violazioni pregresse. Questo perché ben può accadere che le violazioni siano tutte commesse anteriormente all'irrogazione della sanzione, momento nel quale si potranno applicare entrambe le discipline e che non osterà all'integrazione degli estremi della fattispecie del reato continuato ove il limite è posto per le condotte *posterio-ri* alla constatazione della sanzione.

Ulteriore particolarità dell'art. 12 del D.Lgs. n. 472/1997 è l'equiparazione, ai fini del trattamento sanzionatorio, del concorso materiale al concorso formale di violazioni, con la punizione per entrambi a mezzo di una sanzione "unica" più mite ("cumulo giuridico") rispetto alla somma delle singole sanzioni irrogabili ("cumulo materiale"). Tuttavia, mentre per il *concorso formale eterogeneo e materiale omogeneo* di violazioni formali (vale a dire di violazioni che, ai sensi dell'art. 6 del D.Lgs. n. 472/1997, non incidono sulla determinazione della base imponibile ma sono comunque idonee ad ostacolare l'attività di controllo dell'Amministrazione) il beneficio è incondizionato (art. 12, comma 1), nel caso del *concorso materiale, in specie nella forma della continuazione oggettiva* (art. 12, comma 2), esso è subordinato alla sussistenza di un nesso di continuazione tra le stesse "oggettivato" ed espressivo del "particolarismo tributaristico" cui si accennava. Quest'ultimo requisito, traducendo in campo tributario i "criteri risultanti dall'art. 81 c.p.", è stato individuato dal legislatore delegato nel caso di "chi, anche in tempi diversi, commette più violazioni che, nella loro progressione, pregiudicano o tendono a pregiudicare la determinazione dell'imponibile ovvero la liquidazione anche periodica del tributo" (art. 12, comma 2).

All'indomani della riforma è stato osservato che la nozione di continuazione oggettiva di cui al comma 2 dell'art. 12 (*recte*, progressione) costituisce un superamento delle previgenti figure sotto diversi e rilevanti profili: quello dell'*obbligatorietà* (si chiarisce che la concessione del beneficio non è facoltativa per gli uffici); quello dell'*elemento psicologico* (non essendo richiesta una "medesima risoluzione"; tale irrilevanza della *identità* della risoluzione che dovrebbe guidare i singoli illeciti è spiegata nella relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo recante principi generali in materia di sanzioni amministrative per le violazioni di norme tributarie, ove si legge che: "non potendo utilizzare la nozione di disegno criminoso di cui all'art. 81 c.p. che sottintende necessariamente il dolo, si è valorizzata l'*obiettiva convergenza di più trasgressioni tese all'evasione*";); quello *temporale* (non essendo limitata allo stesso periodo di imposta); quello *oggettivo* (applicandosi alla generalità dei tributi ed anche tra violazioni non riguardanti lo stesso tributo).

La continuazione nell'illecito amministrativo tributario risulta "oggettivizzata", in quanto deve poter essere dedotta dalle violazioni stesse, di per sé indicative dell'unicità intellettuale del trasgressore; si evita, così, anche la difficoltà operativa di ricostruire sul piano psicologico il "medesimo disegno", tanto più in una materia connotata, di norma, dalla colposità delle con-

dotte. Va tuttavia considerato che, per loro stessa natura, tutte le violazioni tributarie convergono in senso lato a pregiudicare o, quanto meno, a “tendere a pregiudicare” la determinazione dell'imponibile o la liquidazione periodica dei tributi.

4. La questione interpretativa di maggior rilievo è sorta per effetto del decreto legislativo “correttivo” 30 marzo 2000, n. 99.

Il comma 5 dell'art. 12 prevedeva, prima della novella, che “*se le violazioni riguardano periodi di imposta diversi la sanzione base è aumentata dalla metà al triplo*”; il quadro giurisprudenziale in proposito era particolarmente disomogeneo; il prevalente indirizzo era, tuttavia, negativo: - Cass., sez. I, 15 ottobre 1997, n. 10102 – “*Il beneficio della riduzione della pena pecuniaria, previsto dal 2° comma dell'art. 8 l. 7 gennaio 1929 n. 4, nel caso di violazioni commesse anche in tempi diversi in esecuzione della medesima risoluzione è applicabile anche in materia di infrazioni alla legge sull'Iva (in base al rinvio contenuto nell'art. 75 d.p.r. 633/72), ma non quando le infrazioni siano commesse in differenti periodi di imposta*”; si riteneva, infatti, che “*Oltre tale momento (la fine del periodo di imposta; n.d.r.), si riteneva fosse possibile concepire solo l'inizio non già la prosecuzione di una nuova progressione*” (così il Ministero delle Finanze, Circolare n. 138/E del 5 luglio 2000, par. 2.1.).

Per superare le asserite resistenze degli uffici e dirimere l'incertezza interpretativa, il comma 5 veniva così riformulato: “*quando violazioni della stessa indole vengono commesse in periodi di imposta diversi, si applica la sanzione base aumentata dalla metà al triplo*”.

La lettera della norma, in prima battuta, porta a ritenere che per unificare le violazioni commesse nel corso di più anni non sia necessario il vincolo della progressione, essendo sufficiente il requisito della “*stessa indole*”. Ne conseguirebbe che la commissione di diverse violazioni in più periodi d'imposta godrebbe del beneficio della continuazione a prescindere da ogni legame “strutturale” tra le stesse, essendo sufficiente anche la sola identità della norma violata o la rassomiglianza tra le trasgressioni. Questa interpretazione, pur se aderente alla mera lettera della norma, non solo conduce a inaccettabili implicazioni di ordine sistematico ma produce rilevanti effetti distorsivi sull'applicazione dell'art. 12, in stridente contrasto con la *ratio* dell'istituto.

L'Amministrazione finanziaria, al contrario, con la citata Circolare n. 138/E, ha ritenuto che il nuovo comma 5 si proponesse soltanto di superare, sul piano terminologico, l'interpretazione “abrogante” di chi negava che la “progressione” potesse superare il singolo periodo d'imposta. Se è vero che per il combinato disposto degli artt. 12, comma 5, e 7, comma 3, la sanzione unica si applica alle violazioni di “*disposizioni diverse che, per la natura dei fatti che le costituiscono e dei motivi che le determinano o per le modalità dell'azione, presentano profili di sostanziale identità*”, questa sostanziale identità, per l'amministrazione, deve essere interpretata e ricercata alla luce dello stesso art. 12 e, in particolare, secondo una logica di coerenza con i commi 1 e 2. Ne consegue che la “sostanziale identità” o la “stessa indole” andrebbe rinvenuta ai fini del “cumulo giuridico” nella comune attitudine a

pregiudicare la base imponibile nei diversi periodi d'imposta mediante un legame che interconnetta le violazioni stesse.

Occorre, quindi, stabilire quando ricorra nelle violazioni quella progressione costituente il nuovo elemento oggettivo di unione delle diverse trasgressioni (così Cass. 17 gennaio 2002 n. 450: “è necessario un collegamento tra le condotte sanzionate tale da recare pregiudizio, anche solo potenziale, alla determinazione dell'imponibile ovvero alla liquidazione dell'imposta”). Sulla base di quanto sin qui argomentato, si deve ritenere che non sarà da indagare lo scopo unitario perseguito dal soggetto quanto piuttosto il collegamento tra le plurime violazioni e la consequenzialità logica e strumentale tra le stesse per il raggiungimento dell'obiettivo prefisso (sottrazione di materia imponibile alla tassazione ovvero omesso versamento delle imposte). Dunque, “Il significato da attribuire alla nozione “della stessa indole” se da un lato deve garantire la riconduzione ad unità delle violazioni commesse in più periodi di imposta, dall'altro non può comportare presupposti applicativi più favorevoli proprio in relazione all'ipotesi trasgressiva ritenuta più grave in quanto articolata su più periodi di imposta....nel contesto dell'art. 12 il carattere comune delle singole violazioni risiede nel fatto che le stesse siano riconducibili ai criteri generali di cui ai commi 1 e 2....in questa prospettiva il comma 3....e la previsione di cui al comma 4 risultano applicabili anche alle violazioni di cui al comma 5”(citata Circolare 5 luglio 2000, n. 138/E).

Si aggiunge che, malgrado il tenore perentorio della disposizione (“si applica la sanzione base aumentata dalla metà al triplo”), è da ritenere, inoltre, che l'aumento del comma 5 vada operato sulla sanzione “base”, da utilizzare a sua volta per determinare la sanzione unica mediante gli altri aumenti previsti dagli ulteriori commi della disposizione. In secondo luogo, non sembra che i periodi di imposta interessati debbano essere necessariamente contigui, considerato che tale condizione non è espressamente richiesta dalla nuova norma e che per la consolidata giurisprudenza penalistica non vi sono limiti temporali alla continuazione, pur dovendosi distinguere quest'ultima dalla “ricaduta” nel reato.

5. Queste sintetiche notazioni a carattere generale sono utili per l'inquadramento dell'istituto della continuazione nella peculiare cornice della *sedes materiae* tributaria e per comprendere come la diversità strutturale, teleologica e di politica del diritto che presiede all'ambito penalistico ed a quello tributario ha inciso sulla fattispecie che il D.Lgs. 472/1997 ha introdotto e la cui *ratio* è stata così individuata dall'amministrazione finanziaria: “La finalità perseguita con la modifica (decreto correttivo n. 99/200; n.d.r.)...è stata di allargare il campo applicativo del concorso e della progressione a violazioni della stessa indole, commesse in periodi di imposta diversi, nelle ipotesi in cui il concorso o la progressione, regolati dai primi due commi trovino applicazione nell'ambito del singolo periodo” (nota 4 ottobre 2000, n. 206965/E, del Dir. centr. Accertamento e programmazione).

In questa direzione si può affrontare l'ulteriore problema dell'applicabilità dell'istituto della “nuova continuazione” anche alle imposte c.d. istantanee muovendo dalle seguenti considerazioni.

In ambito tributario, come noto, per “*periodo di imposta*” si vuole intendere il *periodo preso a riferimento per la commisurazione dei redditi ai fini dell'applicazione dell'imposta*; lo stesso si dice costituito dall'anno solare per le persone fisiche, le società di persone e i soggetti ad esse equiparate; dall'esercizio o periodo di gestione della società o dell'ente, determinato dalla legge o dall'atto costitutivo, per le società e gli enti soggetti all'Ires; dall'anno solare per gli organi e le amministrazioni dello Stato non soggetti all'Ires, come si evince, quale previsione generale, dall'art. 7, comma 1, del d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (TUIR) “*l'imposta è dovuta per anni solari, a ciascuno dei quali corrisponde un'obbligazione tributaria autonoma*”.

Il comma 2 dello stesso articolo, però, precisa che “*L'imputazione dei redditi al periodo di imposta è regolata dalle norme relative alla categoria nella quale rientrano*”; si può, così, ritenere che l'applicazione della regola generale vada coordinata con la disciplina specifica delle singole imposte e, in definitiva, sia soggetta ad una *valutazione caso per caso*.

In particolare, per le imposte indirette sulla fabbricazione e sul consumo, l'art. 2, comma 2 del D.Lgs. 504/1995 (TUA) stabilisce che “*l'obbligazione tributaria sorge al momento della fabbricazione o della importazione. L'accisa è esigibile all'atto della immissione in consumo del prodotto nel territorio dello Stato*”: si deve, quindi, escludere la ricorrenza di un vero e proprio “*periodo di imposta*”; peraltro, a diversa conclusione si deve giungere per l'imposta di consumo sull'energia elettrica per la quale, ai sensi dell'art. 55: “*L'accertamento e la liquidazione d'imposta per le officine che producono energia elettrica a scopo di vendita e per le officine che producono energia elettrica per uso proprio, munite di misuratore, è fatto dall'ufficio tecnico di finanza, competente per territorio, sulla base della dichiarazione di consumo annuale presentata dal fabbricante*”.

6. Nella Circolare ministeriale n. 180/E, si legge (in tema di ravvedimento operoso ex art. 13 D.Lgs. 472/97) che “*a proposito delle due soglie temporali previste dalla disposizione in esame (“termine per la presentazione della dichiarazione relativa all'anno nel corso del quale è stata commessa la violazione” e “un anno dall'omissione o dall'errore”) si chiarisce che la diversificazione è in sostanza correlata alla distinzione tra i c.d. “tributi periodici” cui inerisce un obbligo di dichiarazione che si rinnova appunto periodicamente (ad esempio, imposte sui redditi, IVA) e i c.d. “tributi istantanei” che tale obbligo non configurano (ad esempio, imposta di registro, sulle successioni)*”; tenendo conto di quanto già sopra detto sulle peculiarità della disciplina dell'art. 12 rispetto ai principi penalistici di cui all'art. 81 c.p. e dell'indirizzo della giurisprudenza della Cassazione, secondo cui “*l'art. 12 d.lg. n. 472 del 1997 prevede espressamente l'obbligatorietà dell'istituto della continuazione per l'ipotesi di violazioni riguardanti diversi periodi di imposta, stabilendo, per questa fattispecie, regole di maggior rigore ma fermo restando, comunque, l'obbligo di procedere al cumulo giuridico delle sanzioni*” (Cass. Civ., sez. trib., 08 marzo 2000, n. 2609), si deve dedurre che la mitigazione sanzionatoria prevista dal comma 5 dell'art. 12 in questione vada letta come eccezione alla regola del cumulo materiale, i cui confini non

andrebbero dilatati aldilà di quanto già emergente dalla lettera della disposizione agevolativa, e come tale restrittivamente applicabile, nel rispetto della *ratio* della norma e secondo la linea interpretativa dettata dalla Suprema Corte in riferimento al previgente art. 8 r.d. 4/1929 (Cass., sez. I, 17 dicembre 1992, n. 13336: *“Va esclusa la «continuazione» in riferimento a singole condotte concretizzate in periodi fiscali diversi perché legate non dalla «risoluzione criminosa» che caratterizza la «continuazione», ma connotate dal solo generico intento di lucro a danno dell'erario, onnipresente nella condotta di ogni evasore, ma insufficiente nelle fattispecie legate a precisi dati temporali per l'attribuzione del vincolo previsto dall'art. 8 l. n. 4/1929”*).

7. In conclusione, ad avviso della Scrivente, qualora i tributi amministrati da codesta Agenzia siano, quanto a presupposto impositivo, parametrabili ad un c.d. “periodo di imposta”, si può ritenere che trovi applicazione la disciplina più favorevole della continuazione finanziaria di cui al comma 5 dell'art. 12 D.Lgs. 472/97; qualora, invece, non ricorra il detto requisito la disciplina in esame non potrà trovare applicazione poiché l'imposta deve essere necessariamente qualificata come istantanea quanto a genesi dell'obbligo, senza che rilevino le modalità della riscossione che sono ininfluenti al fine della qualificazione dell'imposta (come si avvince indirettamente anche da Cass. 17 gennaio 2002 n. 450 che, in relazione ad omessi pagamenti periodi dell'I.V.A., ha ritenuto applicabile l'art. 12, comma 1, quale *“concorso materiale omogeneo”*, perché *“l'esecuzione dei versamenti dell'imposta sul valore aggiunto, che attiene alla fase di riscossione dell'imposta, presuppone necessariamente, non che la determinazione dell'imponibile, anche la (auto) liquidazione dell'I.V.A. da parte del soggetto passivo; in altri termini, il versamento dell'I.V.A., imposto dalla legge, riguarda l'imposta già determinata e liquidata dal soggetto passivo, secondo le regole proprie dettate per tale tributo”*) (...).».

A.G.S. – Parere del 22 settembre 2008 n. 110090.

Art. 36 legge 31/08. Disposizioni in materia di riscossione (consultivo 21110/08, avvocato G. Albenzio).

«1. Codesta Agenzia [delle Dogane] chiede chiarimenti in ordine alla attuazione dell'art. 36 della Legge 28 febbraio 2008, n. 31, di conversione, con modificazioni del Decreto Legge 31 dicembre 2007, n. 248.

Tale articolo ha apportato rilevanti modifiche in materia di riscossione dei tributi; in particolare, i commi 2 *bis* e 2 *ter* dell'art. 36 hanno, rispettivamente, abrogato il secondo comma e novellato il primo comma, primo periodo, dell'art. 19 d.P.R. n. 602 del 29 settembre 1973 e novellato l'art. 26 del D.Lgs. n. 46 del 26 febbraio 1999, che disciplinano la rateazione delle somme iscritte a ruolo; l'art. 19, comma 1, è stato ulteriormente modificato dall'art. 83, comma 23, punto *a*), d.l. 112/08.

Ai sensi dell'art. 19, comma 1, attuale formulazione, *“l'agente della riscossione, su richiesta del contribuente, può concedere, nelle ipotesi di*

temporanea situazione di obiettiva difficoltà dello stesso, la ripartizione del pagamento delle somme iscritte a ruolo fino ad un massimo di settantadue rate mensili”.

Codesta Agenzia, a seguito della devoluzione all'agente della riscossione del potere di accordare la rateazione del pagamento delle entrate iscritte a ruolo dalle Agenzie fiscali, sottraendolo all'ente creditore, ha chiesto chiarimenti in merito alla sua applicazione ai crediti costituenti risorse proprie della Comunità iscritti a ruolo, in relazione al disposto dell'art. 229 del Reg. CEE 2913/1992 – Codice Doganale Comunitario (ora art. 77 Reg. CE 450/2008), ipotizzando che il potere dell'autorità doganale di accordare la rateazione del pagamento dei dazi sia operante solo fino al momento in cui il credito non si stato affidato all'agente della riscossione per l'esecuzione coattiva.

2. Nel rispondere al quesito posto occorre preliminarmente ricordare che la *ratio* sottesa a tutti gli interventi legislativi che nel tempo si sono succeduti in tema di pagamento dilazionato delle imposte iscritte a ruolo e da ultimo alla dilazione di pagamento prevista dall'articolo 19 del d.P.R. n. 602 del 29 settembre 1973, è quella di agevolare l'assolvimento dell'obbligazione tributaria nella considerazione che, in particolari situazioni, il pagamento del debito possa risultare eccessivamente oneroso per il contribuente che si trovi in temporanea difficoltà economica (identica *ratio* è espressa dal Codice Doganale Comunitario); questo spiega l'ultimo intervento modificativo del primo comma del detto art. 19.

Anche l'abrogazione del secondo comma dell'art. 19 – che intendeva evitare che il contribuente potesse formulare richieste di rateazione meramente dilatorie e, a tal fine, individuava all'interno del procedimento della riscossione coattiva un momento, l'inizio della procedura esecutiva, superato il quale il contribuente perdeva il diritto di chiedere la rateazione del pagamento – era intesa a ulteriormente agevolare coloro che versano in temporanea situazione di obiettiva difficoltà, escludendo che l'avvio della procedura esecutiva costituisca una condizione ostativa alla facoltà di concedere la rateazione; d'altronde, detta abrogazione era giustificata dalla circostanza che il limite temporale, costituito dall'inizio della procedura esecutiva, non ha più alcuna ragione di esistere in considerazione del fatto che la gestione dell'istanza è affidata allo stesso soggetto che cura la procedura esecutiva, ossia l'agente delle riscossione.

Risulta chiaro dalla lettera delle nuove disposizioni legislative che la figura dell'agente della riscossione è fortemente responsabilizzata nella gestione del credito, oltre che naturalmente nella funzione della riscossione, nella quale assume sempre maggiori responsabilità sostituendo pienamente l'ente creditore.

L'ambito applicativo del suddetto articolo 19 è destinato, poi, ad ampliarsi ulteriormente in considerazione della nuova formulazione dell'art. 26 D.Lgs. n. 46/1999, come novellato dal comma 2 *ter* dell'art. 36 della L. n. 31/2008.

In base al testo previgente dell'art. 26 D.Lgs. n. 46/1999, la rateazione *ex art. 19 d.P.R. n. 602/73* si applicava solo alle entrate tributarie dello Stato,

con esclusione, quindi, delle entrate tributarie non statali e delle entrate non tributarie per le quali la rateazione poteva essere concessa in base a singole disposizioni speciali, fermo restando l'onere di presentare la richiesta di rateazione, a pena di decadenza, prima dell'inizio della procedura esecutiva. Con le modifiche apportate dal suddetto art. 36, comma 2 *ter* all'art. 26 D.Lgs. n. 46/1999, la disciplina dell'art. 19 diventa applicabile a tutte le entrate iscritte a ruolo da Amministrazioni statali, da Agenzie istituite dallo Stato, da autorità amministrative indipendenti e da enti previdenziali (comma 1).

3. Ai sensi dell'art. 229 vecchio C.D.C. e, ora, dell'art. 77 nuovo Reg. 450/08 (in vigore dal 24 giugno 2008) l'autorità doganale può concedere al debitore facilitazioni di pagamento dei dazi diverse dalla dilazione (art. 74-76, già art. 224-227 vecchio C.D.C.), la concessione delle quali è subordinata alla costituzione di una garanzia che può non essere richiesta in considerazione delle condizioni economiche o sociali del debitore (par. 2. *“Le autorità doganali possono rinunciare a chiedere una garanzia o ad applicare un interesse di credito quando è stabilito, sulla base di una valutazione documentata della situazione del debitore, che ciò provocherebbe gravi difficoltà di carattere economico o sociale”*).

A disciplinare la successiva fase della riscossione coattiva dell'importo dei dazi è il successivo art. 78 (già art. 232 vecchio C.D.C.) in base al quale *“le autorità doganali si avvalgono di tutte le possibilità offerte dalla legislazione dello Stato membro interessato per assicurare il pagamento di detto importo”* (par. 1, comma 1).

