

ANNO LXI - N. 3

LUGLIO-SETTEMBRE 2009

RASSEGNA
AVVOCATURA
DELLO STATO

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE DI SERVIZIO

COMITATO SCIENTIFICO: *Presidente: Glauco Nori. Componenti: Franco Coppi - Giuseppe Guarino - Natalino Irti - Eugenio Picozza - Franco Getano 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 - Maria Vittoria Lumetti - Antonio Palatiello - Massimo Santoro - Carlo Sica - Stefano Varone.*

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: *Antonella Quirini e Carla Censi*

HANNO COLLABORATO INOLTRE AL PRESENTE FASCICOLO: *Giuseppe Albenzio, Antonella Anselmo, Roberto Antillo, Massimo Bachetti, Sara Caiazza, Vittorio Cesaroni, Guido Corso, Chiara Di Seri, Fabrizio Doddi, Gianluca Fatato, Pasquale Fava, Flavio Ferdani, Wally Ferrante, Sabino Fortunato, Flaminia Giovagnoli, Emanuela Pazzano, Morena Pirolo, Vincenzo Rago, Giampaolo Rossi, Marina Russo, Andrea Scalzo, Federica Varrone, Luca Ventrella, Giuseppe Zuccaro.*

E-mail:

giuseppe.fiengo@avvocaturastato.it - tel. 066829313

maurizio.borgo@avvocaturastato.it - tel. 066829597

antonella.quirini@avvocaturastato.it - tel. 066829205

carla.censi@avvocaturastato.it - tel. 066829561

ABBONAMENTO ANNUO€ 40,00

UN NUMERO € 12,00

Per abbonamenti ed acquisti inviare copia della quietanza di versamento di bonifico bancario o postale a favore della Tesoreria dello Stato specificando codice IBAN: IT 42Q 01000 03245 348 0 10 2368 05, causale di versamento, indirizzo ove effettuare la spedizione, codice fiscale del versante.

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

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

Stampato in Italia - Printed in Italy

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

INDICE - SOMMARIO

TEMI ISTITUZIONALI

- Vittorio Cesaroni, *“Le ragioni (anche) dell’interesse pubblico per un diritto sempre ragionevole”*. Relazione tenuta nella sala dell’Adunanza Generale del Consiglio di Stato al Convegno del 15 maggio 2009 su *“Azione risarcitoria e giudice amministrativo”* pag. 1
- Relazione Associazione Avvocati e Procuratori dell’Avvocatura dello Stato tenuta a Palazzo dei Congressi, Roma, il 5 maggio 2009 in occasione dell’evento *“Giornata per la giustizia”* » 9

CONTENZIOSO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE

- Tavola rotonda sugli aiuti di Stato. Interventi di Guido Corso, Gianni De Bellis, Sergio Fiorentino, Sabino Fortunato, Paolo Gentili e Giampaolo Rossi » 15
- Chiara Di Seri, *La responsabilità dello Stato per gli atti amministrativi “anticomunitari” in materia di I.v.a. Un’ipotesi di violazione del principio di “equivalenza procedurale”* (Corte di Giustizia CE, conclusioni dell’Avvocato Generale del 9 luglio 2009 nella causa C-118/08). » 51
- Flaminia Giovagnoli, *Titolarietà e gestione delle farmacie nella normativa comunitaria ed italiana* » 74
- Giuseppe Albenzio, *Il caso Guiso-Gallisay c.Italia. Intervento all’udienza del 17 giugno 2009 dinanzi alla Grande Camera della Corte dei diritti dell’uomo di Strasburgo* » 125
- 1.- Le decisioni*
- Wally Ferrante, *Prescrizione del diritto al risarcimento del danno nei confronti dello Stato per violazioni del diritto comunitario* (Corte di Giustizia CE, sent. 24 marzo 2009 nella causa C-445/06). » 135
- Giuseppe Fiengo, *Un utile riassunto sul tema degli “appalti in house”* (Corte di Giustizia CE, sent. 10 settembre 2009 nella causa C-573/07) » 151
- 2. - I giudizi in corso*
- Wally Ferrante, *Politica sociale, causa C-229/08* » 170
- Wally Ferrante, *Giustizia e affari interni, causa C-292/08* » 174
- Sergio Fiorentino, *Ravvicinamento delle legislazioni, causa C-324/08.* » 178

Wally Ferrante, <i>Politica sociale, causa C-336/08</i>	pag.	184
Wally Ferrante, <i>Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, causa C-347/08</i>	»	192
Wally Ferrante, <i>Proprietà intellettuale, causa C-518/08</i>	»	197
Wally Ferrante, <i>Libertà di stabilimento, causa C-565/08</i>	»	203

CONTENZIOSO NAZIONALE

Gianluca Fatato, <i>Contratto a termine: illegittimità costituzionale della disciplina sanzionatoria differenziata</i> (Corte Cost., sent. 8-14 luglio 2009 n. 214).	»	215
Morena Pirollo, <i>La funzione dell'istanza di prelievo nei ricorsi per equa riparazione dell'irragionevole durata del processo. Nella giurisprudenza della Corte di Cassazione ed alla luce dei nuovi interventi normativi</i> (Cass., Sez. I civ., sent. 6 marzo 2003 n. 3347; Cass., Sez. I civ., 17 aprile 2003 n. 6180; Cass. civ., SS.UU., sent. 23 dicembre 2005 n. 28507; Cass., Sez. I civ., sent. 28 novembre 2008 n. 28482)	»	231
Giuseppe Zuccaro, <i>Sugli effetti della cancellazione delle società dal registro delle imprese. La parola alle Sezioni Unite</i> (Cass., Sez. I civile, sent. 15 settembre 2009 n. 19804)	»	261
Emanuela Pazzano, <i>Il ripristino degli "esami di riparazione". Incertezze giurisprudenziale e questioni applicative in merito all'ordinanza ministeriale n. 92 del 5 novembre 2007 del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca</i> (TAR Piemonte, Sez. II, sent. 12 settembre 2008 n. 1891).	»	267
Roberto Antillo, <i>La revoca delle misure di prevenzione di natura patrimoniale. Questioni insolute e nuove problematiche</i> (TAR Calabria, Sez. Reggio Calabria, sent. 28 gennaio 2009 n. 81).	»	279
Fabrizio Doddi, <i>Il carattere assoluto dell'insindacabilità degli atti politici</i> (TAR Puglia, Bari, Sez. III, sent. 18 maggio 2009 n. 1183).	»	299
Riccardo Montagnoli, <i>Sul rifiuto dell'ufficiale di stato civile di effettuare le pubblicazioni per un matrimonio tra omosessuali</i> (CdA Brescia, Sez. I civ., decreto 2 luglio 2009 n. 69; Trib. Venezia, Sez. III civ., ord. 4 aprile 2009). Vincenzo Rago, <i>Note critiche sul relativismo giuridico</i>	»	311

I PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO

Massimo Bachetti, <i>Richiesta interessi per tardivo rimborso spese legali - AL 19546/05</i>	»	339
Federica Varrone, <i>Ricorso avverso cartella esattoriale, Nuova Tirrena S.p.A. c. Ministero Sviluppo Economico - AL 39982/08</i>	»	341

Luca Ventrella, <i>Obbligo da parte dei pubblici ufficiali di segnalare alla Procura della Repubblica gli obiettori di coscienza che, seppure precettati, non hanno svolto il servizio di leva - AL 26186/08</i>	pag. 344
--	----------

RECENSIONI

Federico Basilica e Fiorenza Barazzoni, <i>Diritto amministrativo e politiche di semplificazione</i> , Maggioli Editore, 2009. Prefazione di Franco Gaetano Scoca.	» 347
Renato Federici, <i>Guerra o diritto? Il diritto umanitario e i conflitti armati tra ordinamenti giuridici</i> , Editoriale Scientifica, 2009. Recensione di Antonella Anselmo.	» 350

CONTRIBUTI DI DOTTRINA

Sara Caiazza, <i>Rilevanza giuridica del deposito dell'istanza di prelievo nella applicazione della legge n. 89/2001</i>	» 355
Pasquale Fava, <i>"L'ingiustizia costituzionalmente qualificata" "a tipicità elastica" e l'opzione "qualitativa" della "gravità del danno" e della "serietà della lesione". Il danno non patrimoniale nel seguito di SS.UU. 11 novembre 2008</i>	» 359
Flavio Ferdani, <i>L'informazione, la formazione e le buone prassi: cardini per la sicurezza sui luoghi di lavoro</i>	» 375
Andrea Scalzo, <i>L'abuso del diritto spazia dalla proprietà al voto assembleare attraverso la violazione del principio di buona fede</i>	» 390

TEMI ISTITUZIONALI

Azione risarcitoria e giudice amministrativo

*“Le ragioni (anche) dell’interesse pubblico
per un diritto sempre ragionevole”*

*di Vittorio Cesaroni**

Il tema del convegno è quanto mai interessante e soprattutto di massima attualità, ed investe diversi profili che non possono essere trattati tutti compiutamente nel ristretto ambito della odierna relazione. Affrontarlo - almeno secondo l’angolo visuale di un difensore istituzionale della parte pubblica, ma caratteristico del resto di tutte le problematiche di diritto processuale amministrativo (secondo i precetti, tra gli altri, del grande Maestro Mario Nigro) - impone di considerare in fondo il sistema di tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti della P.A. nella assoluta peculiarità del giudizio amministrativo, contrassegnato da una parte pubblica necessaria e nel nostro ordinamento in via primaria dalla tutela di una situazione giuridica soggettiva speciale quale quella dell’interesse legittimo al corretto esplicarsi dell’azione amministrativa. Ma, aggiungo subito, del “legittimo interesse” del privato a che questa tutela sia il più possibile effettiva, piena e soddisfacente ed ottenuta in tempi ragionevoli, pur a fronte della esigenza di sottoporre a sindacato le imprescindibili, spesso complesse, ragioni dell’interesse pubblico che, non è inutile ribadire, costituiscono il *quid pluris* peculiare del processo amministrativo.

Considerazione dell’interesse pubblico, anche dell’interesse pubblico, e ricerca costante della più effettiva e soddisfacente tutela degli amministrati, la cui domanda di giustizia nei confronti della P.A., per molteplici ragioni (è

(*) Avvocato dello Stato. Relazione al Convegno del 15 maggio 2009 in occasione del *Premio Antonio Sorrentino*, convegno tenutosi nella Sala dell’Adunanza Generale del Consiglio di Stato.

inutile tacerlo) è cresciuta in questi ultimi anni in maniera esponenziale, generalizzata e sempre più sofisticata (oserei dire aggressiva), merito anche della capacità di risposta attenta, a dispetto di ogni difficoltà, da parte del giudice amministrativo.

E qui so di far felice, credo, il Presidente de Lise che, tra gli altri, non ha mai mancato, nelle relazioni istituzionali (già come Presidente del TAR del Lazio) e nei qualificati interventi, di ribadire con fermezza che, già *hic et nunc* utilizzando tutte le tecniche di tutela consentite (fino a quelle persino atipiche) e magari con l'intervento illuminato del legislatore, occorre ormai, in linea del resto con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, "*abbracciare un modello processuale che consenta al giudice amministrativo di emanare pronunce che, più che dare torto all'amministrazione, diano ragione al privato definendo au fond la res controversa*" (Palazzo Spada, 6 aprile 2009, convegno su "*Giusto processo e processualprocedimento*")

Senza mai dimenticare che "*il compito, o meglio il fine, della giustizia nei riguardi della pubblica amministrazione è costituito dalla tutela del singolo cittadino, ma, al contempo, dalla garanzia del corretto funzionamento dell'amministrazione, nel suo stesso interesse; perché la rimozione di un atto illegittimo deve aiutare a rendere legittimi gli analoghi atti successivi; e perché l'interesse della p.a. è, in realtà, l'interesse di tutti i cittadini*". E questa è musica sinfonica per un avvocato dello Stato.

E' in questa ottica, e soprattutto in questa ottica, che vengo al tema centrale. Ribaltando l'ordine espositivo di una nota trasmissione televisiva di inchiesta (che tra l'altro tende a bacchettare non poco l'amministrazione italiana), vorrei iniziare subito con una "buona notizia", ovvero con una felice constatazione, sul quale c'è ormai unanime consenso.

La buona notizia per il sistema di tutela, *rectius* delle tutele, di giustizia amministrativa sono i passi avanti invero ciclopici fatti nella giusta direzione suesposta nell'arco dell'ultimo decennio.

Solo dieci anni fa si era in una situazione che appare oggi ai nostri occhi, ammettiamolo, quasi arcaica.

Si aveva infatti un sistema di riparto di giurisdizione fondato come sempre sulla natura della situazione giuridica soggettiva, ma caratterizzato da una tutela ripartita e dimidiata tra giudice ordinario e giudice amministrativo nei confronti della P.A., a tutto scapito del cittadino, che strideva con la ragionevolezza, con la concentrazione dei giudizi e quindi con la pienezza ed effettività della tutela.

Il giudice amministrativo poteva annullare con privilegio esclusivo l'atto amministrativo illegittimo, ma - stante il principio quasi dogmatico della irrisarcibilità dell'interesse legittimo - non poteva accordare la eventuale tutela risarcitoria di completamento, aggiuntiva e consequenziale al detto annullamento.

Il Giudice ordinario, pur non potendo incidere in via diretta e principale

sul provvedimento amministrativo, aveva sostanzialmente il monopolio della tutela di tipo risarcitorio, successiva e conseguente all'annullamento, ma ciò a dispetto quanto meno della celerità e della concentrazione dei giudizi.

Oggi - a soli dieci anni dalla svolta epocale della celebre sentenza delle Sezioni Unite n. 500 del 1999, invero anticipata sul piano normativo e settoriale dall'art. 13, D.lgs. n. 142 del 1992 in tema di appalti pubblici comunitari, che faceva cadere il tabù soprattutto culturale (ne va dato atto alla Suprema Corte) della non risarcibilità della lesione di interessi legittimi, sia pure allora attraverso la configurazione di un diritto soggettivo di stampo prettamente civilistico - abbiamo ottenuto altri due risultati rilevanti, ritengo, nella giusta direzione. E ciò è merito del legislatore (con l'art. 7, introdotto *ex lege* n. 205/2000), della Corte Costituzionale (sentenza n. 204/2004 ribadita dalla 191/2006, e dalla n. 351 del 24 ottobre 2008) e del dialogo ragionevole, come si dice, tra i supremi plessi giurisdizionali, di giustizia amministrativa e ordinaria.

E' ora attribuita, per via normativa, in via generalizzata al giudice amministrativo (non solo nell'ambito della giurisdizione esclusiva, ma nell'ambito della sua giurisdizione di legittimità) la cognizione della risarcibilità dei danni derivanti da lesione di interessi legittimi.

Come è stato significativamente rilevato (Aldo Linguiti, *Le nuove frontiere del giudice amministrativo*), ciò non è fine a sè stesso, nè è dovuto solo alla esigenza di concentrazione presso un unico giudice di tutte le conseguenze derivanti dall'adozione di un provvedimento illegittimo (ovvero mancata adozione di atti dovuti o legittimamente attesi). E' frutto a ben vedere di una tardiva, ma inarrestabile mutata concezione ed evoluzione dello stesso interesse legittimo. Emerge una posizione giuridica di valore sostanziale convergente alla realizzazione insieme dell'interesse pubblico (all'origine unico obiettivo dell'esercizio del potere) e, al contempo, dell'interesse del privato destinatario dell'esercizio del potere stesso via via meglio riconosciuto e protetto.

In altri termini anche l'interesse legittimo, come tutte le posizioni giuridiche volte ad ottenere un risultato patrimonialmente apprezzabile, giunge a meritare quella forma di tutela che è espressa dalla risarcibilità dei danni derivanti dalla loro illegittima lesione, quale misura sostitutiva ed equivalente alla violazione dell'ordinamento.

Grazie anche alle precisazioni della Corte Costituzionale nella nota sentenza n. 204/2004, la riconosciuta risarcibilità dell'interesse legittimo, non costituisce materia nuova, ma solo un ulteriore forma di tutela dello stesso interesse legittimo nascente dal cattivo esercizio del potere autoritativo.

Il riconoscimento formale intervenuto a livello positivo (*ex lege* n. 205/2000) della risarcibilità dei danni da lesioni di interesse legittimo, con contestuale attribuzione anche di tali ipotesi di tutela, aggiuntiva e consequenziale all'annullamento, per quanto eventuale, al giudice amministrativo è stato accettato del resto (*in parte qua*) dalla Suprema Corte regolatrice che, rime-

ditando il proprio iniziale indirizzo, ha affermato che, afferendo anche la tutela risarcitoria (come quella demolitoria primaria) ai rimedi giustiziali contro il cattivo esercizio della pubblica funzione, la relativa competenza giurisdizionale non può che assegnarsi al giudice amministrativo quale “*giudice naturale della legittimità dell’esercizio della funzione pubblica*” (Cass. SS.UU. ord.za n. 13659/06 del giugno 2006).

Il cittadino ha dunque ottenuto una *nuova tutela*, ulteriore ed eventuale, strettamente riconnessa alla tutela dell’interesse legittimo dinanzi ad *unico giudice*, il giudice amministrativo, lo stesso giudice signore del sindacato sulla funzione pubblica, che quindi può dare, entro i limiti e i caratteri della propria giurisdizione sull’interesse pubblico, tutela piena e maggiormente satisfattiva all’interessato.

Confortati dalle pronunce costituzionali che pongono con chiarezza l’accento sulle forme di tutela, traendone le dovute conseguenze sul piano del riparto delle giurisdizioni, non c’è più l’esigenza primordiale di andare a trasfigurare l’interesse legittimo e a configurare il diritto al risarcimento come un diritto soggettivo, autonomo e parallelo, di impronta marcatamente civilistica.

La tesi per così dire *pancivilistica* – diritto soggettivo al risarcimento ex art. 2043 c.c. di competenza del giudice ordinario – può, e deve, a nostro avviso cedere il passo alla impostazione coerentemente *amministrativistica* del tema, una volta che per ammissione condivisa la tutela risarcitoria riconnessa all’interesse legittimo (ovvero al controllo anche consequenziale sull’esercizio della funzione pubblica) avviene ad opera del giudice amministrativo nell’ambito del giudizio amministrativo, che ha come carattere tipico ed esclusivo quel sindacato, in prima battuta di tipo demolitorio. Del resto tale ultimo potere annullatorio non viene escluso alla luce del risarcimento dei danni, ma anzi la reintegrazione in forma specifica viene espressamente riconosciuta come una forma per realizzare il risarcimento: il giudice amministrativo, “*nell’ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all’eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali*” (art. 7, legge n. 1034/1971, come modificato dalla legge n. 205/2000).

E qui come è noto nasce, o meglio residua, il problema, tutto interno alla struttura e alla logica della giurisdizione amministrativa, della cd. pregiudiziale amministrativa, ovvero della necessità o meno della previa domanda di impugnazione dell’atto amministrativo, e conseguente dichiarazione di annullamento, ai fini della conseguente domanda di risarcimento danni.

Posizione ripetutamente e fermamente sostenuta dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sin dal 2003 e poi con la n. 12/2007), ed affermata recentemente anche dalla Sezione IV, con sentenze n. 1917/09 del 31 marzo 2009 e n. 2435/09 del 21 aprile 2009. La decisione di marzo 2009, pur ritenendo ammissibile la domanda senza preclusioni d’ordine processuale, e

quindi affermando la propria giurisdizione, statuisce che la domanda risarcitoria da provvedimento non impugnato (o tardivamente impugnato) è infondata nel merito, in quanto la mancata impugnazione dell'atto fonte del danno consente a tale atto di operare in modo precettivo dettando la regola del caso concreto, ed impedisce così che il danno possa essere considerato ingiusto od illecita la condotta tenuta dall'Amministrazione in esecuzione dell'atto inopugnato.

L'Adunanza Plenaria n. 12/2007 è stata addirittura sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite in punto di giurisdizione, che con la nota sentenza n. 30254/08 del 23 dicembre 2008, con ampia motivazione, ha ribadito che deve ritenersi ammissibile dinanzi al giudice amministrativo una domanda risarcitoria autonoma (ovvero senza previo annullamento dell'atto illegittimo), intesa alla condanna al risarcimento del danno prodotto dall'esercizio illegittimo della funzione amministrativa, spingendosi a statuire che *“la decisione del giudice amministrativo, che neghi tale tutela risarcitoria degli interessi legittimi sul presupposto che l'illegittimità dell'atto debba essere stata precedentemente richiesta e dichiarata in sede di annullamento, è viziata da violazione di norme sulla giurisdizione ed è soggetta a cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione”*.