Codesta Agenzia, fino all'entrata in vigore delle nuove disposizioni, riteneva applicabile il suindicato art. 229 C.D.C. anche ai crediti già iscritti a ruolo costituiti dalle risorse proprie della Comunità europea ed affidati all'agente della riscossione per l'esecuzione coattiva, in virtù del fatto che la concessione della rateazione del pagamento, nella vecchia formulazione dell'art. 19, era riservata, anche in tale fase, all'autorità doganale, ente creditore, e si pone ora il problema se il nuovo art. 77 Reg. 450/08 (già art. 229 vecchio C.D.C.) rimanga ancora applicabile anche ai crediti iscritti a ruolo, in ragione della novità introdotta dal suddetto art. 19, secondo il quale è l'agente della riscossione e non più l'ente creditore a decidere sull'istanza di rateazione.

4. Questa Avvocatura Generale ritiene che la lettera dell'art. 77 nuovo C.D.C. non ponga alcuna preclusione per l'ammissione alla rateazione anche dei crediti già iscritti a ruolo, ai sensi del novellato art. 19 d.P.R. 602/73, e che tale interpretazione sia conforme alla *ratio* perseguita dal legislatore comunitario, individuabile – come già detto – nell'intento di agevolare l'assolvimento dell'obbligazione daziaria.

Quanto alle garanzie per la rateazione, che il nuovo art. 19 d.P.R. 602/73 non richiede, a differenza di quanto previsto dall'art. 77 C.D.C., secondo il quale le facilitazioni di pagamento diverse dalla dilazione sono normalmente subordinate alla costituzione di una garanzia (richiesta inderogabilmente per la dilazione di cui all'art. 74) salvo che tale pretesa possa provocare al debitore gravi difficoltà economiche o sociali.

A parere della Scrivente, l'intento del legislatore nazionale si pone pienamente in linea con quello del legislatore comunitario, escludendo che l'inizio della procedura esecutiva (e, a maggior ragione, la semplice iscrizione a ruolo) costituisca una condizione ostativa alla facoltà di concedere la rateazione e riconoscendo il potere di concedere la ripartizione del pagamento ad un soggetto, l'agente della riscossione, che, al tempo stesso, gestisce l'istanza e cura la riscossione.

Del resto, come opportunamente ricordato da Codesta Agenzia, la Decisione del Consiglio del 29 settembre 2000 all'art. 8, comma 1 prevede che *“le risorse proprie sono riscosse dagli Stati membri ai sensi delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative nazionali”*, quindi ai sensi del d.P.R. n. 602/73 e del D.Lgs. n. 46/99.

Peraltro, allorché si tratti di risorse proprie della Comunità, il concessionario dovrà seguire le prescrizioni dell'art. 77 C.D.C. piuttosto che quelle dell'art. 19 d.P.R. 602/73 in punto di richiesta di garanzie.

5. In conclusione, l'affidamento al soggetto incaricato della riscossione del potere di concedere rateazioni al debitore vale anche per i dazi che costituiscono risorse proprie della Comunità, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 77 nuovo C.D.C., con la specifica disciplina sulle garanzie ivi prevista (...).»

A.G.S. - Parere del 24 settembre 2008 n. 111007.

Interpretazione dell'art. 7, 6° co. D.L. 248/07 convertito in legge 31/08 (consultivo 25247/08, avvocato A. Palatiello).

«(...) codesto Ministero chiede il parere della Scrivente in merito alla individuazione del “destinatario dell'atto” da notificare, di cui al comma 6° dell'art. 7 della legge 20 novembre 1982, n. 890, aggiunto dal comma 2 *quarter* dell'art. 36 D.L. 31 dicembre 2007, n. 248, nel testo integrato della legge di conversione, n. 31/08: si tratta in particolare di stabilire se la norma, che richiede la spedizione di avviso raccomandato quando il “piego non viene consegnato personalmente al destinatario dell'atto”, riguardi anche le persone giuridiche. Codesto Ministero propende per la risposta negativa al quesito, segnalando anche gli inconvenienti pratici che dalla opposta soluzione deriverebbero.

Questa Avvocatura Generale osserva che l'opinione di codesto Ministero, nel senso che il 6° comma dell'art. 7 della legge 20 novembre 1982, n. 890, inequivocabilmente si riferirebbe alla notificazione fatta alla persona fisica, non può, nella sua assolutezza, essere condivisa.

Giova premettere che nel diritto vivente, per come risulta dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, è *ius receptum* nel senso che l'art. 7 della legge n. 890/82 operi anche nei riguardi delle persone giuridiche (*ex multis*, da ultimo Cass. 20 settembre 2007, n. 19468; per la verità la Corte di Cassazione non ha mai dubitato dell'operatività della norma in esame per le notifiche ai soggetti diversi dalla persona fisica). Anche la Corte Costituzionale ha dato per pacifica la lettura della norma nei sensi predetti,

ed ha evidenziato, per quanto ora interessa, che l'obbligo di spedire la raccomandata, ora introdotto dal comma 2 *quater* dell'art. 36 D.L. n. 248/07, conv. in legge n. 31/08, non è affatto imposto dai principi costituzionali (Corte Cost. 19 aprile 2007, n. 131). In tale contesto è tesi improbabile quella secondo cui l'introduzione del comma 6° nel corpo dell'art. 7 riguardi solo le persone fisiche; ed è comunque tesi che non può essere seguita in mancanza di riscontri certi da parte della giurisprudenza, ove si consideri che l'omissione dell'avviso, ove occorrente, darebbe luogo a nullità del procedimento notificatorio.

Il problema, piuttosto, è un altro ed è dato dall'individuazione della nozione di "destinatario dell'atto", cui la norma riferisce l'obbligo della spedizione della raccomandata con la quale si dà notizia a quel destinatario dell'avvenuta notifica.

Quando si tratta di "ente collettivo" il "destinatario dell'atto" è un "soggetto giuridico" che opera necessariamente attraverso persone fisiche; l'art. 145 c.p.c., per le notifiche "a mano", elenca le persone fisiche abilitate alla ricezione dell'atto, una delle quali è il rappresentante, ma a questi sono parificati l'"incaricato" della ricezione, e l'addetto alla sede; un "ovvero" aggiunge il portiere dello stabile a queste figure. Vigè il principio della immedesimazione organica (Cass. n. 15468/07, *cit.*) in virtù del quale la consegna dell'atto fatta ad uno dei predetti soggetti esaurisce le formalità volute dalla legge. Potrebbe dunque sostenersi per tale verso che l'art. 7, comma 6, in esame riguarda, sì, la persona giuridica, ma data l'equivalenza che il sistema attribuisce, in materia, al legale rappresentante, all'incaricato della ricezione e all'addetto alla sede, non richiede affatto la spedizione della raccomandata quando il procedimento di notificazione si sia perfezionato con la ricezione del plico da parte di uno dei soggetti ora menzionati. Residua un dubbio per il portiere dello stabile, ("ovvero" potrebbe leggersi come "in mancanza") e dunque allo stato è norma di prudenza pretendere, in caso di consegna del plico al portiere, l'invio della raccomandata, pur essendovi spazio, in caso di erronea omissione, per la tesi della inutilità dell'incombente leggendo l'"ovvero" come "*vel etiam*" ed argomentando dall'art. 10 della stessa legge n. 890/82 (cfr. Cass. 21 febbraio 2006, n. 3685). La cennata interpretazione supera gli inconvenienti pratici segnalati da codesto Ministero con riguardo alle "Società di grandi dimensioni".

Naturalmente la raccomandata va trasmessa quando la richiesta di notifica indichi le generalità del legale rappresentante ed il suo domicilio personale, diverso dalla sede della Società ("... si notifichi alla Soc. X in persona dell' l.r. Sig. ... residente in ..."; oppure "... si notifichi al Sig. ... residente in ... n.q. di l.r. della Soc. X") perché in questo caso è volontà del richiedente far consegnare l'atto alla persona fisica indicata nel proprio domicilio sicché "personalmente" torna ad avere la valenza che l'avverbio ha per le notificazioni alle persone fisiche.

Si dovrà ovviamente attendere l'eventuale formarsi della giurisprudenza sui temi accennati; per ora sembra eccessivo scrupolo pretendere l'invio della raccomandata quando il plico è consegnato, nella sede dell'Ente, a mani del-

l'addetto alla ricezione o dell'addetto alla sede; è invece doverosa cautela, come accennato, far trasmettere la raccomandata quando il plico postale, contenente l'atto notificato, sia stato consegnato al portiere dello stabile (o, a maggior ragione, al custode: cfr. Cass. 14 febbraio 2003, n. 2276) (..).

A.G.S. – Parere del 24 settembre 2008 n. 111028.

Richiesta di tentativo obbligatorio di conciliazione in materia di decadenza dall'incarico dirigenziale di livello generale ex art. 3 comma 7 l. 145/2002 – Ricorso al Tribunale Civile di Roma, sez. lavoro, in materia di decadenza dall'incarico dirigenziale di livello generale ex art 3 comma 7 legge 145/2002. Richiesta patrocinio proposta transattiva (consultivo 43615/07, avvocato G. Fiengo).

«(...) codesta Amministrazione richiede il parere della Scrivente in ordine alle posizioni giuridiche di dirigenti generali, cessati dall'incarico loro affidato in forza dell'art. 3 comma 7 della legge n. 145/2002, dichiarato incostituzionale con sentenza 23 marzo 2007 n. 103 della Corte Costituzionale. In particolare l'Amministrazione fonda l'opportunità di una ipotesi transattiva: a) sul parere reso dalla Scrivente con nota n. 7142 in data 20 gennaio 2005 con riguardo al trattamento giuridico ed economico dei Sopsintendenti regionali non confermati come Direttori regionali; b) sull'orientamento dei giudici del lavoro che in vario modo tendono a riconoscere, oltre al diritto alla intera retribuzione, forme di responsabilità dell'Amministrazione per danni alla reputazione personale, all'immagine, per perdita di *chances* e/o per demansionamento; c) sulle ordinanze del T.A.R. Lazio 1° ottobre 2007 e del Tribunale di Roma 9 luglio 2007 che, con successiva sentenza della Corte Costituzionale n. 161 del 2008, hanno portato alla declaratoria di incostituzionalità dell'art 2, commi 159 e 161 del decreto legge 3 ottobre 2006, n.262 convertito con modificazioni dalla legge 24 novembre 2006, n. 286; d) sull'ordinanza del Consiglio di Stato 16 ottobre 2007 che ha rimesso alla Corte Costituzionale la questione di legittimità della legge n.8/2007 della Regione Lazio che prevede, per i dirigenti rimossi sulla base dello *spoils system*, dichiarate illegittime l'alternativa tra la reintegrazione in servizio e la corresponsione di un "equo indennizzo", con scelta rimessa alla Regione.

In linea di fatto si segnalano alcuni precedenti di transazione e/o acquiescenza nei quali ai dirigenti generali rimossi dall'incarico è stato riconosciuto dall'Amministrazione un danno da "demansionamento" per il periodo nel quale non è attribuito un incarico equivalente.

Va ricordato, innanzi tutto, che la Corte Costituzionale, con la sentenza 23 marzo 2007 n. 103 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del settimo comma dell'articolo 3 della legge 145/2002 nella parte in cui dispone "che i predetti incarichi cessano al sessantesimo giorno dalla data di entrata in vigore della presente legge, esercitando i titolari degli stessi in tale periodo elusivamente le attività di ordinaria amministrazione", volendo censurare essenzialmente il carattere automatico e privo di verifica procedimentale

della cessazione dall'incarico prima della scadenza. Analogo vizio è stato censurato con la sentenza n. 161/2008 per quanto concerne l'articolo 2 comma 161 del decreto legge 3 ottobre 2006.

Le sentenze con le quali la magistratura ha disposto la reintegrazione nelle funzioni dei dirigenti rimossi e/o la condanna al risarcimento di danni, a vario titolo, sono state tuttavia per la quasi totalità impugnate dalla Scrivente laddove, sia a fini della reintegrazione che del risarcimento, facevano leva sull'affermazione una responsabilità dell'amministrazione in relazione alla cessazione dell'incarico. Risulta infatti difficile, sia sul piano teorico che su quello pratico, ipotizzare una colpa dell'Amministrazione per un effetto che deriva direttamente da un legge successivamente dichiarata incostituzionale. Siffatta responsabilità, se è anche ipotizzabile in astratto nell'ambito dell'ordinamento internazionale e/o comunitario (ai quali organi giurisdizionali, tuttavia, i dirigenti generali rimossi possono direttamente rivolgere le loro pretese), non trova fondamento nell'ambito dell'ordinamento nazionale nel quale il datore di lavoro non risponde dell'applicazione (anche volontaria) di una legge dichiarata successivamente incostituzionale (vedi Cass. Sez. lavoro 21 aprile 1997 n. 3432 e 3 febbraio 1999, n. 941) e l'Amministrazione statale non può in alcun modo sottrarsi al dovere di applicare una legge.

In tale contesto la Scrivente ritiene che debba essere approfondito il meccanismo giuridico che deriva dalla declaratoria di illegittimità costituzionale di una fonte normativa primaria. L'articolo 136 della Costituzione stabilisce infatti che *“Quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione”* e da tale disposizione la dottrina e la giurisprudenza, soprattutto in relazione all'esigenza di disapplicare la norma illegittima anche nel giudizio *a quo*, hanno inteso questa cessazione di efficacia nel senso pienamente ripristinatorio della situazione *quo ante*, salvo che per posizioni esaurite (per effetto di giudicato o, comunque, situazioni definite, secondo l'insegnamento di Cassazione SS.UU. 9 giugno 1989 n. 2786). In altri termini la norma dichiarata costituzionalmente illegittima *non può trovare applicazione* dal giorno successivo alla declaratoria di incostituzionalità e nel rapporto tra le parti in giudizio *è come se non fosse mai esistita*. Affermazione quest'ultima che, seppure descrive con chiarezza la situazione esistente tra le parti di un giudizio *a quo*, va tuttavia presa con cautela dal momento che un'inesistenza *ex tunc* di una fonte legittimante un comportamento o un effetto, potrebbe indurre (ed è l'errore nel quale sono caduti molti giudici del lavoro nelle controversie di cui si discute) a ritenere illeciti e/o colposi *in ipsa re* i comportamenti dell'Amministrazione che si è limitata ad applicare o a giovarsi di una norma dichiarata poi costituzionalmente illegittima.

Tuttavia nel caso di specie – derivando l'effetto caducatorio degli incarichi dirigenziali direttamente dalla legge – la declaratoria di incostituzionalità della stessa legge comporta pacificamente la ricostruzione e reviviscenza del rapporto illegittimamente cessato e il *dovere dell'amministrazione a*

darvi adempimento, sia pure tardivo. In altri termini deve essere ricostruito l'intero contenuto del contratto e/o incarico attribuito ed illegittimamente revocato e allo stesso occorre dare attuazione, compatibilmente con la ragionevole presa in considerazione di evenienze sopravvenute. La possibilità di procedere discrezionalmente attraverso la scelta tra ricostruzione e indennizzi (predeterminati o meno) ha d'altronde trovato una reazione contraria molto ferma da parte della giurisprudenza del Consiglio di Stato (ordinanza C.d.S 16 ottobre 2007 citata)

Un primo contenuto dell'adempimento contrattuale è il *diritto alla retribuzione fissa*, prevista dal disciplinare allegato all'atto del conferimento. Ad avviso della Scrivente tale emolumento spetta fino al termine convenzionale del rapporto, salvo che l'Amministrazione non sia in grado di provare l'impossibilità del dipendente a svolgere in tutto o in parte l'attività promessa per sopravvenienza di nuovi incarichi retribuiti dalla stessa od altra amministrazione o di terzi e/o per pensionamento; la decadenza dall'incarico fa infatti venir meno una serie di incompatibilità che rendono possibile da parte del dirigente lo svolgimento di altre attività che, in costanza di rapporto, sarebbero state incompatibili.

I giudici del lavoro, invero, tendono a limitare, nei casi di reintegrazione, il diritto alla ricostruzione della carriera evitando cumulo di retribuzioni e/o compensi; talvolta, in relazione alla difficoltà di procedere a compensazioni tra diversi enti erogatori, è stato previsto l'obbligo del beneficiario che si giova della "*ricostruzione della carriera*" di restituire i ratei di pensione percepiti.

Un secondo contenuto contrattuale attiene al *compenso promesso per i risultati*. In chiave di adempimento di un contratto esistente, l'allegazione della promessa di tale compenso nello schema contrattuale è – ad avviso della Scrivente – chiara prova dell'esistenza di una *chance*, sulla quale la parte ha fatto (e fa) legittimo affidamento. L'amministrazione può ragionevolmente provare che quella *chance* non si sarebbe mai potuta realizzare per sopravvenienza di leggi e/o atti ministeriali che riducano gli obiettivi e relativi compensi etc. È tuttavia, evidente, come, in mancanza di oggettivi ed applicati criteri di valutazione dei risultati (oltretutto in relazione ad una attività di fatto non svolta), tale adduzione di prova contraria si presenta per l'amministrazione estremamente difficile, al limite della cosiddetta *probatio diabolica*.

Il terzo contenuto contrattuale da prendere in considerazione è il *diritto della persona a svolgere il lavoro* a suo tempo affidato, per l'esperienza che acquisisce e per le ulteriori possibilità di progressione professionale che lo svolgimento di tale lavoro implica. Tale diritto trova, tuttavia – ad avviso della Scrivente – un limite, previsto nei contratti ed in varie disposizioni di legge, nella possibilità dell'Amministrazione di affidare al dirigente rimosso *un incarico equivalente*. Nei limiti e fino a quando l'Amministrazione non si avvale di tale facoltà, ragionevolmente si ritiene configurabile in astratto la previsione di un limitato diritto economico che ristori tale mancanza. Tale indennizzo, ancorché impropriamente denominato quale "danno da deman-

sionamento” nella specie e sulla base delle premesse considerazioni, di per sé non ha carattere risarcitorio, ma meramente compensativo di un interesse contrattuale della parte non realizzato.

Ed è proprio sul piano dell’assetto degli interessi e del principio generale dell’indennizzabilità di situazioni di arricchimento/impoverimento senza causa (argomenta *ex art. 3 e 41 Cost.*) che si coglie a pieno la ragione per la quale l’amministrazione è oggi chiamata ad adempiere *in toto* un contratto che, senza sua colpa, non ha avuto integrale attuazione: l’amministrazione infatti si è giovata della decadenza stabilita dalla norma di legge dichiarata illegittima e, liberatasi di un pregresso impegno (anche) contrattuale, ha dato corso alla sostituzione del dipendente nell’incarico, perseguendo in tal modo la cura ottimale dell’interesse pubblico, quale si presentava agli organi cui era affidata la responsabilità politico-amministrativa della scelta. Evidentemente si tratta di una valutazione che copre esclusivamente il periodo contrattuale residuo e deve essere condotta dall’Amministrazione *caso per caso*, avendo cioè riguardo al pregiudizio in effetti subito dal dirigente che, per effetto della cessazione dall’incarico, non ha potuto svolgere l’attività concordata e nei limiti sopra evidenziati.

In sintesi è avviso della Scrivente che l’Amministrazione possa procedere al riconoscimento e/o all’acquiescenza su queste tre voci contrattuali, e ciò in forza del solo effetto della declaratoria d’incostituzionalità delle norme sopra citate, *escludendo ogni ipotesi di colpa dell’amministrazione nella decadenza* e qualsiasi valutazione dei comportamenti successivi della stessa amministrazione in ordine all’affidamento di nuovi incarichi, in tutto o in parte equivalenti: i comportamenti dell’amministrazione – nei limiti in cui si adeguano in tutto o in parte alle aspettative del dirigente – possono limitare gli effetti della declaratoria di incostituzionalità e il *quantum* della pretesa del dirigente decaduto, ma non eliminano in via teorica il diritto del dirigente alla reintegrazione nella posizione illegittimamente incisa e all’adempimento puntuale del contratto a suo tempo stipulato, nei limiti in cui tale puntuale (retroattivo adempimento) non implichi, ovviamente, *un ingiustificato arricchimento dello stesso dipendente*.

L’adempimento di un contratto (mai decaduto) è debito di valore e spettano di norma rivalutazioni ed interessi. Tuttavia, ponendo la transazione un’esigenza imprescindibile di un *aliquid datum aliquid retentum*, sarà cura dell’Amministrazione proporre per il visto legale della Scrivente, ipotesi transattive nelle quali tali voci vengano – ove possibile – in tutto o in parte abbattute.

Sulla base di tali presupposti si attende di ricevere, per le valutazioni analitiche di competenza, gli schemi di atti transattivi che l’Amministrazione intenda adottare.

Il presente parere, sul quale è stato sentito l’avviso del Comitato Consultivo di cui alla legge 103/79, che si è espresso in conformità, viene inviato anche al Dipartimento della Funzione Pubblica e all’IGOP ».

Si riporta qui di seguito la recente sentenza della Corte Costituzionale.

Corte costituzionale, sentenza 24 ottobre 2008 n. 351 – Pres. G.M. Flick – Rel. S. Cassese – nel giudizio di legittimità costituzionale dell’art. 1, commi 1 e 2, della legge della Regione Lazio 13 giugno 2007, n. 8 (*Disposizioni concernenti cariche di organi di amministrazione di enti pubblici dipendenti decaduti ai sensi di norme legislative regionali dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale*), promosso con ordinanza del 16 ottobre 2007 dal Consiglio di Stato sul ricorso proposto da F. C. (Avv.ti F. Castiello e G. De Santis) contro la Regione Lazio ed altri, iscritta al n. 88 del registro ordinanze 2008 e pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale della Repubblica* n. 15, prima serie speciale, dell’anno 2008.

«(...) *Ritenuto in fatto*

1.- Il Consiglio di Stato ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell’art. 1, commi 1 e 2, della legge della Regione Lazio 13 giugno 2007, n. 8 (*Disposizioni concernenti cariche di organi di amministrazione di enti pubblici dipendenti decaduti ai sensi di norme legislative regionali dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale*), per violazione degli articoli 3, 24, 97, 101, 103, 113 e 117, secondo comma, lettera l), della Costituzione.

1.1.- Le disposizioni impugnate stabiliscono che: «1. La Giunta regionale, nei confronti dei componenti di organi istituzionali degli enti pubblici dipendenti, i quali siano decaduti dalla carica ai sensi di norme legislative regionali dichiarate illegittime a seguito di sentenze della Corte costituzionale, con conseguente risoluzione dei contratti di diritto privato disciplinanti i relativi rapporti di lavoro, è autorizzata a deliberare in via alternativa: a) il reintegro nelle cariche e il ripristino dei relativi rapporti di lavoro; b) un’offerta di equo indennizzo. 2. La soluzione di cui al comma 1, lettera b), è comunque adottata qualora il rapporto di lavoro sia stato interrotto, di fatto, per oltre sei mesi».

1.2.- Il collegio rimettente ricostruisce le vicende del giudizio principale nei termini che seguono. Il ricorrente, in applicazione della disciplina normativa regionale in base alla quale i vertici degli organi istituzionali vengono meno con l’insediamento del nuovo Consiglio regionale (cosiddetto *spoils system*), è stato dichiarato decaduto dall’incarico di direttore generale della Azienda USL Rm/E. Avverso tale decisione egli ha presentato ricorso al Tribunale amministrativo regionale del Lazio, proponendo in via incidentale domanda cautelare, che è stata rigettata dal giudice di primo grado. Il ricorrente ha successivamente proposto appello cautelare per l’annullamento e la riforma dell’ordinanza di reiezione del Tar Lazio. Chiamato a pronunciarsi su tale appello cautelare, il Consiglio di Stato ha sollevato questione di legittimità costituzionale delle disposizioni legislative regionali istitutive del predetto sistema di *spoils system*. Tale disciplina legislativa (art. 71, commi 1, 3 e 4, lettera a), della legge della Regione Lazio 17 febbraio 2005, n. 9, recante «*Legge finanziaria regionale per l’esercizio 2005*»; art. 55, comma 4, della legge della Regione Lazio 11 novembre 2004, n. 1, recante «*Nuovo Statuto della Regione Lazio*») è stata dichiarata costituzionalmente illegittima da questa Corte con la sentenza n. 104 del 2007. Prima della prosecuzione dell’appello cautelare, tuttavia, sono entrate in vigore le disposizioni legislative regionali impugnate, in applicazione delle quali la Regione Lazio, non essendo possibile disporre la reintegrazione a causa del decorso del periodo di sei mesi di interruzione di fatto del rapporto (art. 1, comma 1, lettera b), della legge n. 8 del 2007), ha “convenuto” un indennizzo pari a 15 mensilità, benché nessun accordo – chiarisce il collegio rimettente – sia stato formalizzato con il ricorrente, il quale ha invece insistito per l’adozione di ogni opportuna misura cautelare che valga a rendere effettiva la sentenza n. 104 del 2007 della Corte costituzionale. Nella camera di consiglio fissata per la ripresa dell’incidente cautelare, il Consiglio di Stato ha quindi nuovamente sospeso il giudizio, rimettendo alla Corte la que-

stione di legittimità costituzionale delle nuove disposizioni legislative regionali, introdotte, nelle more del giudizio, per disciplinare la posizione dei soggetti decaduti dall'incarico sulla base della disciplina già dichiarata illegittima con la citata sentenza n. 104 del 2007.

1.3.- In punto di rilevanza, il giudice *a quo* osserva che la disciplina impugnata risulta preclusiva dell'adozione di misure di tutela cautelare in forma specifica, le quali, in mancanza di tale disciplina, sarebbero invece accordate al ricorrente, come del resto sono state accordate a favore di altri direttori generali decaduti in base alla disciplina dichiarata illegittima con la medesima sentenza n. 104 del 2007. Per un verso, infatti, il venir meno *ex tunc* della base legislativa dei provvedimenti impugnati renderebbe scontato il giudizio prognostico sull'esito del ricorso, di cui all'art. 21 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (Istituzione dei Tribunali amministrativi regionali). Per altro verso, la natura del pregiudizio subito dal ricorrente, che ne mette in discussione la stessa identità professionale, giustificherebbe l'applicazione della tutela cautelare in forma specifica. Quest'ultima, tuttavia, risulta appunto preclusa dalla norma impugnata, la quale, in caso di interruzione di fatto del rapporto per oltre sei mesi, impone la soluzione dell'offerta di equo indennizzo, escludendo quella, che rappresenterebbe peraltro una sola apparente alternativa, del reintegro nella carica.

1.4.- In punto di non manifesta infondatezza, il collegio rimettente ritiene che la disciplina legislativa regionale impugnata contrasti con una pluralità di parametri costituzionali.

In primo luogo, prevedendo la possibilità (e in certe condizioni la necessità) dell'indennizzo in luogo della reintegrazione, essa reintrodurrebbe, sebbene in una «forma onerosa», lo stesso meccanismo di *spoils system* che la Corte costituzionale ha già ritenuto non conforme a Costituzione, incorrendo, pertanto, nella stessa violazione dell'art. 97 Cost. rilevata dalla sentenza n. 104 del 2007.

In secondo luogo, le disposizioni legislative regionali impuginate contrasterebbero con gli artt. 3, 24, 103 e 113 Cost. sotto un duplice profilo. Per un verso, esse risulterebbero lesive del principio di effettività della tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione, limitando tale tutela al solo profilo risarcitorio. Per altro verso, tale limitazione sarebbe irragionevolmente disposta soltanto a carico dei dirigenti decaduti in base a norme regionali dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale e non anche a carico di dirigenti revocati dall'incarico con provvedimenti giudicati illegittimi nelle competenti sedi. Ciò rappresenterebbe una violazione dell'art. 3 Cost., «in termini di ragionevolezza della classificazione legislativa».

In terzo luogo, secondo il Collegio rimettente, le modalità e i tempi di approvazione della normativa impugnata (in pendenza dei giudizi che avevano dato luogo alla pronuncia della Corte costituzionale n. 104 del 2007 e immediatamente dopo che il Consiglio di Stato aveva accordato la tutela cautelare in forma specifica in uno di tali giudizi) farebbero supporre che essa sia stata introdotta non per regolare in astratto la materia, ma per incidere sulle sorti del procedimento giurisdizionale in corso, con eccesso di potere legislativo e conseguente violazione dell'art. 101 Cost.

Infine, la disciplina regionale, della cui costituzionalità il Consiglio di Stato dubita, riguarderebbe oggetti «(limiti agli effetti delle sentenze della Corte costituzionale e alla gamma delle misure cautelari nel processo amministrativo)» che rientrano nelle materie riservate dall'art. 117, secondo comma, lettera l), Cost. alla competenza esclusiva dello Stato: «giurisdizione e norme processuali; ordinamento civile e penale; giustizia amministrativa».

2.- Si è costituito in giudizio il ricorrente nel giudizio principale, che, aderendo pienamente agli argomenti sviluppati nell'ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato, insiste per la fondatezza della questione di legittimità costituzionale nei termini prospettati dal Collegio rimettente.

3.- Si è costituito in giudizio il controinteressato nel giudizio principale, chiedendo il rigetto della sollevata questione di legittimità costituzionale.

4.- In prossimità dell'udienza pubblica, lo stesso controinteressato ha presentato istanza di rinvio dell'udienza, motivata come segue: «La Regione Lazio ha presentato una proposta di legge (n. 408 del 7 ottobre 2008), messa all'ordine del giorno per l'approvazione del *plenum* del Consiglio del giorno 20 p.v. e che tale legge sostituirà la l. r. n. 8/07 sottoposta al vostro giudizio la cui udienza è fissata per il 21 ottobre p.v.».

5.- Nel corso dell'udienza, la difesa del controinteressato ha insistito per il rinvio dell'udienza e prodotto copia della citata proposta di legge, approvata in data 20 ottobre 2008 dal Consiglio della Regione Lazio, chiedendo che siano rimessi gli atti al giudice a quo affinché rivaluti la rilevanza della questione alla luce del mutato quadro normativo di riferimento.

Considerato in diritto

1.- Il Consiglio di Stato ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, commi 1 e 2, della legge della Regione Lazio 13 giugno 2007, n. 8 (*Disposizioni concernenti cariche di organi di amministrazione di enti pubblici dipendenti decaduti ai sensi di norme legislative regionali dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale*), per violazione degli articoli 3, 24, 97, 101, 103, 113 e 117, secondo comma, lettera l), della Costituzione.

In particolare, secondo il Collegio rimettente, la violazione dell'art. 97 della Costituzione deriverebbe dalla circostanza che le disposizioni impugnate escludono la obbligatoria reintegrazione del dirigente che sia automaticamente decaduto dall'incarico in base ad una disposizione dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale. Tali disposizioni, nel prevedere la facoltà della Giunta regionale di offrire al dirigente un indennizzo in luogo della reintegrazione e, soprattutto, nel disporre l'obbligo della Giunta stessa di offrire l'indennizzo nel caso di interruzione di fatto del rapporto per un periodo superiore a sei mesi, avrebbero l'effetto – secondo il rimettente – di «reintrodurre la possibilità di far luogo a quel meccanismo di *spoils system* che la Corte costituzionale ha già rilevato non conforme a Costituzione», dal momento che, «a ben vedere, la l. r. n. 8 del 2007 non è altro che una forma onerosa di *spoils system*».

1.2.- In via preliminare, va rilevato che risulta ininfluyente, ai fini di questa decisione, la proposta di legge regionale di modifica delle disposizioni censurate, già approvata e non ancora pubblicata, cui ha fatto riferimento la difesa della parte privata costituita (controinteressata nel giudizio *a quo*), nella sua richiesta, non accolta, di rinvio dell'udienza di discussione. La Corte, infatti, ritiene che il contenuto di tale proposta – che riguarda la sostituzione della originaria previsione alternativa dell'offerta di equo indennizzo (di cui alla lettera b, dell'articolo 1, comma 1, della legge regionale Lazio n. 8 del 2007) con il risarcimento del danno, nonché la ridefinizione dell'ambito temporale di operatività della possibilità della deliberazione alternativa da parte della Giunta regionale (di cui all'art. 1, comma 2) – lascerebbe inalterato, per quanto rileva ai fini della presente questione, l'assetto normativo denunciato come costituzionalmente illegittimo dal giudice *a quo* e non inciderebbe, in considerazione dei profili di legittimità costituzionale prospettati, sulla decisione che il giudice rimettente è chiamato ad adottare.

1.3.- Vanno inoltre disattese le eccezioni di inammissibilità sollevate, nel corso dell'udienza, dalla difesa del controinteressato nel giudizio principale, secondo la quale la questione posta dal rimettente sarebbe priva di rilevanza, da un lato, in ragione dell'intervenuto decorso, nelle more del giudizio, dell'originario termine di durata dell'incarico, e, dall'altro lato, in virtù dell'intervenuta approvazione dell'art. 1, comma 79, della legge regionale 11 agosto 2008, n. 14 (Assestamento del bilancio annuale e pluriennale 2008-2010 della

Regione Lazio), per cui «sono prorogati sino al 30 giugno 2010 i contratti dei direttori generali delle aziende unità sanitarie locali e delle aziende ospedaliere attualmente in carica».

Con riferimento alla prima eccezione di inammissibilità, il giudice rimettente, argomentando in modo non irragionevole, ha ritenuto che il suo potere di concedere la tutela cautelare resti insensibile rispetto alla circostanza di fatto del decorso del termine originariamente fissato per l'incarico, dal momento che «il lasso di tempo occorrente ad ottenere tutela giurisdizionale [...] non può mai risolversi in pregiudizio per la parte che la richiede».

In relazione alla seconda eccezione di inammissibilità, va osservato che una legge che proroghi la durata degli incarichi dei direttori generali in carica non può avere l'effetto di sanare l'eventuale illegittimità degli atti con cui essi sono stati conferiti.

2.- La questione è fondata con riferimento all'art. 97 Cost..

A differenza di quanto accade nel settore privato, nel quale il potere di licenziamento del datore di lavoro è limitato allo scopo di tutelare il dipendente, nel settore pubblico il potere dell'amministrazione di esonerare un dirigente dall'incarico e di risolvere il relativo rapporto di lavoro, è circondato da garanzie e limiti che sono posti non solo e non tanto nell'interesse del soggetto da rimuovere, ma anche e soprattutto a protezione di più generali interessi collettivi. Si tratta di interessi che trovano riconoscimento nelle norme costituzionali, come questa Corte ha di recente chiarito con la sentenza n. 103 del 2007 e, con specifico riferimento alla posizione dei direttori generali di aziende sanitarie locali, con la sentenza n. 104 del 2007. In tale ultima pronuncia, in particolare, la Corte ha affermato che «l'imparzialità e il buon andamento esigono che la posizione del direttore generale sia circondata da garanzie». Le garanzie non mirano soltanto a proteggere il direttore generale come dipendente, ma discendono anche da principi costituzionali posti a protezione di interessi pubblici: l'imparzialità amministrativa, con cui, secondo quanto affermato da questa Corte, contrasta un regime di automatica cessazione dell'incarico che non rispetti il giusto procedimento; il buon andamento, che risulta pregiudicato, sempre in base alla giurisprudenza di questa Corte, da un sistema di automatica sostituzione dei dirigenti che prescindano dall'accertamento dei risultati conseguiti.

Da tutto ciò deriva, sul piano degli strumenti di tutela, che forme di riparazione economica, quali, ad esempio, il risarcimento del danno o le indennità riconosciute dalla disciplina privatistica in favore del lavoratore ingiustificatamente licenziato, non possono rappresentare, nel settore pubblico, strumenti efficaci di tutela degli interessi collettivi lesi da atti illegittimi di rimozione di dirigenti amministrativi. In particolare, la circostanza che il direttore generale di azienda sanitaria locale, rimosso automaticamente e senza contraddittorio, riceva, in applicazione della disposizione legislativa regionale impugnata, un ristoro economico, non attenua in alcun modo il pregiudizio da quella rimozione arrecato all'interesse collettivo all'imparzialità e al buon andamento della pubblica amministrazione. Tale pregiudizio, anzi, appare in certa misura aggravato, dal momento che, come correttamente rileva il Collegio rimettente alludendo ad una «forma onerosa di *spoils system*», la collettività subisce anche un aggiuntivo costo finanziario: all'obbligo di corrispondere la retribuzione dei nuovi dirigenti sanitari, nominati in sostituzione di quelli automaticamente decaduti, si aggiunge, infatti, quello di corrispondere a questi ultimi un ristoro economico.

Gli altri profili di censura restano assorbiti.

Per questi motivi la Corte Costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, commi 1 e 2, della legge della Regione Lazio 13 giugno 2007, n. 8 (*Disposizioni concernenti cariche di organi di amministrazione di enti pubblici dipendenti decaduti ai sensi di norme legislative regionali dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale*).

Così deciso in Roma, nella sede della Corte Costituzionale, Palazzo della Consulta, il 22 ottobre 2008».

A.D.S. di Catanzaro – Parere del 2 ottobre 2008 n. 24046 ^(*)

Istanza di aggiornamento informative antimafia ex art. 10, comma 8, d.P.R. 3 giugno 1998, n. 252 (consultivo 6845/08, avvocato A. Mezzotero).

«(...) codesta Prefettura ha richiesto il parere di questa Avvocatura in ordine all'istanza di aggiornamento delle informative antimafia afferenti le Società (...)», formulata, ai sensi dell'art. 10, comma 8, seconda alinea, dalla [X] S.p.A. con istanza del 9 agosto 2008.

Considerata la particolare complessità delle questioni sottese alla consultazione richiesta alla Scrivente, in disparte alla novità del tema che involge i rapporti tra il sistema delle informative antimafia e l'istituto del *trust*, giova preliminarmente ricostruire la vicenda da cui muove l'istanza di aggiornamento delle informative antimafia formulata dalla [X] S.p.A.

Con sentenza n. 81/2008 del 9 giugno 2008, il G.I.P. presso il Tribunale di Catanzaro ha condannato V. (...) – titolare di gran parte delle azioni delle suindicate Società (...) – alla pena di 4 anni di reclusione, per i reati di cui agli artt. 110 e 416-*bis* c.p.; per i reati di cui agli artt. 81, 110, 479 c.p. – con l'aggravante di cui all'art. 7, l. n. 203/1991; nonché per i reati di cui agli artt. 81, 110, 319, 321 c.p., e art. 5, l. Cost. n. 1/1999, art. 86, d.P.R. n. 570/1960, e art. 1, l. n. 108/1968, con l'aggravante di cui all'art. 7, l. n. 203/1991.

In ragione di tale condanna, nel corso del luglio 2008, codesta Prefettura ha provveduto ad emettere numerosi provvedimenti interdittivi ex art. 10, d.P.R. n. 252/1998, oltre che a svolgere accertamenti successivi ai sensi dell'art. 11, 3 comma, d.P.R. n. 252/1998, afferenti le Società (...); in questo contesto, in particolare, risulta essere stata emessa la nota informativa del 29 luglio 2008, prot. n. 15118-2008-AREA 1/AM, inoltrata all'Ufficio del Commissario Delegato per il superamento della situazione di criticità ambientale nel territorio della Regione Calabria (istituito ai sensi dell'art. 10, O.P.C.M. n. 3690 del 4 luglio 2008), in forza della quale il Commissario delegato *pro tempore* (con ordinanza n. 7247 dell'8 agosto 2008) ha provveduto ad *inibire i conferimenti presso la discarica privata per rifiuti non pericolosi sita in loc. (...) di proprietà e gestita dalla società S. S.p.A.*

Con la citata istanza del 9 agosto 2008 – acquisita al protocollo di codesta Prefettura al n. 16637/08/AM –, la medesima [X] S.p.A., in persona del suo amministratore unico (...), ha chiesto l'aggiornamento delle informazioni antimafia ex art. 10, comma 8, seconda alinea, d.P.R. n. 252/1998, adducendo il verificarsi di decisivi mutamenti dell'assetto organizzativo e gestio-

^(*) Il parere è stato reso dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Catanzaro in via ordinaria

nale delle Società (...), tali da far venir meno la rilevanza dei precedenti elementi ostativi al rilascio di informazioni favorevoli: tali sopravvenienze consisterebbero nell'avvenuta costituzione di un *trust*, per effetto del quale è stata disposta la segregazione di tutte le partecipazioni sociali (dello stesso V.) all'omonimo Gruppo societario, giusto atto (...), oltre che nelle dimissioni dello stesso V. dalla funzione di Dirigente della [X] S. p.A., con atto comunicato in data 5 agosto 2008. Conclude, pertanto, la [X] S. p.A. sostenendo che sarebbero venute meno le circostanze prima rilevanti ai fini dell'accertamento dei tentativi di infiltrazione mafiosa, cui conseguirebbe l'aggiornamento delle informative ai sensi dell'art. 10, comma 8, d.P.R. n. 252/1998.

Ciò posto, al fine di rendere il parere richiesto, si ritiene opportuno – in considerazione della complessità della materia – fornire un breve inquadramento della normativa di riferimento, a corredo degli elementi su cui (in generale) si fonda l'informativa prefettizia nelle diverse tipologie conosciute dall'ordinamento. Le considerazioni che al riguardo si svolgeranno valgono – salve le peculiarità che si segnaleranno nella parte conclusiva della presente consultazione – anche con riferimento al procedimento di secondo grado avviato su istanza della [X] S.p.A. del 9 agosto 2008 volto all'aggiornamento delle informazioni e disciplinato dall'art. 10, comma 8, d.P.R. n. 252/1998.

Tale analisi consentirà di verificare la sussistenza o meno dei tentativi di infiltrazione mafiosa nella nuova struttura societaria (da intendere in senso lato) costituita per effetto del *trust*, analizzandone le peculiarità principali enucleate dalla dottrina e dalla (finora modesta) giurisprudenza formatasi in materia.

Com'è noto, il sistema delle informative è stato fortemente innovato dal D.Lgs. 8 agosto 1994, n. 490 (successivamente modificato ed integrato dal d.P.R. 3 giugno 1998, n. 252), che ha sostituito alla certificazione prodotta dal concorrente la trasmissione diretta alla stazione appaltante, a cura della Prefettura competente per territorio, della documentazione e delle notizie rilevanti.

L'art. 4, D.Lgs. n. 490 del 1994 sancisce il divieto di contrattazione con la p.a., esplicitato anche nella formula del divieto di approvazione o autorizzazione dei contratti, ove sia maturata a carico dell'impresa una delle due seguenti circostanze:

a) quando l'informazione prefettizia comunichi la sussistenza a carico dei soggetti responsabili dell'impresa (così come puntualmente identificati dalla legge) delle cause di divieto o di sospensione dei procedimenti indicate nell'allegato 1, D.Lgs. *cit.* (ossia le cause di divieto, di sospensione o di decadenza previste dall'art. 10, l. 31 maggio 1965, n. 575, che, a sua volta, si riferisce all'applicazione di misure di prevenzione ovvero all'applicazione provvisoria di provvedimenti giudiziari interdittivi nel corso del procedimento aperto per l'applicazione delle dette misure);

b) quando la Prefettura trasmetta (alla stazione appaltante) “*informazioni relative ad eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa*” tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società od imprese interessate.