Su questo punto dunque il contrasto tra Consiglio di Stato e Corte di Cassazione appare ancora netto, anche se al riguardo ci permettiamo di essere moderatamente ottimisti, nonostante tutto, anche alla luce della dimostrata capacità di dialogo ragionato tra i supremi plessi, entrambi ugualmente motivati comunque dall'attenzione per la più piena ed effettiva tutela che l'ordinamento, considerato in modo sistematico, deve riconoscere.

In tale ottica dobbiamo solo augurarci tutti che dopo essere arrivati, per i passi significativi illustrati, assai vicini alla meta, non si ripiombi invece... a metà del guado.

Certo è che la *querelle* a distanza si è recentissimamente rinvigorita. La Sezione VI del Consiglio di Stato, con la pronuncia n. 2436/09 del 21 aprile 2009, esplicitando consapevolmente la problematica e il contrasto esistente, ha rimesso all'Adunanza Plenaria la questione della pregiudizialità amministrativa, ipotizzando tra l'altro anche violazioni di diversi precetti costituzionali. Va dato atto, oltre che della argomentatissima motivazione sotto tutti i profili, della chiarezza, sicuramente inusuale, in cui si afferma di dover pronunciare una sentenza, ove costretti in adesione non condivisa alla Cassazione, una sentenza *“suicida”* (letteralmente). Si rimette pertanto alla Plenaria la questione della pregiudiziale *“nella lettura dell'art. 7 datane dalla Cassazione e con il principio di ragionevolezza anche sistematica, con i principi costituzionali considerati, e con le seguenti norme costituzionali...”* (artt. 81, u.c.; art. 97; art. 113, co.3; artt. 103 e 113).

E' facile ipotizzare una possibile rimessione della Plenaria al Giudice del

vaglio costituzionale. Sarebbe auspicabile magari un consapevole intervento del legislatore.

A prescindere dal merito, lasciatemi dire - con il massimo rispetto dovuto alla Suprema Corte, alla rispettabilità di tutte le posizioni ermeneutiche, ma nella ricerca comunque delle concezioni culturali sottese in dati periodi anche alle decisioni dei giudici - che francamente, quale cultore ed operatore del diritto amministrativo, trovo paradossale, e quantomeno ingeneroso, che il giudice amministrativo tutto, Consiglio di Stato e Tribunali Amministrativi Regionali, che ha sempre affinato negli anni la sua capacità di dare sempre più penetrante tutela sul versante della tutela tipica dell'interesse legittimo, sia in sede di giurisdizione di legittimità, che esclusiva (basti pensare che tutte le leggi sul procedimento e sul processo amministrativo di regola hanno "fotografato" quanto già sapientemente acquisito nelle aule di giustizia), possa essere ora tacciato di giudice conservatore, timidamente sulla difensiva proprio nel momento dell'acquisizione di una nuova forma di tutela (risarcitoria da interesse legittimo) al suo armamentario giuridico.

Comprendo la facile obiezione, che forse in parte può essere comprensibile: non sarà proprio forse perché il giudice amministrativo sta abdicando ingiustificatamente al suo ruolo anche innovativo, non riuscendo ad andare oltre alla secolare tutela pur sempre principale di tipo demolitorio?

Sommessamente non riteniamo, peraltro, che il reale nodo cruciale sia questo.

Invero la sensazione è che alla concezione pancivilistica ricordata, che ora non può trovare più ingresso, forse si vuole sostituire, con esiti imprevedibili nel campo amministrativistico, una concezione *panrisarcitoria*, che finisce per mettere giocoforza in secondo piano la tutela primaria dell'interesse legittimo attraverso l'annullamento dell'atto o comunque l'accertamento, necessario e preventivo, dell'illegittimità dell'azione amministrativa, sia pure con il massimo riguardo agli effetti consequenziali; mettendo altresì in discussione - di qui forse non è infondato il riferimento ad opzioni di tipo "suicida" - l'essenza stessa del giudizio amministrativo, per come costituzionalmente concepito e consolidato.

Non si potrà negare che, in nome di una apparente battaglia a favore di una più ampia tutela del privato nei confronti della P.A., si finisce per incidere e snaturare tutta la struttura, e l'intima logica, del processo amministrativo, come processo - per questo si è evidenziato in apertura, anche con l'ausilio delle efficaci parole... presidenziali - tra parte pubblica e privato, in cui devono necessariamente essere considerate e attentamente valutate anche le ragioni di interesse pubblico sottese all'esercizio della funzione amministrativa, sia pure al fine di soddisfare, per quanto possibile, la domanda di giustizia del privato.

Il tempo è tiranno e non posso dar conto di tutte le, a mio avviso, efficaci

considerazioni contenute nell'ordinanza ultima di rimessione alla Plenaria della VI Sezione.

La mia tesi di fondo, come forse si è compreso, è che a legislazione invariata ragioni di coerente ordinamento giuridico, costituzionalmente fondato, di struttura del giudizio amministrativo, di principi profondi dell'attività amministrativa (dalla presunzione di legittimità dell'atto alla certezza e all'esigenza di consolidamento delle situazioni di diritto pubblico), di logica e ragionevolezza, anche nell'interesse di una tutela effettiva e globale da riconoscere al privato destinatario dell'azione della P.A. e di rispetto delle ragioni dell'interesse pubblico più generale, portano a propendere affinché tale problematica, a partire dalla pregiudiziale, venga comunque governata e regolata nell'ambito della giurisdizione amministrativa, alla quale ormai è pacificamente attribuita.

Non è dunque - o non può essere più - un problema di giurisdizione, perché come visto il giudice amministrativo non nega affatto la propria giurisdizione, ma decide sui propri poteri di tutela riconosciuti dall'ordinamento, costituzionalmente affermati.

Non ho dubbi che il giudice amministrativo, pressato non solo dalla Casazione ma dalla sempre più incessante e originale domanda di giustizia, saprà affinare nel tempo le forme di tutela possibili ma, quando c'è in campo (anche) l'interesse pubblico, l'idea di un diritto soggettivo pieno, autonomo e parallelo, al risarcimento del danno deve comunque fare i conti con l'assetto e la coerenza del sistema ordinamentale, che allo stato attuale non consentono addirittura che la tutela principale di tipo impugnatorio o di riconoscimento della legittima pretesa sostanziale (quanto agli interessi di tipo pretensivo) assuma connotazioni di carattere recessivo e residuale rispetto alla tutela risarcitoria.

Ben venga, per ora, la giurisdizione piena del giudice amministrativo con la tutela risarcitoria, ulteriore aggiuntiva ed eventuale, ma non certo svincolata dal preventivo necessario accertamento dell'illegittimità dell'azione amministrativa.

Accertamento che non può avvenire nel nostro vigente ordinamento sotto forma di disapplicazione in via principale da parte del giudice amministrativo dell'atto amministrativo, non impugnato o non tempestivamente impugnato, ai fini di dare autonomo ingresso all'azione risarcitoria.

Appare altresì francamente inaccettabile una concezione di illiceità-ingiustizia del danno che prescindendo dal presupposto necessario, anche se non sufficiente oltretutto, della dichiarata illegittimità dell'operato amministrativo.

Tra i vari argomenti contrari viene citato anche l'art. 21 *octies* della legge n. 241/90, come modificato dalla legge n. 15/2005, laddove consente al giudice di non annullare l'atto pur in presenza di vizi formali procedurali, laddove il contenuto dispositivo non avrebbe potuto nella sostanza essere diverso. Qui l'illegittimità (formale) consentirebbe - se prospetta - di dare ingresso al-

l'azione risarcitoria, pur in assenza dell'annullamento; ma ci permettiamo di dissentire perché innanzitutto vi è comunque una domanda in via principale sull'atto e poi è la riprova che, a fronte delle documentate ragioni di interesse pubblico allegate in giudizio, l'atto è da ritenersi *sostanzialmente* legittimo, e infatti non annullabile, senza possibile pretesa ulteriore.

Anche sul piano pragmatico, poi, per ragionare al di là delle disquisizioni giuridiche formali, si pensi alle conseguenze poco congrue, per usare un eufemismo, che potrebbero derivare ove si lasciasse la scelta all'interessato (anzi agli interessati) - già *ex se* inammissibile nel campo del diritto amministrativo, per i motivi ricordati - tra impugnazione dell'atto in via principale al fine della sua rimozione e domanda autonoma al fine del risarcimento del danno comunque patito, svincolata dall'accertamento della illegittimità dell'attività amministrativa. Avremmo da un lato un incentivo al disinteresse della P.A. verso una reale legalità della propria azione, potendo confidare sull'intangibilità del proprio operato in ipotesi di atti illegittimi, laddove si rischia (come male minore, al di là dei profili di responsabilità) solo l'eventuale risarcimento.

Ma quel che è più grave - quale mero esempio, senza voler dare suggerimenti criminosi (per i quali purtroppo la realtà sovente supera la fantasia) - si potrebbe giungere ad accordi collusivi tra interessati e controinteressati (penso alle gare d'appalto) in cui la ditta in ipotesi illegittimamente aggiudicata si accordi con la ditta illegittimamente esclusa (e potenziale vincitrice), affinché quest'ultima non presenti o non coltivi il ricorso giurisdizionale di annullamento, "accontentandosi" del successivo probabile risarcimento danni: qui avremmo sì la piena tutela di due privati, ma con doppio esborso e doppio danno erariale!

Al di là di ogni temporanea pessimistica considerazione, è lecito pronosticare che si giungerà, o per via giurisprudenziale o per via normativa, infine ad un soddisfacente concordato sul punto che assicuri, come evidenziato in apertura, che il giudizio amministrativo, anche con riferimento alla nuova tutela risarcitoria, non venga snaturato nella sua struttura e nelle sue funzioni primarie, come unico giudizio capace, ontologicamente e storicamente, di coniugare un penetrante sindacato di controllo sulla funzione pubblica, nel rispetto delle ragioni dell'interesse pubblico, con le esigenze di effettività della tutela richiesta dal privato.

Il Presidente Caianiello affermava che le sentenze devono essere soprattutto ragionevoli, in modo da essere facilmente comprese ed accettate.

Lasciatemi concludere affermando, non senza orgoglio e convinzione, che l'Avvocatura dello Stato cercherà in ogni caso di rappresentare le ragioni dell'Amministrazione nel giudizio, confidando in un diritto sempre 'ragionevole' per l'interesse pubblico in uno con le legittime aspettative dei privati.