Giova chiarire che il divieto di contrarre (inteso in senso ampio) costituisce una misura cautelare di tipo spiccatamente preventivo, che mira a contrastare l'azione del crimine organizzato, colpendo gli interessi economici delle associazioni, *anche a prescindere dal concreto accertamento in sede penale di uno o più reati che vi siano direttamente connessi*.

In particolare, alla stregua della normativa contenuta nel D.Lgs. n. 490 del 1994 e nel d.P.R. n. 252 del 1998, la giurisprudenza (tra le tante, Cons. St., sez. IV, 25 luglio 2001, n. 4065; id. 1 marzo 2001, n. 1148; Cons. St., sez. V, 24 ottobre 2000, n. 5710; Cons. giust. amm. reg. sic., 16 settembre 2002, n. 543) ha delineato *tre categorie di informative prefettizie*:

1.- la prima, ricognitiva di cause di divieto, di per sé interdittive, ai sensi dell'art. 4, comma 4, D.Lgs. n. 490 del 1994 (che nel sistema del d.P.R. n. 252 del 1998 possono identificarsi con "*le situazioni relative ai tentativi di infiltrazione mafiosa*" desunte dalle lett. a) e b) del comma 7 dell'art. 10);

2.- la seconda, relativa ad eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o delle imprese interessate, la cui efficacia interdittiva discende da una valutazione del Prefetto e che nel sistema del d.P.R. n. 252 del 1998 possono identificarsi negli elementi emersi dagli accertamenti di cui alla lett. c), comma 7, dell'art. 10, d.P.R. *cit.*;

3.- la terza, relativa alle informazioni supplementari e atipiche, il cui effetto interdittivo è rimesso ad una valutazione autonoma e discrezionale dell'amministrazione destinataria dell'informativa prevista dall'art. 1-*septies*, d.l. 6 settembre 1982, n. 629, convertito con modificazioni dalla l. 12 ottobre 1982, n. 726 (articolo aggiunto dall'art. 2, l. 15 novembre 1988, n. 486, e richiamato dall'art. 10, comma 9, d.P.R. n. 252 del 1998), "*fondata sull'accertamento di elementi i quali, pur denotando il pericolo di collegamento fra imprese e la criminalità organizzata non raggiungono la soglia di gravità prevista dall'art. 4, D.Lgs. 490/1994 (...) perché non integranti del tutto il tentativo di infiltrazione*" (in proposito, si vedano, tra le tante, Cons. St., sez. VI, 6 maggio 2008, n. 2014; Cons. St., sez. VI, 16 aprile 2003, n. 1979). Tuttavia, in forza dell'art. 113, R.d. n. 827/1924, tale informativa, anche se "*priva di efficacia interdittiva automatica, consente l'attivazione degli ordinari poteri discrezionali di ritiro del contratto da parte della stazione appaltante*" (così, Cons. St., sez. VI, 16 aprile 2003, n. 1979).

Chiara è, dunque, la distinzione tra l'informativa antimafia tipica, adottata ai sensi dell'art. 10, d.P.R. n. 252/1998, e quella cd. atipica di cui all'art. 1-*septies*, d.l. n. 629/1982: la prima determina una situazione generalizzata di incapacità a contrarre nei confronti di qualsiasi pubblica amministrazione, diversamente dall'informativa atipica, che ha un valore meramente endoprocedimentale, circoscritto all'amministrazione cui è indirizzata che rimane titolare di un potere discrezionale circa la valutazione delle informazioni ricevute ai fini dell'affidamento dell'appalto. Inoltre, mentre nel caso di informativa prefettizia antimafia cd. atipica *ex art. 1-septies*, d.l. n. 629/1982, la stazione appaltante conserva una potestà discrezionale e deve autonomamente valutare le informazioni ricevute senza procedere automaticamente all'esclusione del-

l'impresa, con la conseguenza che i provvedimenti di mantenimento o di risoluzione del rapporto sono comunque il frutto di una scelta motivata della stazione appaltante, nel caso invece dell'informativa antimafia ex art. 10, d.P.R. n. 252/1998, la stazione appaltante non ha alcun potere discrezionale atteso che l'esclusione dell'impresa deriva direttamente dall'atto prefettizio (in ordine a tale distinzione, tra le più recenti, si vedano: T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 9 luglio 2008, n. 6487; Cons. St., sez. V, 28 marzo 2008, n. 1310; id. 12 febbraio 2008, n. 491; Cons. St., sez. VI, 3 maggio 2007, n. 1948).

Per quanto non rilevi direttamente ai fini della consultazione richiesta alla Scrivente, è appena il caso di aggiungere, per completezza, che, ai sensi dell'art. 1, lett. e), d.P.R. 252/1998, la documentazione relativa ai requisiti antimafia di un soggetto non è richiesta dall'Amministrazione per provvedimenti e contratti di valore inferiore a trecento milioni delle vecchie lire, pari ad €. 154.937,07. In buona sostanza, l'acquisizione dell'informativa antimafia *sub* 1) e 2) – nell'ambito della disciplina dettata dal D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture) – è obbligatoria per i contratti sopra soglia comunitaria (fissata dall'art. 28, comma 1, lett. c), D.Lgs. n. 163/2006, in €. 5.278.000,00), mentre sussiste un potere discrezionale per le stazioni appaltanti di richiedere alla Prefettura l'informativa antimafia, di cui all'art. 10, d.P.R. n. 252/1998, anche nel caso di gara d'appalto di importo inferiore alla soglia comunitaria, ma non inferiore a trecento milioni delle vecchie lire (pari ad €. 154.937,07), limite espressamente previsto dal cit. art. 1, lett. e) (si veda, in proposito, Cons. St., sez. VI, 29 gennaio 2008, n. 240; da ultimo, Cons. St., sez. V, 19 settembre 2008, n. 4533, secondo cui: *“Il d.P.R. n. 252/1998 impone, da un lato, l'obbligo assoluto di acquisire l'informativa antimafia qualora l'importo della gara di appalto superi la soglia comunitaria (art. 10); dall'altro, esclude la richiesta di tale informativa nel caso di appalti di importo inferiore a Lire 300 milioni (art. 1 lett. e). Al di là di questi due valori (da £. 300 milioni alla soglia comunitaria), la normativa non dà alcuna specifica indicazione (se debba valere il solo certificato camerale antimafia ovvero se sia ammessa, in aggiunta a questo, la possibilità di richiedere informazioni), per cui, in questa zona non regolamentata, non può escludersi l'esercizio della discrezionalità della stazione appaltante, nel senso che la stessa è legittimata a richiedere le informazioni antimafia, e che, una volta formulata la richiesta, il Prefetto sia tenuto a dare seguito a tale richiesta”*).

Giova evidenziare, sotto altro profilo, che – riguardo alle informative antimafia (e, in particolare, a quella di cui all'art. 10, comma 7, lett. c), d.P.R. 3 giugno 1998, n. 252) – il Prefetto esercita un potere di accertamento di massima ampiezza, in ragione della preminente esigenza di tutelare, anche nella fase istruttoria, l'interesse generale all'ordine ed alla sicurezza pubblica, ed anche in relazione al settore dei contratti tra mondo imprenditoriale e Pubblica Amministrazione. Del resto, è stato osservato come il concetto di *“tentativo di infiltrazione mafiosa”* si presenta estremamente sfumato e differenziato rispetto alla configurazione che si ha in sede normativa di fenomeni criminali di stampo associativo mafioso, e ciò sia nell'ambito del pro-

cesso penale che del procedimento volto all'adozione di misure di prevenzione, tantoché anche il relativo potere di accertamento da parte del Prefetto si caratterizza per l'estrema duttilità dei mezzi all'uopo destinati che possono assumere (in pratica) qualsiasi forma. Infatti, la giurisprudenza ha precisato che per l'adozione dell'informativa antimafia *“non occorre né la prova di fatti di reato, né la prova dell'effettiva infiltrazione mafiosa nell'impresa, né la prova del reale condizionamento delle scelte dell'impresa da parte di associazioni o soggetti mafiosi, essendo sufficiente il “tentativo di infiltrazione” avente lo scopo di condizionare le scelte dell'impresa, anche se tale scopo non si è in concreto realizzato”* (così, con diffusa motivazione, T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 12 febbraio 2007, n. 38; da ultimo, si vedano, T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 9 luglio 2008, n. 6487; Cons. St., sez. VI, 29 febbraio 2008, n. 756).

Sovente la sussistenza del tentativo di infiltrazione prescinde dall'accertamento della sua genesi, risolvendosi nel mero riscontro del fatto che l'impresa costituisca comunque *uno strumento, anche per interposta persona*, di ingerenza da parte di organizzazioni criminali in specifici rapporti con l'Amministrazione Pubblica. In tal senso, a mero titolo esemplificativo, è utile ricordare che la giurisprudenza ha ritenuto legittima l'informativa prefettizia ex art. 10, d.P.R. n. 252/1998 adottata per soggetti *“indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso, alla camorra o ad altre associazioni, comunque localmente denominate, che perseguano finalità, o agiscano con metodi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso”* (art. 1, l. 31 maggio 1965, n. 575) *in presenza di stretti rapporti familiari con soggetti coinvolti nell'ambiente di criminalità organizzata*. Sicché, facendo applicazione dei principi fin qui esposti, si è, in particolare, precisato che *“è pertanto legittima una informativa antimafia, secondo la quale sussistono tentativi di infiltrazione della criminalità organizzata, motivata facendo riferimento: 1) al fatto che il titolare dell'impresa risulta “gravitare nell'ambito di influenza di nota cosca mafiosa”, essendo stato deferito all'Autorità Giudiziaria per “estorsione, danneggiamento, violazione della legge sulle armi, associazione mafiosa ed altro”, a nulla rilevando che con sentenza del Tribunale – ufficio del Giudice per le indagini preliminari – sia stato prosciolto; 2) agli stretti rapporti di parentela (nella specie il riferimento era al padre ed al cognato), atteso che spesso nel settore in questione – secondo dati di comune esperienza – esistono veri e propri sodalizi familiari, tali da rendere non irrilevante – sul piano presuntivo – tali circostanze”* (così, Cons. St., sez. VI, 19 agosto 2008, n. 3958).

L'ampiezza della discrezionalità del Prefetto comporta, quale immediata conseguenza processuale, che la valutazione prefettizia è sindacabile in sede giurisdizionale solo se emergano manifesti vizi logici e di congruità con riguardo alle informazioni assunte o alle deduzioni che da esse sono state tratte (così, T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 12 febbraio 2007, n. 38; nella stessa direzione, *ex multis*, T.A.R. Campania, Napoli, III, 19 settembre 2007, n. 7875; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 12 aprile 2006, n. 3540, nonché, da ultimo, Cons. St., sez. VI, 19 agosto 2008, n. 3658; T.A.R. Lazio, Roma,

sez. III, 1 luglio 2008, n. 6348 e Cons. St., sez. VI, 17 luglio 2008, n. 3603, secondo cui: “*È illegittima una informativa prefettizia antimafia secondo cui sussisterebbero tentativi di infiltrazione della criminalità organizzata in una società che si fonda su di un quadro istruttorio lacunoso ed incongruo e su affermazioni apodittiche e sostanzialmente prive di concreti ed attuali riscontri fattuali*”) ovvero quando non dia conto, con motivazione adeguata, dell’attualità del rischio dell’infiltrazione (T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 4 aprile 2008, n. 493; Cons. St., sez. V, 27 giugno 2006, n. 4135).

Si ritiene, peraltro, che la valutazione rimessa all’autorità prefettizia dalla normativa di riferimento per quanto attiene alla sussistenza di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società interessate, per la specifica natura del giudizio formulato, è connotata dall’utilizzo di peculiari cognizioni di tecnica investigativa e poliziesca e, pertanto, può definirsi tipico esercizio di discrezionalità tecnica, che esclude la possibilità per il giudice amministrativo di svolgere un sindacato pieno e assoluto, ma non impedisce allo stesso di formulare un giudizio di logica e congruità delle informazioni assunte e di poter eventualmente rilevare se *ictu oculi* i fatti riferiti dal Prefetto configurino o meno la fattispecie prevista dalla norma (T.A.R. Campania, Napoli, III, 4 aprile 2002 n. 1861).

La motivazione dell’informativa prefettizia dovrà, dunque, essere esternata con rigore logico alla luce di specifici elementi indiziari esitati dall’istruttoria compiuta, onde fugare ogni dubbio di ragionevolezza e di logicità dell’azione amministrativa (si veda, a tal proposito, Cons. St., sez. VI, 9 settembre 2008, n. 4306, secondo cui “*Anche se è vero infatti che il giudizio penale, anche quando nettamente formulato in senso contrario, non esclude che l’Amministrazione possa individuare elementi di sospetto a carico dell’interessato, l’Amministrazione stessa ha in ogni caso il dovere – essendo il giudice penale signore del fatto – di motivare con il massimo rigore la sua valutazione sul pericolo di condizionamento mafioso*”); l’informativa antimafia, quindi, “*deve fondarsi su di un quadro fattuale di elementi che, pur non dovendo assurgere necessariamente a livello di prova (anche indiretta), siano tali da far ritenere ragionevolmente, secondo l’id quod plerumque accidit, l’esistenza di elementi che sconsigliano l’instaurazione di un rapporto con la pubblica amministrazione*” (Cons. St., VI, 29 febbraio 2008, n. 756).

Tanto chiarito in ordine alla vigente disciplina delle informative prefettizie antimafia, occorre a questo punto procedere ad esaminare l’atto istitutivo del “Trust V.” (così denominato nello stesso atto istitutivo), onde acclarare – in punto di diritto – l’ingerenza dello stesso V. nella gestione sociale delle Società (...), nonostante la segregazione delle sue partecipazioni societarie in *trust*.

L’indagine va, dunque, condotta con riguardo alla descrizione analitica del struttura fiduciaria del *trust* in esame, ad integrazione di quanto già puntualmente ravvisato da codesta Prefettura con la nota qui in riscontro, precisando che, com’è intuibile, non è possibile in questa sede analizzare in modo diffuso ed organico tutti i problemi applicativi posti da tale istituto (molti dei quali di rilievo eminentemente teorico e comunque eccentrici rispetto all’ambito della consultazione richiesta alla Scrivente da codesta Prefettura).

A tal fine, giova illustrare la natura, la struttura e gli effetti di tale negozio giuridico di derivazione anglosassone, che ha avuto ingresso nel nostro ordinamento attraverso la Convenzione dell'Aja, approvata l'1 luglio 1985 dalla *Conférence de La Haye de droit international privé*, ratificata dall'Italia con la legge n. 364/1989 ed entrata in vigore nel gennaio del 1992 (in argomento, per eventuali approfondimenti, tra i tanti contributi della dottrina, si segnalano, in particolare: ANELLI, *Fiducia e trust*, in *Trattato del contratto*, a cura di ROPPO, vol. III, 736 ss., 2006, Milano, Giuffrè; BARTOLI, *Prime riflessioni sull'art. 2645 ter c.c. e sul rapporto fra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, in *Corriere del merito*, 2006, 6, 697 ss.; D'AMBROSIO, *Trust interno: così la validità in Italia*, in *Diritto e giustizia*, D&G, 2005, f. 38, 37 ss.; LOPILATO, *I trusts interni*, in *Questioni attuali sul contratto, approfondimenti tematici e giurisprudenza annotata*, 2004, Milano, Giuffrè, 383 ss., ove ulteriori riferimenti dottrinali ed indicazione della giurisprudenza pronunciata in materia; LUPOI, *Trusts*, Milano, 2001; MAZZAMUTO, *Il trust*, in *Manuale di diritto privato europeo (Parte VII, Cap. XXXII)*, a cura di CASTRONOVO e MAZZAMUTO, 2007, Milano, Giuffrè).

L'istituto del *trust* nasce nell'ambito dell'evoluzione giurisprudenziale dell'*Equity*, propria dei sistemi giuridici (anglosassoni) di *common law*, la quale costituisce un insieme di principi di diritto che intervengono, in via suppletiva, ogniqualvolta l'applicazione dello stretto diritto risulti in concreto iniqua, operando come criterio di giustizia che tiene conto delle particolarità del caso di specie e delle correlate circostanze umane, al fine di realizzare la cd. "giustizia del caso concreto".

Come segnalato dalla dottrina (per tutti, si veda MAZZAMUTO, *op. cit.*), il *trust* è una figura giuridica atipica molto controversa, suscettibile di essere adattata ad una molteplicità di rapporti, certamente di natura patrimoniale. In ogni caso, il punto di arrivo del complesso dibattito dottrinale intorno a tale istituto è rappresentato dalla sua qualificazione come negozio atipico traslativo di diritti (reali, di natura obbligatoria o di aspettativa), la cui costituzione è ritenuta ammissibile a condizione che esso sia sorretto da una causa giustificatrice e sia finalizzato a perseguire scopi meritevoli di tutela alla stregua del nostro ordinamento (in tal senso, LUPOI, *op. cit.*, 265-267; in giurisprudenza, Trib. Velletri, ord. 29 giugno 2005, n. 11, in *Corr. giur.*, 5, 2006). Si esclude, poi, che il *trust* abbia natura contrattuale (in tal senso, Trib. Napoli, 1 ottobre 2003, in *Diritto e Giustizia*, D.&G., 2004, f. 8, 92).

Con estremo sforzo di schematizzazione del *trust* può essere fornita la seguente definizione: si tratta di un insieme di rapporti giuridici caratterizzati dalla presenza di un soggetto – il disponente – che trasferisce beni o diritti ad un altro soggetto – il *trustee* – il quale assume l'impegno di impiegare quanto ricevuto per il soddisfacimento dell'interesse di uno o più soggetti – i beneficiari – o per un fine determinato.

Dal punto di vista strutturale, quindi, il *trust* consiste in un rapporto giuridico tra più soggetti: il *settlor* (o disponente), il *trustee* e i *beneficiaries*.

Il *settlor* dispone di una massa di beni a favore del *trustee*, il quale ne acquista la piena proprietà formale (*trust property*). Allo stesso modo, il *tru-*

stee si vincola al perseguimento di un fine a lui soggettivamente estraneo (cd. *trust* di scopo) e che può assumere i contenuti più vari (per lo più, è volto a beneficiare soggetti terzi: *beneficiaries o cestuis que trust*; in tal caso si parla di *trust* a beneficiari determinati).

I *beneficiaries* vantano, pertanto, un diritto di credito nei confronti del *trustee* (in dottrina, LUPOI, *op. cit.*), avente ad oggetto: a) il rendiconto della gestione ad opera del *trustee* in conformità degli obblighi fiduciari indicati nell'atto istitutivo del *trust*; b) il trasferimento dei beni alla cessazione del *trust*. Di ciò ha preso atto il Legislatore tributario individuando, ai fini dell'imposizione sui redditi, due principali categorie di *trust*: a) *trust* con beneficiari individuati, i cui redditi vengono imputati per trasparenza ai beneficiari stessi; b) *trust* senza beneficiari individuati, i cui redditi vengono tassati direttamente in capo al *trust* (si veda, a tal proposito, la disciplina dettata dalla Legge finanziaria per il 2007, art. 1, comma 74 e segg.).

Si è accennato che, secondo la dottrina maggioritaria, “l'istituto del *trust* non si identifica né con un contratto né con una persona giuridica né con un ente autonomo. È, altresì, da rifiutare una ricostruzione del *trust* incentrata: a) sulla presunta scissione del diritto di proprietà in una proprietà formale in capo al *trustee* e in una proprietà sostanziale in capo ai beneficiari (c.d. equitable ownership); b) sulla coesistenza in ordine ai beni costituiti in *trust* di più diritti reali di contenuto diverso” (cfr., MAZZAMUTO, *op. cit.*). In buona sostanza, non vi è nessuna doppia proprietà sui beni segregati in *trust*. Infatti, il diritto dei beneficiari nei sistemi di diritto civile (*civil law*) non è un diritto reale, ma personale verso il *trustee* (così Corte Giust., 17 maggio 1992, in causa C-294/92, caso *Webb v. Webb*).

Il *settlor* affida la proprietà (formale) esclusiva dei beni conferiti in *trust* al *trustee*, al quale è demandata la gestione del patrimonio segregato allo scopo prefigurato dal medesimo disponente e, per quanto riguarda il caso di specie, “allo scopo di consentire, per tutto il periodo di vigenza del *Trust*, l'amministrazione indipendente da parte del *Trustee* del patrimonio conferito in *Trust* (...) nell'interesse dei beneficiari” (cfr. pag. 6 dell'atto istitutivo del “*Trust V.* (...)).

Così il *trustee*, dal canto suo, non è un rappresentante né un mandatario del *settlor*, o del beneficiario o del *trust* (Corte giust., 17 maggio 1992, C-294/92, *cit.*).

Ciò nondimeno, i beni conferiti in *trust* non si confondono con il patrimonio personale del *trustee*, costituendo piuttosto un patrimonio separato (cd. *effetto segregativo*), tantoché il patrimonio conferito in *trust* non può essere aggredito dai creditori (né dagli aventi causa) personali del disponente e/o del *Trustee*, così formando una massa separata e distinta. In tal senso, si pone l'art. 1, comma 74 e segg., l. 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria 2007), riconoscendo al *trust* un'autonoma soggettività tributaria rilevante ai fini dell'imposta tipica delle società (IRES), degli enti commerciali e non commerciali (sull'interpretazione di tale norma, si veda la circolare dell'Agenzia delle Entrate, Direzione Centrale Normativa e Contenzioso, 6 agosto 2007, n. 48/E).

Pertanto, sempre secondo la ricostruzione che dell'istituto fornisce la dottrina, dopo la costituzione del *trust*, il *settlor* non è più titolare di un interesse giuridicamente rilevante sui beni conferiti in *trust*. E ciò in ragione del fatto che il patrimonio segregato entra a far parte della sfera giuridica del *trustee*. Sicchè, in via generale, il disponente non può influenzarne le scelte amministrative del *trustee*, salvo il caso in cui lo stesso si sia riservato dei diritti nella qualità di beneficiario. La posizione del disponente si caratterizza, dunque, per la perdita definitiva del controllo sui beni costituiti in *trust*, nonché per la mancanza di qualsiasi strumento di tutela azionabile nei confronti del *trustee*, qualora questi impieghi i beni per una finalità diversa da quella indicata dallo stesso disponente.

Invero, il *trustee* gode di discrezionalità nell'esercizio dei suoi compiti, ma è vincolato al rispetto degli obblighi di *carattere fiduciario, volti alla salvaguardia dell'interesse dei beneficiari*. Il vincolo funzionale che caratterizza la sua posizione giustifica la limitazione all'esercizio del diritto formalmente trasferitogli (ammesso che di un vero e proprio trasferimento si possa parlare), con l'ulteriore conseguenza di non poter distrarre a proprio favore le utilità derivate dai beni, che devono essere destinate a favore dei beneficiari o della finalità programmata.

Mette conto evidenziare che il disponente può (come di fatto è avvenuto nel caso di specie) nominare altresì un *protector* per garantirsi un controllo più pregnante sull'operato del *trustee*. Infatti, il *protector* è una persona (fisica o giuridica) di fiducia del *settlor*, con il compito di vigilare e verificare che le indicazioni contenute nell'atto istitutivo del *trust* siano rispettate. A tal fine, lo stesso *protector* ha il potere/dovere di sostituire il *trustee*, qualora questi si rendesse inadempiente.

Esaminati (in generale) i profili funzionali e strutturali del *trust*, del quale si è illustrata anche la natura giuridica (negoziale e non contrattuale, secondo la tesi maggioritaria), si passa ora ad esaminare nel dettaglio le singole disposizioni dell'atto istitutivo del "*Trust V.*", alla stregua dei principi suesposti.

Da un'attenta disamina dell'atto istitutivo del "*Trust V.*" trasmesso alla Scrivente è dato desumere quanto segue.

1.- Con atto (...), V., nella sua veste di disponente, ha istituito un *trust* (denominato "*Trust V.*"), *irrevocabile e discrezionale*, a favore del proprio coniuge (...) (alla quale è legato in regime di separazione dei beni), nonché a favore delle due figlie (...), individuate nell'atto pubblico quali beneficiarie;

2.- il *trust* è regolato dalla legge sul *trust* inglese, consentendo l'art. 6 della Convenzione dell'Aja al disponente di scegliere la legge alla quale sottoporre il *trust* e ciò indipendentemente dalla sussistenza di elementi oggettivi di collegamento;

3.- la durata del *trust* è fissata in *tre anni* (a far data dalla sottoscrizione del medesimo atto istitutivo, ossia dal 7 agosto 2008), termine allo spirare del quale il patrimonio conferito sarà distribuito – in parti eguali fra loro – a favore dei beneficiari su indicati, fatta salva l'eventuale proroga (cfr., pag. 3 dell'atto istitutivo "*Trust V.*");

4.- V.R., nella sua qualità di disponente, ha nominato quale *Trustee B.*, già ragioniere-commercialista della [Y] S.p.A. fino al 2007. Dal carteggio

trasmesso risulta che, con successivo atto (...), allo stesso B. è poi succeduto nella carica di *trustee* il dott. T., già Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di (...), oggi in quiescenza;

5.- con l'atto istitutivo, il disponente ha nominato (in modo irrevocabile) quale *protector* il proprio fratello; allo stato risulta che, con istanza del 17 settembre 2008, V. abbia chiesto al Presidente del competente Tribunale di voler provvedere all'elezione di un nuovo *Protector*, tra due nominativi indicati dallo stesso disponente (di cui non è riportato il nominativo nel carteggio trasmesso);

6.- l'atto istitutivo del *trust* (pag. 6) prevede, quale scopo precipuo del negozio giuridico, *l'amministrazione indipendente da parte del Trustee del patrimonio conferito in Trust al fine di garantire l'integrità dello stesso patrimonio a favore dei beneficiari. Il Trust, pertanto, svolgerà una funzione di garanzia di integrità e di buona amministrazione nell'interesse dei beneficiari stessi;*

7.- per l'effetto, a mente dell'art. 4 (rubricato: *poteri del Trustee*) dell'atto costitutivo *"Il Trustee (...) diviene proprietario del patrimonio che gli viene trasferito a tale titolo e, pertanto, è legittimato a compiere qualunque atto di amministrazione ordinaria e straordinaria e di disposizione, nessuno escluso, come spettanti al pieno proprietario"*. Lo stesso art. 4 dispone, altresì, che lo stesso Trustee *gode e dispone dei beni del Trust, senza alcuna limitazione e senza dover mai giustificare i propri poteri che coincidono con quelli che la legge riconosce al proprietario o titolare dei beni del Trust, potendo anche disporre dell'eventuale capitale ove i redditi non fossero sufficienti allo scopo proposto;*

8.- inoltre, l'art. 7 (rubricato: *successione del Trustee*) dell'atto costitutivo dispone che *"La nomina di un nuovo Trustee deve avvenire per atto pubblico. Nel caso in cui sia stato nominato un solo Trustee, il Trustee, previo consenso del Protector, può nominare uno o più Trustees affinché gli succedano secondo le regole previste dalla legge regolatrice del Trust"*, prevedendo, ulteriormente, che *"Nel caso siano stati nominati più Trustees, ciascun Trustee, previo consenso degli altri Trustees nominati e del Protector, può nominare un Trustee affinché gli succeda secondo le regole previste dalla legge regolatrice del Trust"*.

Alla luce di tali peculiari caratteristiche del *"Trust V."*, è da ritenere che, nonostante la formale segregazione in *trust* delle proprie azioni, il disponente esercita in ogni caso un'influenza dominante (ed effettiva) sulle Società dell'omonimo Gruppo.

Depongono in tal senso le seguenti considerazioni.

1.- In primo luogo, si rappresenta che la gestione del patrimonio segregato – per quanto possa dirsi *"indipendente"* – è affidata ad un professionista di fiducia del V., il quale (come già evidenziato) può essere revocato dal *protector*, a sua volta uomo di fiducia dello stesso V., ad oggi il fratello;

2.- tuttavia, se da un lato è già stata inoltrata istanza al Presidente del competente Tribunale per la sostituzione dell'attuale *protector*, fratello del disponente, dall'altro lato, non può sottacersi il fatto che lo stesso *settlor* abbia individuato due persone di fiducia quali possibili candidati alla carica

di *protector* (si veda, in proposito, quanto disposto dall'art. 6, pag. 10, dell'atto istitutivo del "Trust V."). In merito, la dottrina ha precisato che attraverso la figura del *protector*, istituito dal disponente nell'atto costitutivo ovvero anche in un momento successivo, è possibile controllare la gestione fiduciaria e vigilare sulla fedeltà e sulla diligenza del trustee (per un'ampia analisi della figura del *protector*, si rinvia a TARISSI DE JACOBIS, *Il Guardiano e la sua successione*, in *Trust e attività fiduciaria*, 2000, 1, 123 ss.).

3.- inoltre, l'atto istitutivo del *trust* di che trattasi sancisce espressamente (cfr., pag. 3, ultimo periodo) che, in caso di premorienza di uno dei beneficiari (moglie e figlie del V.), la proprietà dei beni conferiti in *trust* verrà assegnata "ai suoi eredi legittimi", tra i quali deve certamente includersi l'odierno disponente;

4.- la discrezionalità in capo al disponente di nominare altri beneficiari e/o revocare quelli già nominati è un rilevante sintomo di ingerenza (anche potenziale) dello stesso *Settlor* nella gestione del patrimonio segregato. Non può, infatti, escludersi che egli possa nominare se stesso quale beneficiario del *Trust*.

5.- occorre, inoltre, sottolineare che, ai sensi dell'art. 10 (*reddito del Trust*) dell'atto istitutivo del "Trust V.", "Il reddito del Trust (...) sarà dal Trustee distribuito in parti uguali ai beneficiari". A tal proposito, si ribadisce che i beneficiari del *trust* in esame sono i familiari conviventi del medesimo disponente: in particolare, oltre alla moglie, risultano essere beneficiari le due figlie del *Settlor*, ad oggi di anni 17. Sicché, V. – esercente la potestà genitoriale sulle figlie-beneficiarie – ha, allo stato, in comune con la propria moglie (altra beneficiaria), il godimento e la sostanziale disponibilità dei redditi dei beni percepiti dalle figlie-minorenni. Ne consegue che il medesimo disponente vanta così – anche formalmente – un diritto di usufrutto (legale) sui redditi prodotti dai beni segregati in *Trust*, spettanti alle figlie *ex art. 10 "Trust V."*. Dispone, infatti, l'art. 324 c.c. (*usufrutto legale*) che "I genitori esercenti la potestà hanno in comune l'usufrutto dei beni del figlio". Al riguardo, si richiama, inoltre, la disciplina dettata dall'art. 4 (*Coniugi e figli minori*) del d.P.R. n. 917/86 (Testo Unico delle Imposte sui Redditi): "Ai fini della determinazione del reddito complessivo o della tassazione separata: (...) c) i redditi dei beni dei figli minori soggetti all'usufrutto legale dei genitori sono imputati per metà del loro ammontare netto a ciascun genitore".

Di fatto (e di diritto) il disponente percepisce i redditi che scaturiscono dal *Trust*.

Invero, se da un lato, V. – nella sua veste di disponente –, a stretto rigore, non ha la titolarità di alcun diritto giuridicamente tutelato riguardo ai beni conferiti in *trust*, dall'altro lato, risulta usufruttuario (legale) dei redditi spettanti alle figlie-minorenni *ex art. 10* dell'atto costitutivo del "Trust V."

Nello stesso senso appare di fatto evidente che la durata del *trust* è di appena tre anni, che costituisce ragionevolmente il tempo strettamente necessario a che le figlie del V. (oggi diciassettenni) raggiungano la maggiore età.

Ne deriva che, nel caso di specie, il disponente – di fatto e/o per interposta persona (anche a mezzo dei propri familiari beneficiari) – continua a mantenere un notevole peso nella compagine Societaria (...).

6.- Sotto altro profilo, va evidenziato che l'applicazione della legge inglese al *trust* in esame non influisce sull'adozione dell'informativa prefettizia antimafia. Infatti, l'assoggettamento del *trust* alla legge inglese (art. 5, comma 1, dell'atto istitutivo), se comporta significative conseguenze in ordine alla disciplina del rapporto nascente dalla costituzione del *trust*, non pare idoneo ad impedire l'applicazione della disciplina italiana sulle informative antimafia per gli appalti, concessioni e finanziamenti pubblici cui aspirassero in futuro le Società (...), così come di quella relativa al trattamento fiscale del *trust*, alla quale il "Trust V." risulta assoggettato (in tal senso, si veda la circolare dell'Agenzia delle Entrate, 6 agosto 2007, n. 48/E, sopra citata, che chiarisce la nozione di residenza fiscale del *trust* agli effetti dell'applicazione della legislazione tributaria italiana).

Tali elementi devono essere valutati alla luce della *ratio* di massima cautela cui è improntata la disciplina delle informative antimafia.

È noto che la certificazione antimafia si concreta essenzialmente nell'acquisizione di tutte le informazioni di cui le autorità di pubblica sicurezza sono in possesso al fine di effettuare, sulla base di tali risultanze, una obiettiva valutazione sulla possibilità di un eventuale utilizzo distorto del danaro pubblico che la normativa di settore mira ad evitare e di compiere la conseguente scelta sulla sussistenza o meno dei presupposti previsti dalla legge per l'adozione della misura inibitoria; l'acquisizione di tali informazioni mira, in definitiva, ad accertare la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi di un'impresa (cfr., T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 9 luglio 2008, n. 6487, relativa alla informativa antimafia cd. atipica). Come sopra accennato, le informative prefettizie in materia di lotta antimafia possono essere fondate su fatti e vicende aventi un valore sintomatico e indiziario e sono finalizzate a prevenire infiltrazioni mafiose e criminali nel tessuto economico imprenditoriale, anche a prescindere dal concreto accertamento in sede penale di reati (*ex pluribus*, Cons. St., sez. VI, 29 febbraio 2008, n. 756), fermo restando che, accanto all'elemento parentale, dev'essere attentamente valutato ogni ulteriore elemento da cui desumere l'eventuale sussistenza dei tentativi di infiltrazione (T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 9 luglio 2008, n. 6487). In particolare, il tentativo di infiltrazione, che è da solo sufficiente a giustificare la misura interdittiva, non può essere escluso limitandosi alla verifica dell'attendibilità di un singolo elemento di fatto, ma deve, al contrario, desumersi dal quadro complessivo degli elementi acquisiti e va valutato in una visione globale della situazione in esame (Cons. St., sez. V, 27 maggio 2008, n. 2512; con riferimento ad istanze di aggiornamento *ex art. 10*, d.P.R. n. 252/1998, si rinvia, in particolare, a T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 8 aprile 2005, n. 3577).

Ciò posto, alla stregua delle considerazioni svolte, condividendosi l'avviso espresso da codesta Prefettura nella relazione illustrativa trasmessa alla Scrivente in allegato alla nota suindicata, si ritiene non sussistano le condizioni per l'accoglimento dell'istanza di aggiornamento delle informative antimafia, ai sensi dell'art. 10, comma 8, d.P.R. n. 252/1998, non ravvisandosi una effettiva discontinuità rispetto alla precedente situazione, la quale

dev'essere intesa in termini di radicale e pienamente comprovata fuoriuscita della società dal precedente stato di prossimità mafiosa, obiettivo che, nel caso di specie, non risulta essere stato raggiunto per effetto della costituzione del *trust*, alla stregua delle osservazioni sopra svolte.

In ordine alla eventuale determinazione reiettiva dell'istanza di aggiornamento presentata dalla [X] S.p.A., *sotto il profilo strettamente procedimentale*, occorre evidenziare che il procedimento di aggiornamento delle informazioni disciplinato dall'art. 10, d.P.R. *cit.* (il quale dispone che “*La Prefettura, su documentata richiesta dell'interessato, aggiorna l'esito delle informazioni al venir meno delle circostanze rilevanti ai fini dell'accertamento dei tentativi di infiltrazione mafiosa*”) costituisce un procedimento di secondo grado che presuppone l'esercizio di una discrezionalità tecnica diretta alla rivalutazione di una precedente determinazione in materia di antimafia e che si caratterizza per la natura obbligatoria della funzione, non trattandosi propriamente di una manifestazione di autotutela decisoria, essendo principalmente volto alla salvaguardia dell'interesse di un'impresa a poter instaurare e conservare rapporti economici e commerciali con le amministrazioni pubbliche. In tal senso, il provvedimento che conclude la fase di aggiornamento – a differenza delle informative antimafie che, di regola, sono funzionalmente connesse ad un procedimento di gara rispetto al quale costituiscono l'esito di un subprocedimento accessorio che funge da presupposto riguardo a determinazioni che assumerà la stazione appaltante rispetto alla posizione partecipativa dell'impresa sottoposta a verifica – assume carattere di piena autonomia e, quindi, ove negativo, anche di immediata lesività, quantomeno sotto il profilo dell'interesse morale dell'impresa alla propria immagine. Di conseguenza, *l'esercizio di tale potere tecnico-discrezionale è soggetto alle regole generali sul procedimento e segnatamente all'obbligo di adottare una determinazione espressa e di adeguata motivazione in fatto ed in diritto* (T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 30 dicembre 2005, n. 20719).

Non va trascurato, inoltre, che, attesa la natura obbligatoria del potere di riesame – a differenza di quanto si verifica in ricorrenza dell'esercizio della funzione di autotutela che, in quanto espressione di discrezionalità amministrativa, non impone l'adozione necessaria di un provvedimento – la natura vincolata nell'*an*, in caso di riscontro negativo dell'istanza, non potrà che risolversi in una decisione confermativa della precedente determinazione di primo grado; tale decisione, salvi i casi di mera conferma della valutazione precedente per assenza di elementi nuovi adottati, assumerà i tratti caratteristici di una conferma impropria, costituendo la determinazione di secondo grado un giudizio sintetico della rinnovata ponderazione degli elementi indiziari originari alla luce delle documentate sopravvenienze allegare dalla parte istante. In tale ultimo caso, ed è ciò che è posto dalla Scrivente all'attenzione di codesta Prefettura, occorrerà fornire adeguata motivazione, la cui sindacabilità (qualora la [X] S.p.A. dovesse insorgere in sede giurisdizionale) è, naturalmente, rimessa alla prudente valutazione del giudice in relazione alle peculiarità della fattispecie.

Sul versante dell'istruttoria del procedimento di aggiornamento, è da evidenziare che ciò che costituisce oggetto dell'obbligo dell'Autorità prefettizia di cui all'art. 10, d.P.R. n. 252/1998 è l'esame dell'istanza di aggiornamento, rispetto alla quale un'attività di acquisizione di elementi fattuali non è sempre necessaria, e ciò particolarmente in situazioni come quella di specie in cui non si tratta di valutare oppure di smentire sotto il profilo storico la fondatezza delle circostanze allegate dall'impresa tramite ulteriori accertamenti (pacifica e documentata è la costituzione del *trust*; altrettanto pacifica è la cessazione della carica di dirigente della [X] S.p.A. da parte di V.), quanto solo di giudicare la rilevanza degli stessi in termini di rimozione o svilimento della portata dei precedenti elementi indiziari; in tale evenienza, il compito della Prefettura, in sede istruttoria, sarà quindi unicamente di natura valutativa, senza che possa fundamentalmente prospettarsi dalla[X] S.p.A. in un eventuale giudizio la carenza d'istruttoria.

Nei termini suesposti è il parere di questa Avvocatura, il quale si estende, unitamente alla nota prefettizia del 25 settembre 2008 prot. n. 19588-2008-AREA 1/AM ed alla documentazione alla stessa allegata, all'Avvocatura Generale dello Stato, affinché faccia conoscere le proprie osservazioni in merito, trattandosi di questione di massima caratterizzata da elementi di novità, non risultando, allo stato, precedenti giurisprudenziali in ordine ai rapporti tra la disciplina delle informative antimafia e la segregazione di patrimoni in *trust*».

Il parere è stato condiviso con parere dell'Avvocatura Generale, reso in via ordinaria, che pure si pubblica qui di seguito.

A.G.S. – Parere del 13 ottobre 2008 nn. 118846 – 118848.

Istanza di aggiornamento di informative antimafia ex art. 10, comma 8, d.P.R. 3 giugno 1998 n. 252 (consultivo 36675/08, avvocato M. Borgo).

«(...) Questo Generale Ufficio condivide le valutazioni, espresse da codesta Avvocatura Distrettuale con il parere, reso alla Prefettura (...).

Con riferimento ai profili procedurali, relativi all'eventuale determinazione, da adottarsi da parte dell'Organo prefettizio, che legge per conoscenza, di reiezione dell'istanza di aggiornamento, presentata dalla [X] S.p.A., la Scrivente ritiene opportuno, anche in vista del contenzioso che verrà, con ogni probabilità, azionato dalla prefata Società, integrare le, anch'esse condivisibili, considerazioni, svolte da codesto Ufficio Distrettuale, nei termini che seguono.

La giurisprudenza amministrativa ha recentissimamente statuito che *“nell’impianto normativo del Capo III del d.P.R. n. 252/1998 i soggetti destinatari dell’informazione prefettizia sono le pp.aa., gli enti pubblici, gli enti e le aziende vigilati dallo Stato o da altro ente pubblico nonché i concessionari di opere pubbliche (art. 1). A tali soggetti il Prefetto, in ogni caso (art. 10 c. 6, ultimo periodo) – e dunque anche nell’ipotesi di richiesta di aggiornamento avanzata dalla ditta interessata ai sensi del c. 8 dell’art. 10 –, dà comunicazione delle verifiche disposte in un termine che, nel caso di verifiche di particolare complessità, deve essere contenuto nei trenta giorni”* (cfr.

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sede di Roma, Sez. I Ter, sentenza 4 settembre 2008 n. 8050 (...).

Alla luce del predetto principio, i giudici amministrativi capitolini, con la pronuncia citata, hanno ritenuto non fondato il motivo di ricorso incentrato sulla presunta violazione dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990, *“per non avere, l'Amministrazione, comunicato l'avvio del procedimento e precluso così all'interessata di offrire il proprio apporto partecipativo tramite spiegazioni e delucidazioni”*.

Al proposito, è stato, infatti, rilevato che *“nel caso di cui trattasi (istanza di aggiornamento di una informativa antimafia: N.d.E.) viene in considerazione un procedimento attivato (non d'ufficio, ma) su iniziativa di parte (id est: la parte non può lamentare la mancata comunicazione di un avvio procedimentale cui essa stessa, con la propria iniziativa, ha dato impulso)”*.

Da ultimo, si segnala che neppure il mancato rispetto del termine di trenta giorni, previsto dall'art. 11 del d.P.R. n. 252/98 per la conclusione del procedimento, scaturito dall'istanza di aggiornamento, avanzata dalla Società [X] S.p.A., potrebbe determinare l'illegittimità del provvedimento reiettivo che dovesse essere adottato dalla Prefettura di Crotone sulla scorta del parere, reso da codesto Ufficio Distrettuale.