«Giornata per la giustizia»

Relazione Associazione Avvocati e Procuratori dell'Avvocatura dello Stato

(Palazzo dei Congressi, Roma, 5 maggio 2009)

L'iniziativa "Giornata per la Giustizia" è finalizzata a sensibilizzare opinione pubblica, mondo dell'informazione politico ed istituzionale, economico e del lavoro sul problema dell'inadeguatezza delle risorse, di cui attualmente dispone il cd. sistema giustizia, per rendere un servizio soddisfacente al cittadino. L'evento ha carattere eccezionale perché per la prima volta nella storia di questo Paese vede coinvolte in un unico consesso tutte le componenti del mondo Giustizia. Personale togato e non togato concentrano i loro sforzi verso un comune obiettivo: richiamare l'attenzione su dati concreti in modo di restituire al dibattito quella obiettività che manca nei grandi media.

In questo contesto l'Avvocatura dello Stato, ignorata dal grande pubblico, ritiene di avere un ruolo di primo piano perché la gestione del contenzioso e la consulenza a favore delle amministrazioni dello Stato ed altri enti patrocinati offre un osservatorio assolutamente privilegiato delle patologie dell'azione amministrativa. Questo osservatorio fornisce l'opportunità di suggerire alle amministrazioni interventi correttivi per fare in modo che esse, nella loro attività, si conformino sempre più al rispetto delle norme ed intendano le loro funzioni come strumento per il perseguimento di un interesse pubblico che è soprattutto al servizio del cittadino.

Il conseguimento dell'obiettivo richiede ovviamente un'adeguata dotazione di mezzi in termini di avvocati, personale amministrativo, risorse finanziarie.

Affari e dotazione personale

La dotazione organica è stabilita *ex art.* 6 comma 1 d.lgs. 165 del 2001 sulla base del fabbisogno che per l'Avvocatura dello Stato è da individuarsi nel numero complessivo degli affari contenziosi e consultivi.

Nel 2008 il totale ammontava a 169.371. Nel 2001 gli affari corrispondevano a 208.580 unità. Il calo che si è registrato nel 2006 di circa trentamila unità è da attribuirsi alla perdita del contenzioso degli invalidi civili, passato alla competenza dell'INPS. Per il resto il *trend* complessivo è abbastanza costante. Anzi rispetto al 2007 vi è stato un incremento di circa 10.000 unità (da attribuirsi in gran parte all'aumento del contenzioso della legge Pinto).

Sotto il profilo della tipologia di contenzioso, si registra una crescita imponente della percentuale di affari riguardanti indennizzo per irragionevole

durata del processo (17%), ed una mole rilevante di affari in materia tributaria (21%), di cui solo circa il 60% costituisce contenzioso avanti alla Suprema Corte di Cassazione.

Per quanto attiene alla ripartizione sulla base delle autorità giudiziarie è prevalente il contenzioso avanti ai giudici amministrativi, cassazione e giudici civili. Infatti su di un totale di 35.942, gli affari avanti al giudice amministrativo corrispondono a 10.760 unità, alla cassazione 9.582, ai giudici di merito 13.870.

Relativamente infine alle amministrazioni assistite il contenzioso è incentrato prevalentemente su Economia e Finanze (27,31%), Agenzia delle entrate (23%), Interno (19,81%), Istruzione e Ricerca 10,23%.

A fronte quindi di un contenzioso, che si è mantenuto abbastanza stabile, si è invece registrata una riduzione del personale amministrativo in servizio mentre l'organico degli avvocati è fermo al 1991 a 370 unità. Dopo circa due decenni di vacanze solo nel 2008 si è arrivati ad una situazione di pieno organico.

La pianta organica degli impiegati è ferma al 1995. All'epoca la dotazione era di 951 unità.

Da quella data è in atto il blocco delle assunzioni che non ha consentito di bandire concorsi per l'assunzione di personale amministrativo. La legge 311 del 2004 art. 1 comma 93 ha disposto la rideterminazione delle dotazioni organiche delle pubbliche amministrazioni apportando una riduzione non inferiore al 5% della spesa complessiva relativa al numero dei posti in organico.

In ottemperanza a tale norma con DPCM del 14 novembre 2005 sono state determinate le dotazioni organiche delle aree funzionali, delle posizioni economiche e dei profili professionali del personale amministrativo dell'Avvocatura dello Stato.

Nel gennaio 2007 l'organico da 951 è passato a 878 unità che corrisponde all'attuale dotazione. Nel 2007 le vacanze rispetto alla pianta organica ammontavano a 55 unità, nel 2008 a 70 unità, nel 2009 a 77 unità.

Con la procedura di riqualificazione sono stati disposti in deroga al blocco delle assunzioni 12 passaggi dall'area b all'area c e 23 dall'area b all'area a.

Anche quest'anno è stata chiesta ulteriore deroga per 10 passaggi da b a c e 1 da a a b.

Si fa presente altresì che nella finanziaria del 2006 art. 1 commi da 404 a 408 è stato disposto il taglio del 15 % degli addetti alle funzioni non istituzionali.

Quindi il rapporto avvocati e impiegati amministrativi in questi anni si è considerevolmente ridotto, con conseguente sempre minore disponibilità di personale di supporto degli avvocati soprattutto per le funzioni di segreteria.

Particolare criticità situazione personale amministrativo

Di recente è stata attuata una procedura di riqualificazione del personale. Non è stato però ancora possibile dare un assetto di funzioni all'interno dell'Avvocatura corrispondenti alle nuove posizioni funzionali.

Le piante organiche sono state rideterminate, come in tutte le pubbliche amministrazioni sulla base del dato storico senza procedere ad una ricognizione degli effettivi carichi di lavoro e dei cicli produttivi (tempi *standard* attività, individuazione atti ed operazioni di ogni sequenza procedimentale, domanda reale e potenziale di servizio ecc.).

Il personale negli ultimi quindici anni è stato assunto in Avvocatura tramite procedure di mobilità da altre amministrazioni. Non sono stati banditi concorsi. La media di età conseguentemente è abbastanza elevata. Occorrerebbe un ricambio generazionale.

Invece le amministrazioni affini della giustizia amministrativa (TAR, Consiglio di Stato, Corte dei Conti) hanno potuto bandire concorsi.

Inoltre l'Avvocatura non ha, a differenza della giustizia amministrativa, lo strumento dell'autonomia finanziaria che le consentirebbe certamente una più efficace gestione delle risorse tramite un proprio *budget* senza dover attendere ogni volta l'epletamento delle defatiganti procedure burocratiche dell'amministrazione delle finanze. Ciò consentirebbe anche una maggiore elasticità per l'assunzione di nuovo personale senza gravare con nuove spese sul bilancio dello Stato.

Di importanza fondamentale è anche l'istituzione di un ruolo dirigenziale di II livello che solleverebbe la segreteria generale dallo svolgimento di incombenze amministrative non proprio conformi alla natura professionale del ruolo degli avvocati dello Stato. Inoltre la dirigenza costituirebbe una stimolante prospettiva di sviluppo di carriera per il personale amministrativo dell'Avvocatura.

Vi è infine carenza di incentivi retributivi legati alla produttività. In questi anni la retribuzione fissa è cresciuta più di quella di II livello, invece, per stimolare il personale ad una maggiore produttività, sarebbe necessario, ad avviso della Scrivente uno stanziamento per compensi premiali correlati al conseguimento di obiettivi su specifici progetti.

Si richiama altresì l'attenzione su di una esigenza di istituire la nuova figura professionale di collaboratore amministrativo di supporto all'avvocato dello Stato per uno svolgimento più qualificato delle funzioni di segreteria ed istruttorie.

Sono infine in atto importanti progetti di informatizzazione dell'Avvocatura che consentiranno sicuramente una riduzione del personale addetto soprattutto a certe funzioni elementari come la protocollazione, le verifiche del servizio esterno ecc., così destinando le risorse ad attività più qualificate.

Interventi sul contenzioso *- Legge Pinto*

Il contenzioso in questi ultimi anni non è aumentato, vi è una tendenza ad un *trend* costante. Particolare criticità si registra per la situazione legge Pinto. In Avvocatura generale negli ultimi due anni si è passati da 6000 ad 8000 affari per una percentuale giunta al 17% degli affari complessivi dell'Avvocatura dello Stato. Come dato nazionale dal 2002 al 2006 vi è stato un incremento del 800% dei ricorsi *ex lege* Pinto con un aumento della spesa che da 1,8 milioni di euro è passata attualmente a circa 90 milioni di euro a seguito anche dell'accumulo di crediti pregressi. Si stima che la spesa nel giro di qualche anno potrà arrivare a 500 milioni di euro. L'Avvocatura è quasi sempre soccombente in questi giudizi, le amministrazioni non dispongono di sufficienti dotazioni di bilancio per pagare gli indennizzi. Perciò vengono instaurate procedure esecutive con ulteriore aggravio per l'erario. Inoltre le Corti d'Appello per ogni lite condannano l'amministrazione anche alle rifusione delle spese. Nel 2002 fu varato un decreto legge che prevedeva una procedura transattiva preventiva affidata all'Avvocatura dello Stato. Il decreto è poi decaduto. I governi che sono succeduti non hanno ritenuto di dover intervenire sulla materia. E' opportuno a nostro giudizio che venga riesaminata l'eventualità di introdurre una procedura amministrativa sulle richieste di indennizzo *ex lege* Pinto che eviterebbe gli oneri aggiuntivi delle spese di giudizio e delle procedure esecutive, consentendo anche una migliore programmazione delle risorse da destinare al pagamento degli indennizzi.

- ADR

L'unione europea, proprio allo scopo di deflazionare il contenzioso, raccomanda ai governi, ove possibile, di introdurre forme di risoluzione non contenziosa delle controversie.

L'esperienza della conciliazione in Italia non ha avuto un grande successo, in quanto ancora lontana dalla cultura del mondo forense che tende a privilegiare la soluzione più remunerativa del ricorso alla lite. Occorre introdurre, anche nelle controversie con l'amministrazione statale, forme di risoluzione alternativa delle controversie, con disincentivi alla lite come condanna alle spese, acquisizione di elementi di prova dal comportamento delle parti nella procedura conciliativa, previsioni di compensi adeguati per gli avvocati che favoriscano la conclusione dell'accordo, una massiccia attività di formazione degli avvocati verso una cultura della conciliazione.

Per quanto riguarda in particolare l'amministrazione statale vanno superate certe rigidità di difesa incondizionata e pregiudiziale di atti per non incorrere in responsabilità. Gli atti chiaramente illegittimi possono essere annullati senza dover necessariamente attendere il giudicato. La discrezionalità

va utilizzata anche nell'ottica di cercare soluzioni compositive.