Ed invero, il T.A.R. del Lazio, nella recentissima pronuncia più volte citata, ha chiarito che *“Per l'evenienza che si superi tale termine (il termine di trenta giorni: N.d.E.) la disciplina applicabile è quella data dalla norma dell'art. 11 che consente alle pp.aa. (trascorsi 45 giorni dalla richiesta) di procedere anche in assenza delle informazioni prefettizie sottoponendo a condizione risolutiva i contributi, finanziamenti, erogazioni o agevolazioni concesse; mentre per quanto attiene alle autorizzazioni e concessioni rilasciate ed ai contratti stipulati (in mancanza di informativa prefettizia) è data facoltà alle pp.aa. (una volta pervenuta l'informativa) di procedere, rispettivamente, alla loro revoca o al recesso dal contratto. Dunque la circostanza, verificatasi nel caso di specie, che le verifiche disposte dal Prefetto siano state completate in un termine superiore a 45 giorni non rende di per sé illegittimo l'atto finale risultando compiutamente disciplinate e regolamentate, nel d.P.R. n. 252 del 1998, le conseguenze di tale ritardo; fermo restando che allorquando viene in considerazione – come nel caso corrente – una richiesta di aggiornamento avanzata dalla stessa ditta interessata, il decorso di tale termine consente di azionare i rimedi previsti dall'Ordinamento per superare il contegno eventualmente omissivo od inerte della p.a.” (...)*».

A.G.S. - Parere del 14 ottobre 2008^(*).

Portata applicativa dell'art. 802 codice navigazione (consultivo 7657/08, avvocato P. Di Palma).

«La questione, sottoposta ad esame (...), concerne, in estrema sintesi, la valutazione della portata applicativa della disposizione normativa contenuta

^(*) Il parere è stato reso dall'Avvocatura Generale dello Stato in via ordinaria.

nell'art. 802 del codice della navigazione nel testo modificato, da ultimo, con il decreto legislativo 9 maggio 2005, n. 96, che, a sua volta, è stato modificato e integrato dal decreto legislativo 15 marzo 2006, n. 151.

In particolare, codesto Ente chiede di formulare un parere in merito alle seguenti problematiche:

a) se, ai fini applicativi dell'art. 802 del codice della navigazione, il divieto di partenza disposto dall'ENAC debba riguardare tutti gli aeromobili ovvero la o le singole macchine rispetto alle quali si è generato il debito nei confronti del vettore, anche se di proprietari diversi; ovvero se invece si possa procedere fermando singoli voli dell'operatore mediante l'inibizione del codice di volo;

b) se, qualora il fermo riguardi la singola macchina, individuata attraverso le marche, il fermo possa essere disposto presso ogni aeroporto o solo presso lo scalo o gli scali di riferimento del gestore;

c) se l'ENAC possa attivare la procedura di fermo solo in presenza di una comprovata iniziativa giudiziaria ovvero anche in assenza della stessa;

d) se e in quali limiti temporali debba essere contenuto il provvedimento adottato dall'ENAC.

Orbene, al fine di rendere il richiesto parere, occorre, in via preliminare, soffermarsi sulla nozione e sulla natura giuridica dei diritti per l'uso degli aeroporti aperti al traffico aereo civile, sussistendo, *ex art. 802*, comma 2, del codice della navigazione, una specifica connessione tra la violazione degli obblighi relativi al pagamento di tasse, diritti e tariffe dovuti alle società di gestione aeroportuale, e di pertinenza anche dell'ENAV, e il conseguente potere dell'ENAC di emanare un provvedimento volto a vietare la partenza degli aeromobili in uso ai vettori inadempienti.

Tali diritti sono stati disciplinati, per la prima volta, dalla legge n. 24 del 1956, poi abrogata dalla legge 5 maggio 1976, n. 324 recante “*Nuove norme in materia di diritti per l'uso degli aeroporti aperti al traffico aereo civile*”, che ha individuato le due categorie dei diritti di approdo, di partenza, di sosta o ricovero per gli aeromobili e dei diritti di imbarco per i passeggeri.

Nell'ambito di tale categoria – oltre ai cennati diritti di atterraggio, decollo, sosta e ricovero degli aeromobili e ai diritti di imbarco dei passeggeri – sono compresi anche le tasse di imbarco e sbarco sulle merci, trasportate per via aerea e marittima, istituite dal decreto legge 28 febbraio 1974, n. 47, convertito, con modificazioni, nella legge 16 aprile 1974, n. 117 nonché i corrispettivi per l'espletamento dei servizi di controllo di sicurezza disciplinati dal decreto del Ministro dei trasporti e della navigazione 29 gennaio 1999, n. 85.

La natura giuridica – di tributo o di corrispettivo – di tali diritti è stata oggetto di lunghi e accesi dibattiti dottrinali e giurisprudenziali che si sono conclusi con l'emanazione di una legge di interpretazione autentica e, specificamente, dell'art. 39 *bis*, aggiunto dalla legge 29 novembre 2007, n. 222 (in *G.U.* 30 novembre 2007, n. 279 – *S.O.* n. 249/L), di conversione del decreto legge 1° ottobre 2007, n. 159, in vigore dal 1° dicembre 2007, con il quale il Legislatore ha definitivamente stabilito che l'obbligo del pagamento dei diritti in esame non ha natura tributaria, prevedendo testualmente che “*Le*

disposizioni in materia di tassa d'imbarco e sbarco sulle merci trasportate per via aerea di cui al D.L. 28 febbraio 1974, n. 47, convertito, con modificazioni, dalla L. 16 aprile 1974, n. 117, e successive modificazioni, di tasse e di diritti di cui alla L. 5 maggio 1976, n. 324, di corrispettivi dei servizi di controllo di sicurezza di cui all'art. 8 del regolamento di cui al D.M. trasporti e navigazione 29 gennaio 1999, n. 85, nonché in materia di addizionale comunale sui diritti di imbarco di cui alla L. 24 dicembre 2003, n. 350, art. 2, comma 11, si interpretano nel senso che dalle stesse non sorgono obbligazioni di natura tributaria”.

Con tale norma di interpretazione autentica, dunque, il Legislatore, nel definire la controversa questione, ha chiarito che i diritti aeroportuali non sono tributi bensì corrispettivi di natura contrattuale dovuti alle società di gestione aeroportuale sulle quali grava l'obbligo normativo e convenzionale di provvedere alla progettazione, allo sviluppo, alla realizzazione, all'adeguamento, alla gestione, alla manutenzione e all'uso degli impianti e delle infrastrutture aeroportuali.

La natura dei diritti aeroportuali – quali corrispettivi per l'uso degli aeroporti – è stata altresì affermata dalla Suprema Corte di Cassazione che, con l'ordinanza n. 379 del 10 gennaio 2008, alla luce della norma di interpretazione autentica contenuta nell'art. 39 *bis* del decreto legge 1° ottobre 2007, n. 159, aggiunto dalla legge di conversione 29 novembre 2007, n. 222, ha sancito che le controversie in materia di diritti aeroportuali rientrano nell'alveo della giurisdizione ordinaria, superando così il precedente orientamento giurisprudenziale che riconosceva, al contrario, la natura tributaria di tali diritti attribuendo la competenza sulle relative controversie alle Commissioni tributarie.

Orbene, tenuto conto di questa doverosa premessa, con riferimento al quesito *sub a)*, si ritiene che, trattandosi di corrispettivi dovuti dal vettore aereo per il solo fatto di atterrare, parcheggiare e decollare, il provvedimento con il quale l'ENAC, ai sensi dell'art. 802, comma 2, del codice della navigazione, vieta la partenza degli “*aeromobili*” debba avere ad oggetto il singolo aeromobile che compie le operazioni di atterraggio, decollo, sosta e ricovero rispetto alle quali il vettore risulta inadempiente per il mancato versamento di quanto dovuto a titolo di corrispettivo per l'utilizzo delle infrastrutture aeroportuali che si verifica, come detto, per il solo fatto di decollare, atterrare e parcheggiare.

Diversamente opinando, nell'ipotesi in cui il provvedimento di diniego disponesse il fermo di tutti gli aeromobili in uso al vettore inadempiente, si determinerebbe un'ingiustificata violazione del diritto all'esercizio dei diritti di traffico garantito dalla libertà di accesso alle rotte intracomunitarie espressamente sancita dal Regolamento comunitario n. 2408/92, prevedendo tale regolamento limitazioni al libero accesso sostanzialmente connesse alla sussistenza di un regime di oneri di servizio pubblico, a esigenze di regolamentazione del traffico aereo nell'ambito di uno stesso sistema aeroportuale o, infine, alla necessità di risolvere gravi problemi di congestione e/o di carattere ambientale.

L'ENAC, inoltre, si esporrebbe al rischio connesso all'esperimento di azioni giudiziarie da parte dei proprietari gravati di oneri ultronei rispetto a quelli derivanti dal vincolo di responsabilità solidale previsto dall'art. 6 della legge n. 324/76 in relazione alla proprietà del singolo aeromobile.

Al riguardo, non può tralasciarsi di considerare che la solidarietà passiva gravante sul proprietario dell'aeromobile è riferibile, in base alle regole generali contenute nel codice civile, esclusivamente al debito maturato dal vettore inadempiente che, come evidenziato, risulta connesso al mancato pagamento dei diritti maturati a fronte delle singole operazioni di decollo, atterraggio e parcheggio compiute dall'aeromobile.

Per quanto concerne il quesito *sub b)*, trattandosi, nel caso di specie, di provvedimenti prodromici all'esperimento di una specifica azione esecutiva ovvero all'emanazione di successivi provvedimenti cautelari – che comunque rientrano nella competenza esclusiva dell'autorità giurisdizionale – occorre fare riferimento alla previsione normativa contenuta nell'art. 1055 c.n. che, al primo comma, prevede che "l'esecuzione forzata è promossa aventi il pretore nella circoscrizione del quale si trova l'aeromobile", mentre, nel secondo comma, rinvia alle norme del codice di procedura civile per individuare il giudice competente ad emanare il provvedimento cautelare avente ad oggetto il sequestro conservativo o giudiziario del velivolo.

A tale ultimo riguardo, l'art. 669 *ter* c.p.c., in materia di procedimenti cautelari instaurati prima dell'inizio della causa di merito, riserva la cognizione della domanda cautelare al giudice competente per la questione di merito, di talché, trattandosi, nel caso di specie, di obbligazioni, occorre fare riferimento all'art. 20 c.p.c. che individua, accanto al foro generale di cui al precedente articolo 19, il foro facoltativo relativo al luogo in cui è sorta o deve eseguirsi l'obbligazione dedotta in giudizio che, nella fattispecie in esame, non può che individuarsi nello scalo di riferimento della società di gestione creditrice.

Si ritiene, pertanto, che l'adozione del provvedimento di diniego della partenza dell'aeromobile ai sensi dell'art. 802, comma 2, c.n. rientri nella competenza della Direzione aeroportuale del luogo in cui si trova l'aeromobile rispetto al quale il vettore ha maturato il proprio debito ovvero del luogo in cui ha sede la società di gestione titolare del diritto di credito non soddisfatto.

Passando ora ad esaminare il quesito *sub c)*, si ritiene che il tenore letterale dell'art. 802, comma 2, c.n., nella parte in cui dispone che "l'ENAC, anche su segnalazione del gestore aeroportuale o della società ENAV, vieta la partenza [...]" deponga nel senso che il procedimento volto all'emanazione del provvedimento di divieto nei confronti del vettore inadempiente possa essere attivato anche d'ufficio da parte di codesto Ente una volta riscontrata, nell'esercizio dei poteri di vigilanza e controllo normativamente spettanti a codesta Autorità, la violazione degli obblighi connessi al pagamento di tasse, diritti e tariffe per l'uso dell'aeroporto.

La circostanza poi relativa alla sussistenza di una specifica segnalazione da parte del gestore e, a maggior ragione di un'eventuale diffida formale nei confronti dell'operatore inadempiente, può invece esporre l'ENAC ai rischi

connessi all'esercizio di eventuali azioni risarcitorie volte a far valere una responsabilità extracontrattuale dell'Ente nell'ipotesi in cui quest'ultimo non impedisca il decollo o consenta l'atterraggio del vettore che non risulti, nell'esercizio dei collegamenti, in regola con il pagamento dei corrispettivi, atteso che, così operando, l'ENAC consentirebbe al vettore inadempiente di eludere le garanzie del credito.

Diversamente, per quanto concerne la tutela dei diritti aeroportuali pregressi, la società di gestione, titolare del diritto di credito, potrà rivolgersi direttamente al giudice ordinario al fine di ottenere la pronuncia di ingiunzione di pagamento del credito scaduto.

In relazione, infine, al quesito *sub d)*, occorre fare riferimento alla *ratio* sottesa al secondo comma dell'art. 802 c.n. desumibile dalla stessa collocazione della disposizione in esame nell'ambito dei provvedimenti che l'ENAC, ai sensi del primo comma, è tenuta ad adottare, nell'esercizio dell'attività di vigilanza da effettuare nel rispetto dei programmi nazionali e comunitari, qualora emergano, fra l'altro, situazioni di pregiudizio per la sicurezza della navigazione aerea.

È evidente, infatti, che il mancato pagamento dei corrispettivi dovuti dal vettore aereo, potendo costituire sintomo di una ben più grave crisi finanziaria di quest'ultimo, si ripercuote negativamente sulla garanzia di adeguata sicurezza che l'operatore è tenuto ad assicurare nell'espletamento dell'attività di trasporto aereo.

Non può tacersi, infatti, che la solidità finanziaria del vettore rappresenta uno dei principali requisiti richiesti, ad esempio, dalla normativa comunitaria e nazionale in materia di rilascio delle licenze di esercizio ai vettori aerei.

Secondo la previsione normativa contenuta nell'art. 5, paragrafo 5, del Regolamento comunitario n. 2407/92, infatti, qualora risulti chiaramente che un vettore aereo si trova in difficoltà finanziaria, codesto Ente, previa valutazione delle sue prestazioni dal punto di vista finanziario, può revocare o sospendere la licenza di esercizio dell'operatore se ritiene che il vettore non sia più in grado di far fronte ai propri impegni effettivi e potenziali.

Solo nell'ipotesi in cui non si ritengano sussistenti pericoli per la sicurezza aerea, codesto Ente potrà rilasciare una licenza provvisoria di esercizio in attesa della presentazione di un piano di ristrutturazione finanziaria da parte del vettore in crisi.

Ne deriva che la durata del provvedimento di diniego della partenza, analogamente a quanto previsto in materia di revoca e sospensione della licenza nonché rilascio di una licenza provvisoria, non può che essere subordinata alla sanatoria della situazione di insolvenza da parte del vettore mediante il pagamento dei corrispettivi dovuti – costituendo tale pagamento garanzia dell'insussistenza di situazioni che possano recare pregiudizio alla sicurezza del trasporto aereo – ovvero attraverso la stipula di un accordo transattivo tra creditore e debitore, purché, anche in tal caso, risultino garantiti adeguati livelli di sicurezza dell'attività aereonautica espletata.

Si ritiene, infine, che tale provvedimento non possa avere ad oggetto aeromobili che rientrano nella tipologia di velivoli che, ai sensi dell'art. 1057

c.n., non possono formare oggetto di espropriazione forzata né di misure cautelari.

Tutto ciò premesso e considerato, questa Avvocatura ritiene che:

a) il divieto di partenza disposto da codesto Ente ai sensi dell'art. 802, comma 2, c.n. debba riguardare esclusivamente il singolo aeromobile rispetto al quale il vettore aereo ha maturato il proprio debito;

b) il fermo possa essere disposto dalla Direzione aeroportuale del luogo in cui si trova l'aeromobile ovvero presso lo scalo di riferimento della società di gestione che vanta il diritto di credito non soddisfatto;

c) la procedura di fermo può essere attivata anche d'ufficio dall'ENAC qualora codesto Ente accerti la violazione degli obblighi relativi al pagamento dei diritti, tasse e tariffe aeroportuali. Nell'ipotesi in cui sussista una specifica segnalazione del gestore ovvero dell'ENAV, codesto Ente, previa verifica della situazione di insolvenza, non potrà esimersi dall'adottare il provvedimento richiesto, pena l'esposizione dell'Ente al rischio di eventuali pretese risarcitorie extracontrattuali dei gestori, fermo restando che, in relazione ai diritti pregressi, le società di gestione potranno adire il giudice ordinario per ottenere la tutela delle proprie ragioni di credito;

d) la durata del provvedimento di fermo è condizionata al pagamento dei corrispettivi dovuti o, nell'ipotesi di transazione tra gestore e vettore, alla sussistenza di specifiche garanzie che depongano per la mancanza di pericoli per la sicurezza aerea».

A.G.S. – Parere del 20 ottobre 2008 n. 121176.

Spettanza dell'indennizzo ex lege 210/92 in caso di patologia non ascrivibile a categoria tabellare (consultivo 34657/08, avvocato M. Russo).

«(...) codesta Avvocatura Distrettuale chiede di conoscere l'avviso di questa Avvocatura Generale circa la correttezza o meno della prassi amministrativa, consolidatasi nel senso di negare la concessione dell'indennizzo in oggetto qualora, pur sussistendo in capo al richiedente gli altri requisiti di legge, difetti quello della patologia ascrivibile alle categorie tabellari.

In particolare, l'Avvocatura [Distrettuale] in indirizzo teme che il diniego che in questi casi l'Amministrazione oppone all'istanza possa – risultando in contrasto con l'orientamento giurisprudenziale della Suprema Corte di Cassazione sez. lav., espresso dalla sentenza n. 10214/07 – essere foriero di un contenzioso destinato ad avere esito sfavorevole per l'Amministrazione, nonché ad arrecare inutile aggravio di spese.

Così sintetizzati i termini della questione, la Scrivente osserva quanto segue.

Vero è che la citata pronuncia della Suprema Corte è espressiva di un orientamento sfavorevole alla richiamata prassi amministrativa; altrettanto vero è, però, che tale orientamento non può, ad oggi, dirsi consolidato al punto da dover indurre l'Amministrazione a desistere dall'atteggiamento finora assunto nei casi di non ascrivibilità tabellare della malattia diagnosticata al richiedente.

Ed invero, non solo – sia pur sinteticamente – la Corte aveva già adottato un diverso orientamento nell'anno 2006 (sent. 837/06), ma per di più – in epoca recente – la stessa Corte di Cassazione (Sez. L, Sentenza n. 17158 del 24 giugno 2008) ha ancor più chiaramente affermato, discostandosi esplicitamente e motivatamente da Cass. 17158/07: *“La normativa di tutela dettata dal combinato disposto dell’art. 2, comma 1, e dall’art. 4, comma 4, della legge n. 210 del 1992 riferita ai soggetti danneggiati da vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni ed emoderivati, che prevede l’indennizzo in favore dei suddetti soggetti, non trova applicazione nei casi di lesioni pur permanenti dell’integrità psicofisica che non hanno però, in ragione dello stato “quiescente” della infermità, incidenza alcuna sulla capacità di produzione di reddito, con la conseguenza che non può essere riconosciuto il diritto a percepire il suddetto indennizzo da parte del soggetto affetto da contagio HCV che, per non presentare sintomi e pregiudizi funzionali attuali stante l’assenza di citolisi epatica in atto, è portatore di una infermità non rientrante in alcuna delle categorie richiamate dalla tabella A annessa al d.P.R. n. 834 del 1981”*.

A ciò si aggiunga che la Scrivente continua a propugnare la tesi della non spettanza dell’indennizzo in presenza di patologie non ascrivibili a categoria tabellare in giudizi ad oggi ancora pendenti, il cui esito non è, allo stato, prevedibile, non potendosi certo escludere *a priori* l’accoglimento della tesi sostenuta dalla difesa di parte pubblica: a titolo di esempio, si rammenta che è pendente il ricorso n.r.g. 20978 per la cassazione della sentenza della Corte d’Appello di Torino n. 1174/06, nell’ambito del quale è stato proposto controricorso nell’interesse del Ministero della Salute, affidato appunto ad una serie di argomentazioni volte a sostenere la tesi che codesta Avvocatura ora parrebbe intenzionata ad abbandonare.

In ragione di tutto quanto fin qui esposto, è avviso della Scrivente che – almeno fino a quanto l’orientamento della Suprema Corte espresso con la richiamata sentenza n. 10214/07 non sarà stato ampiamente confermato (se del caso anche dalle Sezioni Unite) – correttamente l’Amministrazione debba continuare a negare il beneficio in caso di patologie non ascrivibili a categoria tabellare, mentre le varie Avvocature, nell’ambito dei distretti giurisdizionali di propria competenza, debbano continuare a sostenere in giudizio la legittimità dei provvedimenti di diniego così motivati (...).

A.G.S. – Parere del 23 ottobre 2008, n. 123287.

Riparazione per ingiusta detenzione. Spettanza o meno degli interessi per il tardivo pagamento di quanto dovuto a titolo di indennizzo per effetto dell’ordinanza n. 232/2005 della Corte di Appello – Sezione Penale di Roma (contenzioso 14372/05, avvocato M. Borgo).

« (...) codesto Ministero ha chiesto di conoscere l’avviso della Scrivente in merito alla istanza, (...) di corresponsione, con decorrenza dal passaggio in giudicato dell’ordinanza n. 232/05 della Corte di Appello – Sezione

Penale di Roma, degli interessi legali sull'importo, riconosciuto(...) a titolo di indennizzo *ex art.* 314 c.p.p..

Al proposito, codesto Dicastero rappresenta di non potere accogliere la richiesta di controparte alla luce di quanto affermato da questo Generale Ufficio che, in un parere (avvocatzia del 15 aprile 2005, prot. n. 52779), reso con riferimento ad una analoga fattispecie, ha precisato che gli interessi sarebbero dovuti solo a decorrere dalla scadenza del termine di 120 giorni dalla notificazione del titolo esecutivo, previsto dall'art. 14, comma 1, del D.L. n. 669/96, convertito in legge n. 30/97, nel testo risultante dalle modifiche introdotte con l'art. 147 della legge n. 388/2000.