- *Class action ed udienze tematiche*

Recentemente è stata introdotta con legge delega la *class action* nei confronti della pubblica amministrazione. La norma sarà operativa con i decreti attuativi. L'utilizzo di tal istituto va incrementata nell'ottica di una migliore gestione del contenzioso seriale.

Al medesimo fine andrebbe anche potenziato il ricorso alle udienze tematiche nelle quali vengono concentrate cause avente medesimo oggetto. In tal prospettiva va ottimizzato l'uso del mezzo informatico.

- *Politica del contenzioso*

E' in atto un progetto con l'Agenzia delle Entrate che consentirà una protocollazione automatica degli affari, acquisita direttamente dal sistema. I dati inseriti non saranno solo quelli tradizionali del singolo affare come numero contenzioso o consultivo, nome delle parti, autorità giudiziaria adita, attribuzione codice materia. Si inseriranno dati anche sul referente normativo e questione giuridica di ogni singolo affare. I suddetti dati consentiranno di classificare contenziosi e consultivi sulla base del referente normativo o questione giuridica. Per cui ogni avvocato potrà digitando un determinato comando individuare tutti gli affari collegati.

Questo supporto informatico costituisce un formidabile strumento di politica del contenzioso, gestito secondo un disegno globale che sarà un prezioso ausilio per l'attività legislativa e per la regolamentazione delle attività delle singole amministrazioni.

Associazione Avvocati e Procuratori dello Stato

IL CONTENZIOSO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE

Tavola rotonda sugli aiuti di Stato

***Relatori: Guido Corso, Gianni De Bellis, Sergio Fiorentino,
Sabino Fortunato, Paolo Gentili e Giampaolo Rossi***

Il 9 giugno 2009 a Roma, presso lo studio legale amministrativo-commerciale dei professori Corso, Fortunato e Rossi si è tenuto un incontro di studio sul tema degli aiuti di Stato nel quadro della crisi economica globale.

L'attualità dell'argomento è di chiara evidenza politico-istituzionale, a seguito della pluralità degli interventi attuati dagli Stati membri dell'UE per fronteggiare la crisi, ma la questione offre spunti di particolare interesse anche per riflessioni di carattere scientifico e sistematico, in quanto l'attuale situazione impone una riconsiderazione degli orientamenti sugli aiuti di Stato che erano maturati negli ultimi anni nella giurisprudenza e nella prassi comunitaria. Si è rivelato utile, per tale analisi, il confronto tra gli studiosi (gli amministrativisti Guido Corso e Giampaolo Rossi e il privatista Sabino Fortunato) e gli avvocati dello Stato, Gianni De Bellis, Sergio Fiorentino e Paolo Gentili, che, a vario titolo, si occupano delle questioni in sede comunitaria e di Corte di Giustizia. Ne è risultato un panorama complesso, ma foriero di molte prospettive e temi.

Il materiale pubblicato è il resoconto registrato dell'incontro, che la dott.ssa Enrica Blasi, dottoranda di ricerca presso l'Università Roma 3, si è presa la briga di riordinare...

Intervento del Prof. Avv. Sabino Fortunato*

Oggi io ho il compito di dare da un lato un inquadramento sistematico della materia, e dall'altro di soffermarmi sugli aiuti di Stato nel settore finan-

(*) Professore ordinario di diritto commerciale - Facoltà di giurisprudenza - Università Roma 3.

ziario, nel settore bancario.

Diciamo che nelle **comunicazioni della Commissione**, in particolare quella del **25 ottobre 2008** e del **22 gennaio 2009** c'è un riferimento al carattere sistemico o settoriale delle crisi.

Per quanto concerne la crisi finanziaria, in particolare, si riconosce senza dubbio il suo carattere sistemico, mentre per quel che riguarda la crisi degli altri settori si sottolinea che essa non necessariamente ha carattere sistemico, perché in un primo momento (lo si legge soprattutto nella comunicazione dell'ottobre del 2008), subito dopo lo scoppio della bolla speculativa americana, sembrava che il problema fosse solo ed esclusivamente relativo al settore finanziario. Poi, con il progredire della crisi, il carattere sistemico di essa ha cominciato a dilatarsi e ad investire altri settori, per cui nella comunicazione del gennaio 2009 si fa un piccolo passo indietro, nel senso che si riconosce che anche per i settori dell'economia reale possono porsi problemi di carattere sistemico.

Questa sottolineatura vale soprattutto ad evidenziare qual è la base giuridica dell'intervento che consente gli aiuti di Stato in questa fase: **l'art. 87 par. 3 lettera b) del Trattato Comunitario**.

Ciò perché gli aiuti di Stato trovano la loro disciplina nel Trattato Comunitario e si fondano su un divieto generale; perché nella logica dell'Unione Europea e del Trattato sono tendenzialmente incompatibili col principio del mercato comune e della libera concorrenza. Quindi l'ammissibilità degli aiuti di Stato è legata o a previsioni espresse del Trattato (il paragrafo 2 dell'art. 87 del Trattato prevede le ipotesi di aiuti *de iure*, cioè quelli consentiti per espressa previsione del Trattato, ma sono casi estremamente limitati, ipotesi collegate a politiche sociali), e poi c'è soprattutto il paragrafo 3 dell'art. 87, che riguarda gli aiuti ammissibili previa valutazione discrezionale della Commissione, e qui, come sapete, la Commissione ha elaborato nel tempo una serie di indirizzi la cui portata giuridica è una sorta di autolimitazione nella valutazione degli aiuti che i singoli Stati membri definiranno.

Quindi crisi sistemica e crisi di settore: in questa ottica delle comunicazioni della Commissione, vale a ricondurre alla base giuridica dell'art. 87 paragrafo 3, gli aiuti che vengono messi in atto dalle legislazioni degli Stati membri in questo momento di crisi.

Si tratta degli aiuti destinati a "*porre rimedio a un grave turbamento all'economia di uno stato membro*". Quindi l'idea che questa crisi possa coinvolgere l'intera economia di uno Stato membro è il presupposto per cui è possibile attrezzare degli aiuti specifici in questa fase.

Proprio perché legati al grave turbamento dell'economia degli Stati membri, gli aiuti hanno carattere eccezionale e temporaneo (soprattutto il carattere della temporaneità è sottolineato a più riprese nelle varie comunicazioni della Commissione europea).

Sotto questo profilo, per andare a quelle che sono le fonti normative degli aiuti di Stato che si sono messi in atto in questo periodo, è importante ricordare da un lato la comunicazione del 22 gennaio 2009 (che è stata poi modificata da una successiva comunicazione del 25 febbraio 2009) che individua il cd. “*quadro di riferimento temporaneo*” per gli aiuti in questa fase di crisi. Si tratta di aiuti la cui temporaneità è legata alla durata della crisi e comunque viene fissato un termine entro cui questi aiuti possono essere attivati (31.12.2010), soggetto ad una prima verifica nel 31.12.2009, in cui gli Stati membri, unitamente alla Commissione, valuteranno se la situazione abbia avuto una evoluzione in senso positivo grazie agli aiuti disposti e, quindi, se essi debbano essere bloccati o no.

Per il settore finanziario poi, al di là delle comunicazioni che riguardano l’economia reale, vanno ricordate due comunicazioni: una del 25 ottobre 2008 e quella che chiarisce la precedente riguardo gli interventi di ricapitalizzazione del sistema bancario.

Tutto ciò relativamente alle fonti di carattere comunitario.

Sul piano delle **fonti di carattere nazionale**, degli interventi che riguardano il settore creditizio, come tutti sapete ci sono stati gli interventi del **D.L. 155/2008** convertito nella **L. 190/2008**, con la garanzia dello Stato sui depositi bancari al dettaglio e la previsione di una sottoscrizione di aumenti di capitale per le imprese (bancarie) in difficoltà, che hanno problemi di adeguatezza patrimoniale, con l’emissione di azioni senza diritto di voto e privilegiate nella distribuzione dei dividendi.

Vi è poi il **D.L. 157/2008**, convertito in **L. 2/2009**, che contempla tre tipologie di interventi che hanno la finalità di favorire l’accesso del sistema bancario alla liquidità, e si tratta:

- 1) della garanzia dello Stato sulla emissione di nuove passività bancarie, con durata residua fra 3 mesi e 5 anni;
- 2) della garanzia dello Stato a favore di soggetti che offrono alle banche titoli utilizzabili per operazioni di rifinanziamento presso l’Eurosistema;
- 3) di operazioni temporanee di scambio fra titoli di Stato e passività bancarie di nuova emissione.

Questi interventi sono stati seguiti dal **D.M. 27.11.2008**, di attuazione, e sono stati autorizzati mediante una decisione preventiva positiva da parte della Commissione: **decisione 520a/2008**.

C’è un altro tipo di intervento, sempre previsto dal D.L. 155/2008, che corrisponde ai famosi **Tremonti Bonds**: si tratta della possibilità da parte del Tesoro di sottoscrivere obbligazioni, strumenti finanziari speciali, a tasso di rendimento vicino ai prezzi di mercato, anzi in realtà tendenzialmente maggiorato, con lo scopo di rafforzare il patrimonio di vigilanza delle banche fondamentalmente sane, non quelle in difficoltà, intendendo per sane quelle che

lo erano nella situazione precedente allo scoppio della crisi.

Il criterio è che a questo aiuto di Stato accedano banche e gruppi quotati, che comunque siano da ritenere fundamentalmente sani e che devono avere un incentivo all'uscita (dalla misura): cioè la fissazione del tasso di rendimento a certi livelli è concepita nella prospettiva della temporaneità dell'intervento, e questo riguarda sia gli interventi di ricapitalizzazione per le imprese in difficoltà, sia gli interventi di patrimonializzazione delle imprese fundamentalmente sane.

Il concetto è che si tratti di un intervento temporaneo, che non deve riproporre logiche conosciute in altri momenti storici.

Voglio ricordare un bell'intervento di Giulio Napolitano, che, nella ricostruzione di questo sistema degli aiuti, soprattutto nel settore finanziario, ha richiamato le teorie di Giannini e Nigro sulla pubblicizzazione del credito. Non c'è dubbio che questi interventi tendono a ridisegnare l'assetto dei rapporti tra mercato e settore pubblico, ma in che limite stiamo assistendo al riassetto dei rapporti fra Stato e mercato nel settore del credito?

Giannini aveva inquadrato il credito inizialmente nel settore del servizio pubblico, tesi poi superata anche dal TUB del 1993, e seguita dalla tesi dell'ordinamento sezionario, da molti contrastata, soprattutto dai giuscommercialisti (per primo Renzo Costi); mentre ricorderete le posizioni più pragmatiche di Mario Nigro, tendenti a evidenziare più i profili pubblicistici del credito sotto vari moduli di intervento.

In qualche modo, in maniera più pragmatica, questi interventi prospettati sulla base del quadro comunitario, sono interventi che si caratterizzano per il loro carattere di **temporaneità**. L'idea è quindi quella per cui passata la bufera della crisi, il rapporto fra Stato e mercato ritorni ai criteri seguiti fino a poco prima dello scoppio della crisi. Sarà possibile o no?

Pensate al problema della ricapitalizzazione delle banche o alla patrimonializzazione del patrimonio di vigilanza delle banche ad opera dello Stato: sono interventi che dovrebbero avere il carattere di temporaneità, ma sappiamo bene che anche l'IRI, quando fu istituita, aveva carattere temporaneo.

Prof. Avv. G. Rossi

Io dico sempre che il carattere temporaneo si vede dopo.

Prof. Avv. S. Fortunato

Vorrei sottolineare un dato: che questo carattere di temporaneità dovrebbe passare anche attraverso alcune misure che si introducono nell'ambito degli interventi statali. Ripeto, gli incentivi all'uscita dalla misura sono legati ai costi per il privato, per la banca che voglia accedere a queste misure, che sono tendenzialmente commisurati ai prezzi di mercato o addirittura sono leggermente maggiori.

È anche vero che a volte c'è la tendenza a diminuire il costo di alcune misure: ad esempio, - siamo più nell'ambito degli interventi a tutela dell'economia reale - garanzie su prestiti a medie e piccole imprese, dove si prevede in via temporanea l'abbattimento delle commissioni per garanzie prestate dallo Stato su prestiti per l'innovazione, la ricerca, su prestiti all'economia reale. Per il sistema bancario la tendenza è a favorire questi interventi, ma non a condizioni di eccessivo favore, perché peraltro il quadro comunitario di riferimento individua alcuni criteri di base per questi interventi straordinari.

La comunicazione del 25.10.2008 indica i **criteri** che la Commissione, nella sua valutazione di ammissibilità degli interventi, dovrà seguire per l'ammissione di regimi generali di aiuto.

Gli aiuti devono essere:

i) mirati all'obiettivo, che è quello di porre rimedio al grave turbamento dell'economia di uno Stato membro,

ii) proporzionati allo scopo, e quindi limitati al minimo indispensabile,

iii) fondati su criteri oggettivi non discriminatori di ammissibilità,

iv) avere carattere temporaneo, e quindi corredati da adeguati incentivi all'uscita,

v) essere sorretti da misure di salvaguardia per evitare abusi e indebite interferenze nella concorrenza; ecco perché agli aiuti si accompagna l'obbligo dei beneficiari di non avere politiche commerciali aggressive o non utilizzare gli aiuti per politiche espansive al di là di certi limiti (quindi alla concessione dell'aiuto si accompagna la sottoscrizione di un protocollo di intenti con riguardo a comportamento non aggressivo che dovrà tenere l'impresa sovvenzionata).

Gli aiuti sono sottoposti a verifiche periodiche e sono seguiti, a crisi ultimata, da misure di adeguamento del settore e/o da misure di ristrutturazione o liquidazione del beneficiario.

In sostanza, a seconda che si tratti di una impresa in difficoltà o di una impresa fundamentalmente sana, la fine del momento critico dovrebbe portare poi, ad aiuto già erogato, un piano di ristrutturazione. Un piano di ristrutturazione si può tradurre in un vero e proprio piano di liquidazione.

L'aiuto è adeguato anche alla condizione soggettiva del beneficiario, e qui vale quel principio che dicevo, volto a distinguere tra imprese in difficoltà e imprese fundamentalmente sane prima della crisi. Questa distinzione è collegata alla valutazione del profilo di rischio dell'impresa che accede all'aiuto. Perciò l'aiuto deve avere carattere per così dire differenziato, cioè deve potersi commisurare alle dimensioni, al profilo di rischio dell'impresa che accede alla concessione dell'aiuto.

Le **tipologie degli aiuti** sono quelli che vi ho indicato in precedenza.

Potremmo parlare di **interventi di pubblicizzazione finanziaria** (come dice Napolitano): si tratta di tutte le operazioni di garanzie sui depositi bancari

e al dettaglio, oltre che delle garanzie statali e delle operazioni di scambio temporaneo per consentire alle banche di accedere ad una adeguata provvista di liquidità (quelle tre operazioni di cui vi parlavo prima); si può trattare di **interventi di pubblicizzazione proprietaria**, e qui abbiamo l'intervento di sottoscrizione delle azioni senza diritto di voto ma privilegiate nella distribuzione dei dividendi, si può trattare di **interventi di pubblicizzazione funzionale**, e qui veniamo al profilo più delicato, cioè i famosi Tremonti Bonds: il rafforzamento di patrimoni di vigilanza di banche fundamentalmente sane mira non solo a perseguire la stabilità del sistema bancario, ma anche la riattivazione dei flussi creditizi a favore dell'economia reale. Qui c'è un problema di raccolta, perché si deve avere liquidità sufficiente per fare l'erogazione e bisogna avere soprattutto la domanda, cioè ci vogliono domande da parte delle imprese, del sistema delle imprese dell'economia reale. Quindi è un meccanismo da solo non risolutivo della problematica. In questo senso parliamo di interventi di pubblicizzazione funzionale, cioè funzionale alla riattivazione di questi flussi creditizi. Poi ci sono **interventi di pubblicizzazione regolamentare**, ad esempio negli Usa le banche di investimento sono state riportate sotto la vigilanza della Fed e quindi un ritorno alla minore liberalizzazione della operatività del settore creditizio. Questi interventi regolamentari (pensate alla teoria del *legal standard* a livello internazionale) sono il punto in cui le polemiche sono più alte, le problematiche maggiori e quindi è più difficile ridisegnare le regole.

Volevo sottolineare un ultimo aspetto: la concessione di questi aiuti è legata al rispetto di un **procedimento amministrativo**.

L'aiuto per il settore finanziario, bancario, è concesso su istanza della banca, cioè della parte interessata, quindi il procedimento si attiva su iniziativa di parte. La domanda va presentata al Ministero, al Dipartimento del Tesoro, e contemporaneamente all'Autorità di vigilanza, e qui lo schema nazionale ripete un modulo raccomandato a livello comunitario: cioè l'istruttoria sulla situazione soggettiva del potenziale beneficiario e sulle condizioni per cui si chiede di accedere all'aiuto, deve essere svolta da un organo tecnico, dall'autorità di vigilanza.

Quindi le fasi sono: domanda di parte, istruttoria svolta dall'autorità di vigilanza, giudizio favorevole o negativo dell'autorità, che viene espresso senza portarlo a conoscenza della parte interessata ma trasmesso al Tesoro, e infine il Ministero adotta la decisione finale senza essere vincolato dal parere dell'autorità, perché nell'ammettere l'aiuto il Ministero valuta anche le condizioni generali complessive dell'economia (cioè se, considerati i flussi e la situazione complessiva, si possa ritenere opportuna e utile la misura predisposta).

Quindi il provvedimento finale dell'amministrazione ha in qualche modo il carattere della decisione politica.

Al provvedimento finale dell'amministrazione si aggiungono una serie di atti negoziali.

L'Abi ha stipulato un accordo quadro col Ministero per la regolamentazione dei rapporti e la sottoscrizione dei famosi protocolli d'intenti che devono essere sottoscritti tra la banca beneficiaria e il Ministero, sia ai fini dell'adempimento degli impegni organizzativi interni alla struttura che accede all'aiuto (per esempio sottoscrizione di un codice etico che riguardi la remunerazione del *management*), sia ai fini del rispetto degli impegni nella erogazione all'esterno (famiglie e imprese) del credito.

Quali sono i meccanismi sanzionatori di fronte a inadempienze di questo tipo? Tutto l'armamentario proprio dell'istituto della concessione? La revoca? Questo profilo è ancora da capire.

Ultimo aspetto è un **sistema di monitoraggio**, che presuppone la raccolta dei dati e si sviluppa mediante la sollecitazione di un sistema bancario al rispetto dell'erogazione del credito, attraverso meccanismi di denuncia; sono i famosi osservatori istituiti presso le Prefetture (sistema molto criticato per il rischio di una ingerenza da parte dell'autorità politico-amministrativa nel sistema di erogazione del credito e quindi nella valutazione del merito creditizio dell'imprenditore che ricorre a questa erogazione). C'è un impegno per chi ricorre allo strumento obbligazionario a mantenere inalterati i flussi di erogazione del credito per un triennio rispetto al biennio precedente, ma questo è un discorso che riguarda una verifica di dati anonimi, aggregati, che non ha nulla a che fare col meccanismo della denuncia presso la Prefettura della mancata erogazione o diniego.

Sono giustiziabili i provvedimenti dell'autorità amministrativa (Ministero Economia e Finanze) in materia di concessione dell'aiuto?

Il diniego certamente sì, il contraddittorio è rinviato proprio al momento della giustiziabilità; prima può essere attivato dinanzi al Ministero (non dinanzi all'autorità di vigilanza), ma in sede giudiziaria sicuramente c'è la possibilità di far valere le proprie ragioni.

E il provvedimento positivo? Probabilmente no, ma con l'evoluzione della tematica degli interessi legittimi (soprattutto nel contrasto tra giurisprudenza della Cassazione e del Consiglio di Stato in materia di pregiudiziale) forse forme di tutela risarcitoria sono pensabili anche di fronte al provvedimento positivo che produce effetti distorsivi della concorrenza.

Intervento dell'Avv. Sergio Fiorentino*

Vorrei dare una prima informazione su uno strumento predisposto dal Governo, che proprio oggi dovrebbe essere pubblicato in Gazzetta Ufficiale: si

(*) Capo dell'ufficio legislativo del Ministero delle politiche europee e Avvocato dello Stato.

tratta di una **direttiva della Presidenza del Consiglio**, adottata previa intesa con le Regioni, che ha lo scopo di consentire di implementare uno degli atti comunitari a cui si riferiva prima il Professor Fortunato, cioè la comunicazione del 22 gennaio 2009, poi modificata il 25 febbraio 2009, che appunto reca il quadro di riferimento temporaneo comunitario per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento (quelle misure che il Professor Fortunato definiva di sostegno all'economia reale).