In merito, la Scrivente ritiene di dovere rivisitare l'orientamento, espresso con la menzionata avvocatzia, alla luce dei più recenti orientamenti della Suprema Corte di Cassazione.

Il Giudice di legittimità, infatti, ha, di recente, statuito che *“in tema di riparazione per ingiusta detenzione, gli interessi al tasso legale sulla somma attribuita all'istante – non già moratori, bensì corrispettivi – vanno riconosciuti, se richiesti, dal passaggio in giudicato del provvedimento attributivo, atteso che solo da tale momento il credito – avente natura non risarcitoria – può ritenersi certo, liquido ed esigibile”* (cfr. Cass. Pen., sez. IV, sentenza 14 gennaio 2008, n. 1678).

Alla predetta conclusione, la Corte di Cassazione è pervenuta osservando che *“una volta avvenuto il passaggio in giudicato del provvedimento in oggetto, è innegabile.... che la P.A. competente al pagamento dell'indennizzo sia facoltizzata a fissare un termine entro il quale concludere il procedimento di liquidazione della somma dovuta al suddetto titolo, nonché un ulteriore termine per la emissione del relativo mandato di pagamento”* (termini fissati con l'art. 6, comma 3, del D.M. 5 agosto 1997: N.d.E.); *“orbene se ciò comporta che prima dello spirare del termine complessivo stabilito non possono essere intraprese, da parte dell'interessato, azioni esecutive fondate sull'erroneo presupposto di un preteso inadempimento.... né possono essere avanzate pretese in ordine a supposti interessi moratori, tuttavia, nell'arco del suddetto termine, maturano interessi corrispettivi”* (cfr. sent. cit.).

Alla luce dei riportati principi giurisprudenziali, non è, pertanto, più possibile individuare, come fatto da questo Generale Ufficio con il parere reso nel 2005, una diversa decorrenza degli interessi, dovuti sulla somma spettante a titolo di indennità per ingiusta detenzione, decorrenza da farsi coincidere con la scadenza del termine di 120 giorni di cui all'art. 14, comma 1, del D.L. n. 669/96, convertito in legge n. 30/97, nel testo risultante dalle modifiche introdotte con l'art. 147 della legge n. 388/2000.

Con riferimento a questa ultima disposizione, giova, peraltro, evidenziare come la Corte di Giustizia delle Comunità europee, nella recentissima sentenza, resa in data 11 settembre 2008 nel procedimento C-265/07, sia pervenuta ad un giudizio di conformità della predetta norma con il diritto comunitario, anche in ragione del fatto che il Governo italiano, in sede di udienza, ha recisamente escluso che la prefata disposizione produca, quale effetto sostanziale, la sospensione, per tutto l'arco temporale previsto dall'art. 14,

della decorrenza degli interessi sulla somma portata dal titolo esecutivo (...)».

Comunicazione di servizio n. 117 – circolare n. 44 del 28 ottobre 2008, prot. 124807 e 124812.

Condanna dell'Amministrazione e criteri di calcolo di interessi legali e rivalutazione monetaria sul capitale dovuto.

«1. Durante l'anno in corso si è constatato che, in cause per risarcimento danni, in caso di condanna dell'Amministrazione al pagamento della sorte, interessi legali e rivalutazione monetaria, il dispositivo si discosta a volte dal criterio di calcolo degli accessori enunciato da Cassazione Sezioni Unite n. 1712 del 17 febbraio 1995 e da allora riaffermato senza eccezioni dalla giurisprudenza di legittimità e di merito fino ad oggi intervenuta (per tutte Cass. Civ. Sez. II, 1 luglio 1997, n. 5845; Cass. Sez. III, 10 marzo 2000, n. 2796; Cass. Civ. Sez. III, 10 marzo 2006, n. 5234). In tale situazione si verifica con sempre maggior frequenza il tentativo da parte dei creditori di effettuare un calcolo abnorme degli accessori, applicando criteri errati che consentono di aumentare in misura esponenziale il credito.

Secondo l'orientamento della Suprema Corte, poiché il risarcimento del danno da fatto illecito extracontrattuale costituisce un tipico debito di valore, sulla somma che lo esprime sono dovuti interessi e rivalutazione dal giorno in cui si è verificato l'evento dannoso. *Gli interessi, peraltro, non vanno calcolati né sulla somma originaria né su quella rivalutata al momento della liquidazione, ma computati sulla somma originaria rivalutata anno per anno, ovvero sulla somma rivalutata in base ad un indice medio.*

Quel che deve escludersi è che la base di calcolo dei suddetti interessi possa essere quella della somma rivalutata al momento della liquidazione, se gli interessi vengono fatti decorrere – come consente il sistema dal momento del fatto illecito, perché con tali modalità si attribuirebbe al creditore un valore a cui egli non ha diritto.

Accade invece che, procedendo in via esecutiva, il creditore, applicando – in buona o in mala fede – criteri errati per interessi legali e rivalutazione monetaria, pignori somme fino a 10 volte superiori a quelle risultanti dal titolo.

La situazione è ancora più delicata quando si tratta di debiti risarcitori dell'ex Ministero della Salute, perché, da quando in base al d.l. n. 85/2008 conv. in l. n. 121/2008 tale Amministrazione è stata assorbita nel nuovo Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche sociali, le esecuzioni vanno a colpire anche i fondi esistenti presso la Banca d'Italia su conti degli ex Ministeri del Lavoro e della Solidarietà Sociale.

In tale contesto, si raccomanda di prestare particolare attenzione alla lettera dei dispositivi di sentenza ed al calcolo di interessi e rivalutazione fatto dai creditori, in modo da reagire prontamente nell'interesse delle Amministrazioni debentrici, in caso di errato calcolo, con le impugnazioni ordinarie e con i ricorsi in opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c.

nuovo testo, chiedendo anche al giudice competente la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo *ex art. 283 c.p.c., 373 c.p.c. e 267 c.p.c.*

In particolare, laddove la procedura esecutiva riguardi debiti vantati nei confronti dell'ex Ministero della Salute e risultino pignorati fondi esistenti su conti presso la Banca d'Italia già di pertinenza degli exd Ministeri del Lavoro e della Solidarietà Sociale, si vorrà altresì produrre autonomo motivo di opposizione all'esecuzione fondato sulla persistenza – almeno fino alla scadenza del 31 dicembre 2008 – di una gestione contabile separata tra le tre Amministrazioni interessate dall'accorpamento, ai sensi del D.M. decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 20 giugno 2008, reso in esecuzione di quanto disposto dal d.l. n. 85 del 2008, art. I, comma 8, seconda parte, convertito in legge n. 121 del 2008, che ha istituito per il 2008 lo stato di previsione del nuovo Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali.

2. Per quanto riguarda poi il calcolo di interessi legali e rivalutazione monetaria in materia di obbligazioni pecuniarie, si segnala la recente pronuncia delle Sezioni Unite n. 19499 del 16 luglio 2008.

Nel comporre il contrasto di giurisprudenza in ordine alla sufficienza della qualità di imprenditore del creditore ai fini della presumibilità di impieghi antinflattivi della somma non tempestivamente versata dal debitore, le S.U. hanno tra l'altro affermato che nelle obbligazioni pecuniarie, in mancanza di discipline particolari dettate da norme speciali, il maggior danno di cui all'art. 1224, comma 2, cod. civ. (rispetto a quello già coperto dagli interessi legali moratori non convenzionali che siano comunque dovuti) è riconoscibile in via presuntiva, per il creditore che ne chieda il risarcimento – dovendo ritenersi superata l'esigenza di inquadrare il creditore in una delle categorie a suo tempo individuate – nella eventuale differenza, a decorrere dalla data di insorgenza della mora, tra il tasso del rendimento medio annuo netto dei titoli di Stato di durata non superiore a dodici mesi ed il saggio degli interessi legali determinato per ogni anno ai sensi del primo comma dell'art. 1284 cod. civ. La prova potrà dirsi raggiunta invece per l'imprenditore solo se, in relazione alle dimensioni dell'impresa ed all'entità del credito, sia presumibile che il ricorso o il maggior ricorso al credito bancario abbia effettivamente costituito conseguenza dell'inadempimento.

Invariati rispetto al passato rimangono i criteri di calcolo di interessi e rivalutazione monetaria per i crediti di lavoro».

DOTTRINA

Considerazioni critiche e spunti di riflessione sul sistema delle notifiche a mezzo posta

(Art. 7 della legge 20 novembre 1982 n. 890, come modificato dall'art. 36 comma 2-quater e 2-quinques della legge 28 febbraio 2008 n. 31)

di **Roberto Antillo**^(*)

SOMMARIO: 1.- Premessa generale. L'art. 7 della legge n. 890/1982, come modificato dall'art. 36 comma 2 quater, della legge n. 31/2008: ratio della norma tra esigenze di certezza delle situazioni giuridiche e la tutela del destinatario. 2.- La previsione dell'avviso con raccomandata: la procedimentalizzazione della notifica a mezzo posta e relativa nullità. 3.- Il potere di certificazione dell'agente postale e limiti al sindacato del giudice. 4.- Ambito di efficacia della novella rispetto agli articoli 143, 139 e 330 del c.p.c. 5.- Raffronto con il sistema delle notifiche eseguite direttamente dai legali. 6.- L'art. 7 della legge n. 890/1982, come modificato dall'art. 36 comma 2 quinquies della legge n.31/2008: la disciplina delle notifiche delle sentenze eseguite prima dell'entrata in vigore della legge. 7.- Presupposto della prova della conoscenza dell'atto. 8.- Applicabilità dell'art. 36 commi 2 quater e 2 quinquies ai provvedimenti di natura decisoria. Riflessi in ambito amministrativo e penale.

1.- Premessa generale. L'art. 7 della legge n. 890/1982, come modificato dall'art. 36 comma 2 quater, della legge n. 31/2008: ratio della norma tra esigenze di certezza delle situazioni giuridiche e la tutela del destinatario

Per delineare i punti salienti della normativa vigente in materia di notificazione di atti a mezzo posta, occorre anzitutto ricordare che l'art. 1 della legge 890/1982 stabilisce – al comma primo – il principio generale “che in materia civile, amministrativa e penale, l'ufficiale giudiziario può avvalersi del servizio postale per la notificazione degli atti, salvo che l'autorità giudiziaria disponga o la parte richieda che la notificazione sia eseguita personalmente”,

^(*) Avvocato dello Stato.

mentre al secondo comma si afferma il principio che “l’ufficiale giudiziario deve avvalersi del servizio postale per le notificazioni degli atti in materia civile e amministrativa da eseguirsi fuori del comune ove ha sede l’ufficio, eccetto che la parte chieda che la notificazione sia eseguita di persona”.

Di recente, la legge 20 novembre 1982 n. 890, che disciplina la materia delle notificazioni a mezzo posta degli atti giudiziari, è stata modificata dall’art. 36 della legge 28 febbraio 2008 n. 31. Precisamente al Capo II, intitolato “*Disposizioni Finanziarie Urgenti*”, l’art. 36 rubricato “*Disposizioni in materia di riscossione*”, contiene i commi 2-*quater* e 2-*quinq*ues in forza dei quali è stato previsto, rispettivamente, quanto segue:

“All’art. 7 della legge 20 novembre 1982 n. 890, dopo il quarto comma è aggiunto il seguente: “Se il piego non viene consegnato personalmente al destinatario dell’atto, l’agente postale dà notizia al destinatario medesimo dell’avvenuta notificazione dell’atto a mezzo di lettera raccomandata”.

*“La disposizione di cui al comma 2-*quater* si applica ai procedimenti di notifica effettuati, ai sensi dell’art. 7 della citata legge 20 novembre 1982, n. 890, a decorrere dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto. Le notificazioni delle sentenze già effettuate, ai sensi dell’art. 7 della citata legge di conversione del presente decreto non producono la decorrenza del relativo termine di impugnazione se non vi è stata consegna del piego personalmente al destinatario e se è provato che questi non ne ha avuto conoscenza”.*

L’art. 36, comma 2 *quater*, della citata legge n. 31/2008, pertanto, ha modificato l’art. 7 della legge 20 novembre 1989 n.890, introducendo la previsione per la quale, nelle notificazioni a mezzo posta, se il plico non viene consegnato direttamente al destinatario, l’agente postale è tenuto a darne la comunicazione a mezzo lettera raccomandata (senza avviso di ricevimento).

La *ratio* della predetta previsione, va colta, a parere di chi scrive, nell’intento del legislatore di fornire una maggiore tutela al destinatario dell’atto giudiziario che non abbia ricevuto direttamente il relativo plico postale, prevedendo, per l’appunto, che, in questi casi, della notificazione sia data comunicazione con lettera raccomandata. Così che sembra potersi affermare che la finalità della nuova normativa sia proprio quella di adeguare il sistema delle notifiche a mezzo posta ai principi enunciati dalla Corte Costituzionale con la sentenza del 23 settembre 1998 n. 346.

Con la citata sentenza la Corte delle leggi, ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l’art. 8 commi 2 e 3 della legge 20 novembre 1982, n. 890, nel testo anteriore alla recente modificazione di cui al d.l. n. 35/2005, nella parte in cui non prevede che il destinatario, dopo l’avviso lasciato alla sua abitazione, o ufficio o azienda, riceva notizia di tale attività per raccomandata a.r., così come previsto dall’art. 140 c.p.c.. Ha ritenuto cioè la Corte che se rientra nella discrezionalità del legislatore la conformazione degli istituti processuali e, quindi, la disciplina delle notificazioni, un limite inderogabile di tale discrezionalità è rappresentato dal diritto di difesa del notificatario e che, pertanto, deve escludersi che la diversità di disciplina tra le notificazioni a mezzo posta e quelle personalmente eseguite dall’ufficiale giudiziario

possa comportare una menomazione delle garanzie del destinatario delle prime.

In altri termini, il vecchio disposto dell'art. 8, così come prospettato dai giudici remittenti, si poneva in contrasto con l'art. 24 della Costituzione, per la compressione del diritto di difesa del destinatario dell'atto da notificare, il quale, per cause anche accidentali, potrebbe non avere conoscenza dell'avviso come sopra comunicatogli. Pregiudizio, questo, che, per l'appunto, è stato superato, prevedendo che anche per la notificazione a mezzo posta, occorresse effettuare la raccomandata con cartolina di ritorno, al pari di quanto prescritto dall'art. 140 del codice di procedura.

Ora, il principio dell'onere dell'avviso con lettera raccomandata, introdotto con l'art. 36, comma 2 *quater*, che sembrerebbe recepire le medesime istanze sottese all'art. 8 della legge n.890/1982, nel testo riformato successivamente alla sentenza che ne aveva sancito l'incostituzionalità, da questa norma si differenzia.

Invero, a dispetto di quanto disciplinato dal predetto art. 8, che espressamente prevede che la notificazione si ha per eseguita decorsi dieci giorni dalla data di spedizione della lettera raccomandata ovvero dalla data del ritiro del piego, se anteriore, l'articolo 36 comma 2 *quater* non indica quando la notificazione possa dirsi eseguita.

Ne deriva che sarà certamente compito della giurisprudenza, stabilire, nel caso in cui il plico non venga consegnato direttamente all'interessato, se per il destinatario gli effetti della notifica decorreranno dalla consegna dell'atto giudiziario, ovvero dalla data di spedizione della lettera raccomandata o, ancora, dalla ricezione della predetta raccomandata.

La soluzione, secondo chi scrive, non può che essere il frutto del temperamento dei due opposti principi che regolano la materia: da un lato, il principio di certezza delle situazioni giuridiche, per il quale da determinati fatti (compimento delle formalità di notifica) derivano determinati effetti giuridici e, dall'altro, il principio di affidamento del destinatario dell'atto, che, senza colpa, non abbia avuto conoscenza della notificazione. Se in virtù del primo principio il soggetto che richiama la notifica non può essere gravato al punto da dover assicurare che il destinatario abbia conseguito l'effettiva conoscenza della notificazione; per l'opposto principio non è nemmeno possibile non riconoscere alcuna rilevanza a quelle situazioni per le quali l'affidamento che il destinatario pone sull'efficacia del meccanismo di notifica non abbia avuto luogo.

Di conseguenza, sarebbe poco opportuno propendere per l'ipotesi per la quale gli effetti della notifica decorrerebbero dalla consegna dell'atto giudiziario, perché altrimenti l'invio della lettera raccomandata resterebbe lettera morta, sebbene, nella ipotesi della notifica effettuata, ai sensi dell'art. 139, commi 3 e 4, c.p.c., mediante consegna dell'atto al portiere, la spedizione della raccomandata non sia stata fin qui considerata come elemento perfezionativo della fattispecie (Cass. Civ. n. 3767/1994; C.d.S. n. 7465/2006). Del pari poco credito dovrebbe avere l'ipotesi per la quale gli effetti della notifica coinciderebbero con il momento della ricezione della raccomandata, atteso che se il

legislatore avesse voluto configurare l'avviso quale atto recettizio, avrebbe senz'altro previsto la cartolina di ritorno a corredo della raccomandata.

2.- La previsione dell'avviso con raccomandata: la procedimentalizzazione della notifica a mezzo posta e relativa nullità.

Più plausibile sembrerebbe, invece, l'interpretazione per la quale l'art. 36 comma 2 *quater* introduca il principio in forza del quale la notificazione a mezzo posta non coincida più con la mera consegna dell'atto giudiziario e che, piuttosto, il relativo perfezionamento si sviluppi secondo un procedimento a formazione progressiva, per l'effetto del quale la notificazione potrà ritenersi legalmente eseguita proprio nel momento dell'invio della lettera raccomandata a cura dell'agente postale.

Sicché l'omessa spedizione della raccomandata, nei casi in cui il relativo avviso si rendesse necessario, ai sensi dell'art. 36, comma 2 *quater*, una volta accertata in sede giudiziale, renderebbe, secondo la giurisprudenza formatasi sulla mancata allegazione della cartolina di ritorno certamente nulla, se non inesistente (Cass. Civ., sez. unite n. 627/08; Cass. Civ., sez. I, n. 965/1999; n. 9328/1994), la notificazione del relativo atto e comporterebbe la nullità radicale del procedimento e della sentenza del giudice, oltre che l'impossibilità per il giudice d'appello di rimettere la causa al primo giudice, dato che l'inesistenza della notifica dell'atto introduttivo del giudizio (a differenza per il caso di nullità) non è prevista tra le cause tassative di rimessione ai sensi degli articoli 353 e 354 c.p.c. (Cass. Civ. sez. III, 12 aprile 2006 n. 8608).

Tuttavia, se è previsto che l'attore produca la cartolina di ritorno della compiuta notificazione dell'atto giudiziario, quale prova della sua regolarità e che il giudice accerti, per l'effetto, che il contraddittorio si sia correttamente instaurato, per l'ipotesi in oggetto dovrà prendersi atto che l'attore non avrà modo di dimostrare l'avvenuta spedizione della lettera raccomandata, poiché, come su detto, tale attività è rimessa all'agente postale, il quale non ha nemmeno l'obbligo di notiziare chi ne ha fatto richiesta. Né è teorizzabile che l'attore debba comunque dar prova di tale adempimento, e ciò proprio in virtù di quel principio per il quale chi richiede la notifica non può essere gravato al punto da dover dimostrare che il destinatario abbia conseguito l'effettiva conoscenza della notificazione.

Ed allora, potrà prospettarsi l'ipotesi per la quale il giudice, magari puntualmente sollecitato, acquisisca d'ufficio la prova dell'avvenuta spedizione della raccomandata o, ancora, che l'eventuale difetto dell'avviso cui è tenuto l'agente postale sia rilevabile non già d'ufficio ma solo ad istanza del destinatario che ne abbia interesse.

3.- Il potere di certificazione dell'agente postale e limiti al sindacato del giudice.

Sembra poi potersi evincere che l'agente postale, nel momento in cui spedisca la raccomandata richiesta dalla legge, assolva una funzione di cer-

tificazione assimilabile a quella riconosciuta dall'ufficiale giudiziario che redige la relazione di notificazione. Tuttavia, l'art. 7, come modificato, nulla prevede in ordine al contenuto che dovrà avere il predetto avviso.

Si rileva, al riguardo, come a mente dell'articolo 8 della legge citata, l'agente postale è tenuto a precisare al destinatario dell'atto giudiziario l'indicazione del soggetto che ha richiesto la notifica e del suo eventuale difensore; dell'ufficiale giudiziario al quale la notifica è stata richiesta e del numero di registro cronologico corrispondente della data di deposito e dell'indirizzo dell'ufficio postale o della sua dipendenza presso cui il deposito è stato effettuato, nonché l'espresso invito al destinatario a provvedere al ricevimento del piego a lui destinato mediante ritiro dello stesso entro il termine massimo di sei mesi, con l'avvertimento che la notificazione si ha comunque per eseguita trascorsi dieci giorni dalla data del deposito e che, decorso inutilmente anche il predetto termine di sei mesi, l'atto sarà restituito al mittente.

Viceversa, stante la mancanza, come detto, di una previsione che analogamente disciplini il contenuto dell'avviso, per i casi contemplati dal nuovo art. 7 potranno sorgere dubbi in ordine alla regolarità delle notificazioni qualora la raccomandata dovesse risultare tale da non permettere al destinatario di risalire alle opportune indicazioni inerenti il soggetto che ha richiesto la notifica; l'ufficio giudiziario che l'ha eseguita etc..

In questo contesto, sarà certamente interessante seguire in che termini verrà esercitato il sindacato giurisdizionale sull'attività posta in essere dall'agente postale. A parere di chi scrive, poiché l'attività che, nella circostanza, l'agente postale è tenuto a svolgere, perfeziona quella rimessa all'ufficiale giudiziario, che ha già documentato nella relata di notifica la spedizione dell'atto giudiziario, dovrebbe conseguire che essa faccia fede fino a querela di falso, al pari della prima (secondo l'art. 2700 c.c.), circa la provenienza del documento dall'agente che lo ha redatto, nonché degli altri fatti che l'agente attesta essere avvenuti in sua presenza o da lui compiuti. Mentre, per quanto concerne gli aspetti inerenti la sufficiente determinatezza degli elementi integranti l'avviso, occorrenti al fine di dare contezza della compiuta notificazione al destinatario, il sindacato giurisdizionale non sembra incontrare ostacoli.

4.- Ambito di efficacia della novella rispetto agli articoli 143, 139 e 330 del c.p.c.

La disposizione in commento può dare luogo ad incertezze interpretative se letta in relazione agli articoli 141, 139 e 330 del codice di procedura civile.

Il secondo comma del predetto art. 141, prevede che quando l'elezione di domicilio è stata inserita in un contratto, la notificazione presso il domiciliatario è obbligatoria, se così è stato espressamente dichiarato. Ma se la notificazione venisse eseguita presso il domicilio non già a mani, ma a mezzo posta, e la consegna del plico non avvenisse a mani dell'interessato (com'è probabile che accada) la notifica sarà da considerarsi come avvenuta regolarmente o, piuttosto, anche in tal caso si dovrà spedire la lettera raccomandata al destinatario?

Alla luce della richiamata normativa, anche la previsione di cui all'art. 139 c.p.c., potrebbe comportare l'onere della raccomandata a cura dell'agente postale, nei casi in cui la notifica fosse eseguita mezzo posta.

Sul punto, occorre premettere che, in virtù di un consolidato orientamento della Suprema Corte, è possibile che le notificazioni siano eseguite presso l'ufficio pubblico sia a mani proprie del destinatario che a mezzo posta (Cass. Sez. lav. del 10 gennaio 2007 n. 239; 31 luglio 2006 n. 17543; 12 febbraio 2000 n. 1592; 21 marzo 1997 n. 2506). In questi casi, c'è da chiedersi se sorga l'onere a carico dell'agente postale di dare la comunicazione con lettera raccomandata al destinatario dell'atto, qualora la notifica a mezzo posta sia eseguita presso l'ufficio pubblico con consegna del plico non al destinatario ma all'addetto dell'ufficio.

Il dubbio appena sollevato non dovrebbe porsi nei giudizi amministrativi, atteso che, sotto questo profilo, si registra un diverso orientamento del Consiglio di Stato. Per il massimo organo della giustizia amministrativa l'art. 139 c.p.c. non è automaticamente applicabile, quanto alle notifiche nel processo amministrativo, alla luce del parzialmente diverso regime recato dal T.U. n. 642/1907. Sicché la notifica non eseguita a mani proprie è possibile solo nei luoghi che rientrano nella sfera di disponibilità e dominio del destinatario della notifica, vale a dire l'abitazione e l'ufficio privato, non anche l'ufficio pubblico (Consiglio di Stato, sez. III, con parere 27 maggio 2008 n. 1611/20089; Cons. di Stato, sez. IV, 17 settembre 2007 n. 4851; Cons. di Stato, sez. VI, 5 aprile 2007 n. 1549).

Non diversamente, potranno presentarsi le stesse incertezze applicative nell'ambito delle notifiche dell'impugnazione a mezzo posta, posto che, nei casi disciplinati dall'art. 330 c.p.c., potrebbe rivelarsi necessaria la spedizione dell'avviso con la lettera raccomandata, qualora la consegna dell'atto giudiziario, inviato a mezzo posta, non avvenga nella persona del domiciliatario o del procuratore costituito. Se così fosse, la normativa dovrebbe trovare applicazione alle notificazioni effettuate nel processo tributario e nel processo penale, e ciò alla stregua, rispettivamente, degli art. 16, comma 1°, e art. 17 del decreto legislativo 31 dicembre 1992 n. 546 e dell'art. 170 c.p.p.

In particolare, con riferimento al processo penale, si tratterà di vedere quali effetti avrà la norma in questione in relazione alle notificazioni presso il domicilio, che l'imputato ha l'obbligo di eleggere ai sensi dell'art. 166 c.p.p., e per le (prime) notificazioni all'imputato non detenuto, di cui all'art. 157 c.p.p., che non fossero effettuate con la consegna del plico al destinatario.

5.- Raffronto con il sistema delle notifiche eseguite direttamente dai legali.

In virtù della legge 21 gennaio 1994 n. 53, le notificazioni possono essere eseguite, in materia civile, amministrativa e stragiudiziale, direttamente dagli avvocati che, al tal fine, possono effettuare la consegna diretta in taluni casi e più in generale, avvalersi della posta, a condizione che siano muniti di procura alle liti ex art. 83 c.p.c. e che siano autorizzati dal consiglio dell'ordine nel cui albo risultino iscritti.

È prevedibile che la diversa disciplina delle notificazioni riservata all'iniziativa dei difensori, rispetto al più rigoroso regime delle notificazioni a

mezzo posta, risultante dalle recenti modifiche apportate alla legge n. 890/1982, possa essere censurato per irragionevole disparità di trattamento, proprio nella parte in cui non contenga l'obbligo di spedire la raccomandata al destinatario dell'atto per quelle stesse situazione di cui all'art. 7 delle legge n. 890/1982.

Del resto è evidente che fin quando il legislatore interverrà per singoli settori e non già in modo organico sarà sempre possibile cogliere le eventuali incongruenze del sistema; così per esempio, chi scrive ha avuto modo di eccepire la tardività di un ricorso proposto dinanzi al locale T.A.R. di Reggio Calabria (poi rimesso per competenza al T.A.R. di Catanzaro), in considerazione del fatto che la nuova disciplina di cui al terzo comma dell'art. 149 c.p.c. (che ha recepito i principi di cui alla sentenza della Corte Costituzionale n. 477 del 26 novembre 2006, sul diverso termine di efficacia della notifica per il richiedente e per destinatario), non sia applicabile alla notificazione eseguita direttamente dal legale, atteso che la norma testè citata fa riferimento alla notificazione a mezzo posta effettuata per il tramite dell'ufficio giudiziario.

6.- L'art. 7 della legge n. 890/1982, come modificato dall'art 36 comma 2 quinquies della legge n. 31/2008: la disciplina delle notifiche delle sentenze eseguite prima dell'entrata in vigore della legge.

Art. 36, comma 2 quinquies: *“La disposizione di cui al comma 2-quater si applica ai procedimenti di notifica effettuati, ai sensi dell'art. 7 della citata legge 20 novembre 1982, n. 890, a decorrere dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto. Le notificazioni delle sentenze già effettuate, ai sensi dell'art. 7 della citata legge di conversione del presente decreto non producono la decorrenza del relativo termine di impugnazione se non vi è stata consegna del piego personalmente al destinatario e se è provato che questi non ne ha avuto conoscenza”.*

Il comma 2 quinquies dell'art. 36 della legge in commento, prevede che la predetta disposizione si applica a decorrere dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto, coincidente con il giorno successivo alla sua pubblicazione nella *G.U.* n. 51 del 29 febbraio 2008 (1° marzo 2008).

7.- Presupposto della prova della conoscenza dell'atto.

La norma prevede, ancora, che le notificazioni delle sentenze già effettuate, ai sensi dell'articolo 7 della citata legge n. 890 del 1982, alla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto, non producono la decorrenza del relativo termine di impugnazione se non vi è stata consegna del piego personalmente al destinatario e se è provato che questi non ne ha avuto conoscenza.

È chiaro che il legislatore abbia inteso disciplinare il periodo antecedente all'entrata in vigore della nuova normativa, statuendo espressamente, per il caso in cui le sentenze fossero state già notificate prima dell'entrata in vigore della legge (primo marzo 2008), che la decorrenza del termine per

impugnare non decorra se il plico non sia stato consegnato personalmente al destinatario e risulti provato che questi non ne abbia avuto conoscenza (salvo che non sia decorso il termine di un anno dalla pubblicazione della sentenza di cui all'art. 327 c.p.c., che non renderà più possibile l'impugnazione, nonostante il vizio della notificazione della sentenza).

8.- Applicabilità dell'art. 36 commi 2 quater e 2 quinqués ai provvedimenti di natura decisoria. Riflessi in ambito amministrativo e penale.

La disposizione della norma in oggetto dovrebbe trovare una applicazione limitata perché limitati sono i casi per i quali, secondo il codice di procedura civile, la sentenza debba notificarsi, ai fini del decorso del termine breve per impugnare, direttamente al destinatario e non già al difensore, tra questi: il giudizio contumaciale, le ipotesi relative alla notificazione della sentenza in caso di morte o impedimento del procuratore agli articoli 286 e 301 c.p.c. e in quegli ulteriori casi in cui la parte si sia costituita personalmente, laddove sia consentito (vedi l'art. 82 c.p.c., che consente di agire senza patrocinio dinanzi al giudice di pace per le cause di valore inferiore ad euro 516,46 e all'ipotesi del legale – abilitato all'esercizio della professione – che si difenda da sé). In tutti gli altri casi, tornerà applicabile l'art. 330 c.p.c.

Affinché, comunque, non decorra il termine ad impugnare occorre che non solo l'atto non sia stato consegnato direttamente al destinatario ma che sia provato che egli non ne abbia avuto conoscenza.

In ordine a quest'ultimo presupposto, ci si chiede in che termini potrà darsi prova del fatto che il destinatario dell'atto non ne abbia avuto conoscenza; occorrerà cioè che il destinatario articoli a tal fine la prova testimoniale, oppure sarà invocabile, per analogia *legis*, la disciplina della rimessione in termini di cui all'art. 184 *bis* c.p.c.?

In proposito, si segnala che, secondo talune pronunce della giurisprudenza di legittimità, l'art. 184 *bis* c.p.c., per la sua collocazione nel libro secondo, titolo I, capo II, sezione II sotto la rubrica “della trattazione della causa”, riguarda le sole ipotesi in cui le parti costituite siano decadute dal potere di compiere determinate attività difensive nel corso della trattazione della causa ed in questo solo ambito rende operante la rimessione in termine e la sua disciplina, la quale, pertanto, non è invocabile per le “situazioni esterne” allo svolgimento del giudizio, quali certamente sono le attività relative alla costituzione della parte (Cass. Civ., sez. III, 14 marzo 2006, 5474).

Va da sé, infine, che il termine “sentenze” adottato dalla normativa è da riferirsi, secondo chi scrive, ad ogni provvedimento decisorio che sia in grado di diventare irrevocabile, ed è, quindi, estensibile ai decreti ingiuntivi (anche del T.A.R.), alle convalide delle licenze per finita locazione, ai provvedimenti di sfratto ed, in materia penale, oltre alle sentenze, ai decreti penali di condanna.

INDICI SISTEMATICI

1. ARTICOLI, NOTE, DOTTRINA, RECENSIONI

ROBERTO ANTILLO, <i>Considerazioni critiche e spunti di riflessione sul sistema delle notifiche a mezzo posta (Art. 7 della legge 20 novembre 1982 n. 890, come modificato dall'art. 36, co.2-quater e 2-quinques della legge 28 febbraio 2008 n. 31)</i> »	275
MASSIMO BACHETTI, ALESSANDRA BRUNI, TULLIO MATTEO RUBERA, <i>Le forze multinazionali all'estero e l'immunità penale dei militari: il caso "Calipari"</i> »	184
VALERIA CAMILLI, <i>La natura giuridica degli enti fiera</i> »	214
GIUSEPPE FIENGO, <i>Limiti alla capacità giuridica per le imprese pubbliche che gestiscono servizi pubblici locali</i> »	167
OSCAR FIUMARA, <i>Avvicendamenti alla Corte costituzionale</i> <i>Saluto dell'Avvocato generale dello Stato Oscar Fiumara al Presidente uscente della Corte costituzionale Franco Bile e al nuovo giudice Giuseppe Frigo – Corte costituzionale, udienza del 4 novembre 2008</i> »	1
<i>Saluto dell'Avvocato generale dello Stato Oscar Fiumara al nuovo Presidente della Corte costituzionale Giovanni Maria Flick e al nuovo giudice Alessandro Criscuolo – Corte costituzionale, udienza del 18 novembre 2008</i> »	4
CAROLINA LAYEK, <i>Appalti pubblici: legittimazione ad agire singulatim da parte di imprese membri di una associazione temporanea</i> »	86
DIMITRIS LIAKOPOULOS, GIUSEPPE MANCINI, <i>La direttiva n. 2005/56/CE e la nuova disciplina comunitaria delle fusioni transfrontaliere di società di capitali</i> »	7
ALESSANDRO NASTRI, <i>Inderogabilità del foro erariale (anche a fronte di una eccezione incompleta)</i> »	181
ALESSANDRO NASTRI, <i>Obbligo di motivazione sulla valutazione delle prove di concorso: il punteggio alfanumerico non basta</i> »	226
DANIELE ROSATO, <i>I servizi pubblici locali alla luce della recente riforma: un passo avanti verso la concorrenza?</i> »	71
LILIANA TESSAROLI, <i>Nuove aperture negli appalti in house e nelle società miste</i> . . »	32

2. SENTENZE

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE	
Sent. 17 luglio 2008 nella causa C-371/05	<i>pag.</i> 65
Sent. 4 ottobre 2007 nella causa C-492/06 »	90
GIUDIZI IN CORSO	
Causa C-343/07, Agricoltura »	94
Causa C-415/07, Aiuti di Stato »	101
Causa C-444/07, Spazio di libertà, sicurezza e giustizia »	105
Causa C-573/07, Diritto delle imprese »	59
Causa C-138/08, Libera prestazione dei servizi »	108
Causa C-158/08, Libera circolazione delle merci »	116
Cause riunite da C-175/08 a C-179/08, Giustizia e affari interni »	123
Causa C-196/08, Libera prestazione dei servizi »	131
Causa C-218/08, Ambiente e consumatori »	134
Causa C-261/08, Spazio di libertà, sicurezza e giustizia »	138
Causa C-297/08, Ambiente e consumatori »	142
Causa T-53/08, Aiuti di Stato »	156
CORTE COSTITUZIONALE	
Sent. 1 agosto 2008 n. 326 »	168
Sent. 24 ottobre 2008 n. 351 »	247
CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE	
Sez. III civ., ord. 7 agosto 2008 n. 21413 »	182
Penale, sez. I, sent. 24 luglio 2008 n. 31171 »	200
CORTE D'ASSISE DI ROMA	
Sez. III, sent. 25 ottobre 2007 ⁶ n. 21 ⁹ »	200
CONSIGLIO DI STATO	
Ad. Plen., sent. 3 marzo 2008 n.1 »	42
TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL LAZIO	
Sez. III <i>ter</i> , sent. 1 aprile 2008 n. 2779 »	215
TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA CAMPANIA	
Napoli, sez. V, sent. 2 settembre 2008, n. 9992 »	227

3. ARGOMENTI

COMUNITÀ EUROPEE – Appalti pubblici – Direttiva 89/665/CEE – Procedura di ricorso in materia di aggiudicazione di appalti pubblici – Soggetti ammessi ad accedere alle procedure di ricorso – Associazione temporanea offe-

⁶ **Già pubblicata in questa Rassegna, 2008, n. 1, p. 262**, con nota di DAVIDE GIOVANNELLI, *Lex est araneae tela: l'esercizio della giurisdizione U.S.A. e l'accertamento delle violazioni nello ius in bello*.

INDICI SISTEMATICI

285

rente – Diritto di ciascuno dei membri di una associazione temporanea di proporre ricorso a titolo individuale	<i>pag.</i>	90
COMUNITÀ EUROPEE – Fusioni transfrontaliere delle società di capitali – Direttiva 2005/56/CE – Fusione di imprese – Registrazione di società – Partecipazione dei lavoratori – Regime fiscale »		7
COMUNITÀ EUROPEE – Inadempimento di uno Stato – Direttiva 92/50/CEE – Artt. 11 e 15, n. 2 – Appalti pubblici di servizi – Aggiudicazione dei servizi informatici del Comune di Mantova – Aggiudicazione diretta senza previa pubblicazione di un bando di gara »		65
COMUNITÀ EUROPEE – Servizio di interesse generale e servizio di interesse economico generale – servizio pubblico – competitività – coesione economica e sociale »		71
CORTE COSTITUZIONALE - Giudizio di legittimità costituzionale in via principale - Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale e per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica di cui al d.l. n. 223 del 2006, sia nel testo originario sia in quello risultante dalle modifiche apportate in sede di conversione - Ricorso delle Regioni Veneto, Sicilia, Friuli-Venezia Giulia e Valle d'Aosta - Trattazione separata delle questioni concernenti l'art. 13 - Riserva a separate pronunce della decisione sulle altre questioni »		168
CORTE COSTITUZIONALE - Partecipazioni pubbliche - Società a capitale pubblico o misto costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali o locali per la produzione di beni e servizi strumentali - Obbligo di operare esclusivamente con gli enti pubblici costituenti o partecipanti e correlativo divieto di operare nel libero mercato - Ricorso delle Regioni Veneto e Friuli-Venezia Giulia - Questione sollevata in riferimento all'art. 119 Cost. - Prospettazioni generiche in quanto prive di autonome argomentazioni – Inammissibilità »		168
GIUSTIZIA E AFFARI INTERNI – Enti pubblici – Destinazione della pubblicità - Natura giuridica degli enti fiera – Esclusione della natura pubblicistica dell'ente – Non soggezione all'art. 41 del D.Lgs. 177/05 »		215
GIUSTIZIA E AFFARI INTERNI – Procedimento penale – Reato commesso fuori dal territorio – Giurisdizione italiana – Carenza »		200
GIUSTIZIA E AFFARI INTERNI - Pubblica amministrazione – Concorsi – Motivazione degli atti concorsuali di valutazione delle prove orali o scritte . . . »		227
GIUSTIZIA E AFFARI INTERNI – Regolamento di competenza – Competenza territoriale per foro erariale – Irrilevanza dell'incompletezza della relativa eccezione »		182

4. PARERI, COMUNICAZIONI, CIRCOLARI

A.G.S. – Parere del 26 agosto 2008 n. 102376.		
Applicabilità dell'art. 12, comma 5, prima parte, del D.lgs. n. 472/97 alle c.d. imposte istantanee (<i>consultivo 12265/08, avvocato G. Albenzio</i>) »		233

A.G.S. – Parere del 22 settembre 2008 n. 110090.

Art. 36 legge 31/08. Disposizioni in materia di riscossione (*consultivo 21110/08, avvocato G. Albenzio*) pag. 238

A.G.S. - Parere del 24 settembre 2008 n. 111007.

Interpretazione dell'art. 7, 6° co. D.L. 248/07 convertito in legge 31/08 (*consultivo 25247/08, avvocato A. Palatiello*) » 241

A.G.S. – Parere del 24 settembre 2008 n. 111028.

Richiesta di tentativo obbligatorio di conciliazione in materia di decadenza dall'incarico dirigenziale di livello generale *ex art. 3 comma 7 l. 145/2002* - Ricorso al Tribunale Civile di Roma, sez. lavoro, in materia di decadenza dall'incarico dirigenziale di livello generale *ex art. 3 comma 7 legge 145/2002*. Richiesta patrocinio proposta transattiva (*consultivo 43615/07, avvocato G. Fiengo*) » 243

Avvocatura distrettuale dello Stato di Catanzaro - Parere del 2 ottobre 2008 n. 24046 (reso dall'Avvocatura distrettuale di Catanzaro in via ordinaria).

Istanza di aggiornamento informative antimafia *ex art. 10, comma 8, d.P.R. 3 giugno 1998, n. 252 (consultivo 6845/08, avvocato A. Mezzotero)* » 251

A.G.S. – Parere del 13 ottobre 2008 nn. 118846 – 118848 (reso dall'Avvocatura Generale in via ordinaria).

Istanza di aggiornamento di informative antimafia *ex art. 10, comma 8, d.P.R. 3 giugno 1998 n. 252 (consultivo 36675/08, avvocato M. Borgo)* » 264

A.G.S. - Parere del 14 ottobre 2008 (reso dall'Avvocatura Generale in via ordinaria).

Portata applicativa dell'art. 802 codice navigazione (*consultivo 7657/08, avvocato P. Di Palma*) » 265

A.G.S. – Parere del 20 ottobre 2008 n. 121176.

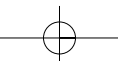
Spettanza dell'indennizzo *ex lege* 210/92 in caso di patologia non ascrivibile a categoria tabellare (*consultivo 34657/08, avvocato M. Russo*) » 270

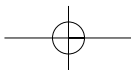
A.G.S. – Parere del 23 ottobre 2008, n. 123287.

Riparazione per ingiusta detenzione. Spettanza o meno degli interessi per il tardivo pagamento di quanto dovuto a titolo di indennizzo per effetto dell'ordinanza n. 232/2005 della Corte di Appello - Sezione Penale di Roma (*contenzioso 14372/05, avvocato M. Borgo*) » 271

Comunicazione di servizio n. 117 – circolare n. 44 del 28 ottobre 2008, prot. 124807 e 124812.

Condanna dell'Amministrazione e criteri di calcolo di interessi legali e rivalutazione monetaria sul capitale dovuto » 273





Finito di stampare nel mese di gennaio 2009
Stabilimenti Tipografici Carlo Colombo S.p.A.
Via Roberto Malatesta n. 296 - Roma