Infatti nel contesto del pacchetto delle misure adottate dalla Commissione per far fronte alla crisi economica e finanziaria (che era stato poi prefigurato nel piano europeo di ripresa economica adottato con la comunicazione del 26 novembre 2008 e anticipato dagli orientamenti dell'ottobre a cui si riferiva il Professore), si inserisce questa misura col **duplice obiettivo**, enunciato dalla Commissione, di sbloccare la situazione di stallo nella concessione dei prestiti bancari alle imprese, garantendo la continuità del loro accesso ai finanziamenti, e di incoraggiare le imprese a continuare a investire "*nel futuro*" (così dice la Commissione testualmente, riferendosi alla crescita sostenibile, agli obiettivi ambientali raggiunti dalle industrie europee, rispetto ai quali la Commissione intravede il pericolo di un arretramento a causa della crisi; obiettivi ambientali che vuole favorire).

La Commissione si preoccupa di ricordare che questi obiettivi e in generale quelli già enunciati nel piano europeo di ripresa economica (cioè stimolare la crescita della domanda e far rinascere la fiducia dei consumatori, ridurre il costo umano del rallentamento della crescita e determinare le condizioni affinché ci possa essere una ripresa economica), possono essere raggiunti usando le misure già esistenti.

La Commissione anzi invita a usare le **misure già esistenti** per far fronte a questa crisi e siccome il diritto comunitario prevede il divieto di aiuti di Stato alle imprese ma non esclude l'intervento pubblico nell'economia, ricorda che gli Stati membri hanno a disposizione misure di politica economica generale, che in quanto destinate a tutte le imprese stabilite in un certo territorio, non possono essere considerate aiuti, perché prive del carattere della selettività, che è uno dei caratteri fondamentali per individuare gli aiuti di Stato.

Inoltre la Commissione ricorda che gli Stati membri possono concedere *sostegno finanziario direttamente ai consumatori*, attraverso misure (come quella della rottamazione o quella destinata all'acquisto dei prodotti verdi) che a loro volta non costituiscono aiuti di Stato, a condizione che siano concesse senza discriminazioni connesse all'origine del prodotto (perché in presenza delle stesse avremmo distorsioni al mercato e alla concorrenza, e quindi si tratterebbe di aiuti di Stato).

Per esempio, per chi ha seguito il dibattito politico negli ultimi mesi, avrà visto che la misura individuata dal Governo della rottamazione dei veicoli e degli elettrodomestici in una prima stesura incontrava questo rischio di discri-

minazione, perché prevedeva la stipula di protocolli di intesa tesi al mantenimento dell'occupazione, che necessariamente potevano essere sottoscritti solo dalle imprese nazionali e si finiva per discriminare le altre imprese comunitarie; tanto che poi è stato eliminato il vincolo tra concessione dell'aiuto ai consumatori e stipula del protocollo di intesa.

Un'altra misura che si era affacciata nel dibattito comunitario era quella del *divieto di delocalizzazione*: cioè si attribuiva vantaggio ai consumatori nell'acquisto di quei soli prodotti di imprese che si impegnavano a non delocalizzare. Qui non c'era tanto un *vulnus* al divieto di discriminazione all'origine del prodotto, ma un *vulnus* alla libertà di stabilimento; la misura è stata poi contenuta nei confini dello spazio economico europeo, quindi c'è un vincolo a non delocalizzare al di fuori dello spazio economico europeo.

Quindi la Commissione dopo aver ricordato le misure di carattere generale che gli Stati membri hanno già a disposizione, ha ricordato il quadro esistente in materia di aiuti di Stato cioè i regolamenti di esenzione e gli orientamenti, che già consentono un ampio margine di manovra agli Stati membri.

Si tratta:

- i) del regolamento generale di esenzione per categoria,
- ii) del regolamento sugli aiuti di importanza minore (cd. regolamento *de minimis*).

Tuttavia dopo questa descrizione di carattere generale la Commissione prende atto che lo stato di crisi economica giustifica l'adozione di una **nuova misura**, come questa comunicazione, caratterizzata dalla eccezionalità, dimostrata anche alla temporaneità dell'intervento, per consentire uno spazio di manovra maggiore agli Stati membri e quindi interventi più mirati e magari selettivi.

La base giuridica di questa comunicazione è **l'art. 87 paragrafo 3 lettera b)** del Trattato, relativo agli aiuti destinati a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro. C'è qui un'interpretazione estensiva di questa deroga (il contrasto col principio per cui nel caso delle deroghe l'interpretazione deve essere restrittiva è giustificato dal fatto che il grave turbamento di uno Stato membro può essere grave turbamento di tutti gli Stati membri).

Dal punto di vista delle fonti del diritto comunitario derivato, la comunicazione non è un regolamento di esenzione, come ad esempio il *de minimis*. Il regolamento di esenzione esclude le misure in esso contemplate dalla categoria di aiuto di Stato. Ad esempio nel caso del *de minimis*, c'è una presunzione legale di non incidenza di quella misura sugli scambi negli Stati membri, il che comporta che l'autorità pubblica che concede un aiuto *de minimis* non ha l'obbligo di notificare e poi attendere l'autorizzazione della Commissione. Questa invece è una comunicazione che ha un fondamento nel Trattato, nella

norma che prevede gli aiuti che *possono* essere considerati compatibili dalla Commissione. Quindi la Commissione si autovincola con questa comunicazione nella sua discrezionalità, cioè detta una serie di condizioni al ricorrere delle quali considererà compatibili le misure di aiuto.

Questo però non esclude l'obbligo che discende dall'art. 88.

Ecco quindi che si poneva il problema che si è pensato di risolvere con la direttiva di cui fra poco parleremo.

Prima vorrei descrivere quali sono le **cinque tipologie di aiuto ammesse**:

1) aiuti di importo limitato e compatibile, già ribattezzato "*super de minimis*" perché sono aiuti di ogni tipologia (come nel *de minimis*) e con le stesse esclusioni del *de minimis* (cioè gli aiuti all'esportazione, alla pesca e alla produzione agricola primaria) ma con un limite di 2 volte e mezzo di quello del *de minimis*. Tuttavia non è un *super de minimis* perché il *de minimis* non richiede la notifica, questo sì, perché la base normativa di riferimento è diversa.

2) aiuti concessi sotto forma di garanzie: si consente agli Stati membri di intervenire nella concessione di garanzie alle imprese sino al 25% del premio annuale per le piccole e medie imprese e al 15% per le grandi imprese,

3) aiuti sotto forma di tasso ad interesse agevolato, secondo un tasso che è definito nella comunicazione ed è inferiore a quello di mercato,

4) aiuti per la produzione di prodotti verdi, che anticipano *standard* europei ambientali destinati a operare solo in futuro o superano questi *standard*

5) aiuti relativi al capitale di rischio, che però si deve innestare su regimi già esistenti.

Tutte queste misure non sono riservate alle piccole e medie imprese (tranne l'ultima).

La parte interessante della comunicazione è quella che riguarda la **semplificazione delle procedure amministrative**, perché proprio sul presupposto che la base giuridica della comunicazione era il perturbamento dell'economia di uno stato membro la Commissione ha sollecitato da parte di tutti gli Stati membri la notifica di un unico regime. Ecco perché si è posto il problema che abbiamo ritenuto di poter risolvere con la direttiva della Presidenza del Consiglio, cioè la necessità anche pratica, sollecitata dalla Commissione, di avere un unico regime da notificare alla Commissione e da autorizzare. Sul modello di quello che è avvenuto anche in altri paesi avevamo pensato a un decreto legge, poi si è ragionato sul fatto che dal punto di vista normativo non c'erano innovazioni da introdurre se non per una parte che riguarda il monitoraggio, perché la fonte è tutta comunitaria, e allora si è pensato allo strumento della direttiva del Presidente del Consiglio. Naturalmente poiché si andava a incidere sulle funzioni e sui poteri delle Regioni e degli Enti locali, c'è stata la previa intesa con la Conferenza Stato-Regioni (raggiunta l'8 aprile 2009).

Questo testo traduce in un articolato tutte queste condizioni contenute nella comunicazione e ha un taglio discorsivo.

La misura è stata notificata alla Commissione, che ad oggi ha già autorizzato quattro dei cinque regimi previsti (sono decisioni del 20 maggio non ancora pubblicate in GUCE ma già efficaci perché l'efficacia delle decisioni della Commissione deriva dalla notifica allo Stato membro).

Nell'**art. 2 della direttiva del Presidente del Consiglio** c'è una condizione generale: le imprese, per poter beneficiare di questi aiuti, non dovevano trovarsi in condizioni di difficoltà alla data del 30 giugno 2008; condizione che si inserisce sulla scia di quella che è sempre stata la volontà della Commissione, cioè evitare che gli aiuti concessi fossero usati per rimediare a situazioni di crisi che prescindono dalla congiuntura internazionale. Possono avere accesso a queste misure anche le imprese che siano entrate in crisi dopo il 30 giugno 2008, che è una data convenzionale di avvio della crisi economica mondiale.

Quindi sostanzialmente si dice che si possono aiutare anche le imprese in crisi che sono entrate in crisi a causa della crisi mondiale ma non quelle che erano in crisi per conto loro.

E poi al **comma 4** c'è una norma interessante, che sarebbe stata più interessante mantenendo la forma del decreto legge, che generalizza la clausola per cui nessuna impresa può beneficiare di aiuti se non ha restituito eventuali aiuti incompatibili di cui risultava essere beneficiaria nel momento in cui ha ricevuto la misura concessa.

Queste condizioni riguardano tutte e cinque le misure, poi ci sono condizioni particolari per le singole misure. Ad esempio per i *de minimis* le due condizioni sono che gli aiuti siano concessi in forma di regime, cioè deve essere previsto per una categoria di soggetti non particolareggiate, e devono essere trasparenti (riguardo la metodologia di calcolo dell'aiuto); con questi vincoli e quelli generalizzati, cioè che non si tratti di aiuti alla pesca, all'esportazione e all'agricoltura, gli aiuti *de minimis* sono una misura di carattere generale.

Qual è il grado di vincolatività di questa direttiva rispetto a tutte le autorità pubbliche che possono concedere aiuti? Da un lato rispetto alle Regioni c'è un vincolo che deriva dalla leale collaborazione, essendoci stata l'intesa, ma a parte questo il problema potrebbe porsi per tutte le misure di aiuto che devono essere concesse con norma primaria di legge.

Quindi che senso ha con una direttiva vincolare il legislatore al rispetto di certe misure? In realtà si tratta piuttosto di un onere: siccome gli aiuti che rispettano questa cornice devono essere solo comunicati alla Commissione e non notificati, col rispetto di queste condizioni ci si inserisce nell'ambito di applicazione di questa autorizzazione già concessa dalla Commissione, e

quindi non è necessaria altra procedura di notifica. Se non si rispettano queste condizioni si tratta di misure diverse che andranno a loro volta notificate e autorizzate.

*Intervento dell'Avv. Paolo Gentili**

Ho cercato di analizzare le evoluzioni che sono state elaborate dalla giurisprudenza comunitaria su certi aspetti che si potevano trattare in maniera abbastanza serena prima della crisi e che ora, in questo quadro di grande mutamento della materia degli aiuti di Stato, potrebbero risultare critici e potrebbero indurre la giurisprudenza a rivedere alcune sue posizioni o vedere se nella giurisprudenza *ante* crisi ci siano già degli spunti utilizzabili anche in tempo di crisi.

C'è anche il problema della giustiziabilità, che si pone soprattutto a livello comunitario.

Ci sono vari aspetti da cui si potrebbe affrontare il discorso, mi baserò sulla traccia classica dei **quattro elementi costitutivi degli aiuti di Stato**.

Primo elemento fondamentale è quello della **natura pubblica del beneficio** che va all'impresa toccata dall'aiuto di Stato.

L'atteggiamento della giurisprudenza *ante* crisi è molto estensivo: il concetto di pubblicità della risorsa è molto ampio e si ricostruisce spesso in maniera indiretta. Ma proprio perché si ricostruisce in maniera flessibile e quindi c'è incertezza sulla nozione, troviamo qui degli spazi in cui la giurisprudenza potrebbe fare retromarcia, perché sono spazi connessi all'alveo dell'art. 87 per via di interpretazione giurisprudenziale.

Il concetto materiale della pubblicità è trattato dalla **sentenza del 17 giugno 1999 Rinaldo-Piaggio**. Si trattava della Legge Prodi e dell'ammissione di questa industria aeronautica al regime della Legge Prodi, di una revocatoria di un pagamento fatto da questa impresa poco prima di essere ammessa all'amministrazione straordinaria e dell'azione con decreto ingiuntivo fatta dal creditore di questo credito. Nasce la questione pregiudiziale che il regime della Legge Prodi possa essere considerato foriero di aiuti di Stato. Su un punto poteva effettivamente esserci questa evenienza, per il fatto che quando l'impresa va in amministrazione straordinaria ottiene la garanzia dello Stato per la sua esposizione debitoria, almeno da un certo livello in su e la garanzia dello Stato incide ovviamente sul bilancio pubblico; quindi il concetto originario di pubblicità era evidente e noi lo ammettevamo tanto che avevamo fatto la notifica della legge alla Commissione. Ma non avevamo fatto altre notifiche riguardo altri articoli della legge Prodi diversi dal quello sulla garanzia, perché non ri-

(*) Avvocato dello Stato.

tenevamo esistere altri aspetti di pubblicità, si trattava di una deroga al regime fallimentare ma non ritenevamo esserci niente di pubblico.

Invece la Corte di Giustizia ha risposto al quesito dicendo che c'è tutto un substrato di pubblicità intrinseco all'intero sistema della legge Prodi, perché essa permette la sospensione di una serie di pagamenti di crediti (che nel caso di specie era il pagamento di un credito a un privato), che indistintamente possono riguardare anche i crediti pubblici, i crediti fiscali e previdenziali. Siccome è potenzialmente coinvolto anche un credito pubblico, c'è un potenziale effetto sul bilancio pubblico e questo rende la semplice norma della legge Prodi che dice che sono sospesi i pagamenti delle imprese in amministrazione straordinaria, una norma portatrice di aiuti di Stato, perché potenzialmente può coinvolgere risorse pubbliche. Addirittura l'altra disposizione considerata dalla Corte è quella che consente la prosecuzione dell'impresa in crisi al di là dei casi in cui in base alla legge fallimentare sarebbe consentito (normalmente sta al giudice delegato disporre la continuazione dell'impresa; ai sensi di questa norma è invece il Ministro che con un suo decreto dispone la prosecuzione dell'impresa): anche questo sarebbe aiuto di Stato perché se l'impresa continua a funzionare pur quando un'impresa concorrente sarebbe esclusa dal mercato perché il giudice fallimentare non autorizzerebbe la sua prosecuzione, può ottenere comunque un flusso di cassa che la mette in grado di far fronte alla sue obbligazioni; ma in questo caso allora perché non deve anche far fronte ai suoi debiti, compresi quelli di carattere pubblicistico?

La Corte qui si rende conto che poteva essere andata oltre il segno e precisa che se ci sono queste ricadute sul bilancio pubblico, questi effetti potenziali e questa pubblicità dell'aiuto determinata da norme giuridiche che non costano nulla al bilancio (perché la legge non costa), verrà accertato dal giudice nazionale caso per caso, nel singolo contenzioso che nasce nell'ambito della procedura di amministrazione straordinaria.

Anche qui c'è lo spazio per un ripensamento della giurisprudenza: si potrebbe dire che quando c'è un intervento organico, strutturale, basato su un regime complessivo e non a favore di una singola impresa, mirante a superare situazioni di grave crisi industriale, non c'è un'incidenza sul bilancio, anche quando ci siano delle misure sospensive di crediti di diritto pubblico, perché questo è funzionale al riequilibrio dell'economia complessiva.

La Corte in sede di pronuncia pregiudiziale dice solo cosa può definirsi aiuto di Stato e cosa no, se si recupera questo spazio si può addirittura dire che non c'è l'aiuto a monte.

Ricostruendo questa giustificazione organica della misura e a fronte di una complessa manovra di politica economica, il tema dell'esistenza o meno dell'aiuto si collega col tema del secondo elemento della nozione di aiuto di Stato, cioè quello della **selettività**: se favorisce alcune imprese o categorie di

imprese o se invece è una misura di tipo generale.

La Corte ha affermato che la selettività viene meno se la misura è l'espressione di una concezione complessiva dell'ordinamento di politica economica del diritto pubblico dell'economia, se si riferisce organicamente in questo sistema, pur favorendo certo soggetti e non altri non è selettiva e non da luogo ad aiuto, salvo negarlo nel caso concreto.

Questo è uno spazio molto oscillante, quindi anche qui ci potrebbe essere possibilità per la Corte di modificare la propria giurisprudenza e ricondurre molte misure di questo tipo ad un nesso organico con la normazione economica complessiva e con le manovre complessive di politica economica che finora la Corte ha negato.

Mi viene in mente la **sentenza sulle Azzorre, del 6 settembre 2006, C-88/03**, che riguardava il regime fiscale di favore per le isole Azzorre. Queste isole hanno un ambito amplissimo di autonomia previsto nella Costituzione del Portogallo, quasi un ambito di sovranità, hanno un loro Parlamento.

Questo Parlamento ha fatto una legge basandosi su una autorizzazione contenuta in un articolo della Costituzione portoghese (che corrisponde al nostro articolo 119), che riduce del 30% l'imposta sul reddito delle persone giuridiche e del 15% sulle persone fisiche, a pioggia, su tutto il territorio delle Azzorre.

Nasce la questione se questo sia un aiuto di Stato, nel senso soprattutto se ci sia il carattere selettivo. Il Portogallo dice di no perché la situazione delle isole Azzorre non è paragonabile a quella di chi abita sul continente, addirittura il Trattato estende la sua applicazione alle Azzorre espressamente all'art. 299, e questo dimostra la loro considerazione come territorio a sé stante rispetto al Portogallo, quindi non ci può essere la selettività. La Corte di Giustizia invece, nel respingere il ricorso del Portogallo, aveva detto che le Azzorre non sono paragonabili al resto dell'Europa, quindi non c'è selettività se tutti gli abitanti e le imprese delle Azzorre ricevono questo beneficio fiscale, salvo una categoria di operatori, cioè le banche, che non possono mai essere considerati soggetti sperduti nell'Atlantico, perché per quella che è la loro natura intrinseca sono soggetti che si pongono sempre in concorrenza con tutti gli operatori comunitari. Quindi la misura del Portogallo era autorizzata salvo nella parte in cui si riferiva alle banche. Il Portogallo ribatte su questo, ma prima di contestare nel merito la distinzione fatta dalla Commissione tra soggetti che non sono banche e banche, il Portogallo contesta proprio in sé la qualificazione di quella misura come aiuto, che non è selettivo perché si collega a una politica organica dello Stato portoghese, di sostegno all'economia di queste sue *ex* colonie che hanno una situazione strutturale, e non episodica, di arretramento economico; quindi essendo normale per il Portogallo dover disporre a sostegno di questi soggetti una misura di questo tipo, per giunta non deliberata dal Governo centrale portoghese ma dal Parlamento locale, deve

essere considerata coerente e quindi certamente non selettiva. Questo argomento è respinto dalla Corte, che afferma che non c'è una misura organica perché di questo beneficio che ottengono le Azzorre qualcun altro fa le spese; perché se le Azzorre hanno un minor gettito fiscale qualcuno deve colmare la differenza, e infatti lì interveniva una specie di fondo nazionale perequativo, per cui dal Portogallo continentale partivano dei finanziamenti che arrivavano nelle Azzorre a compensare il minor gettito fiscale. La Corte dice che è vero che il Governo interviene a favore delle regioni strutturalmente arretrate, ma è anche vero che qualcuno deve pagare per questo, il che dà alla misura un carattere specifico, facendo venire meno la coerenza e l'organicità della misura. Il ragionamento della Corte potrebbe essere tranquillamente capovolto, dicendo che se c'è una situazione di federalismo generale e in particolare fiscale, che ci sia da una parte un regime fiscale agevolato per le regioni svantaggiate e dall'altra un regime fiscale di solidarietà tra regioni in condizioni economiche normali e quelle in condizioni economiche svantaggiate attraverso i fondi perequativi, è di per sé organico, fa parte del meccanismo, altrimenti esso non potrebbe mettersi in moto, nel caso in cui una regione per concedere agevolazioni fiscali ai propri operatori, ai propri cittadini, ai propri residenti, dovesse subire un tale deperimento del gettito da compromettere il livello dei servizi pubblici. Allora è un circolo vizioso, ed è chiaro che è un altro soggetto a dover garantire con il fondo perequativo che il livello del servizio pubblico sia assicurato.

La Corte ebbe paura in fondo di fare un'apertura eccessiva su questa nozione di organicità che esclude l'aiuto, nozione che essa stessa aveva introdotto e che poi ha applicato con questa grande prudenza. Forse se si verificasse oggi il caso delle Azzorre la Corte direbbe che esiste il requisito dell'organicità. La fiscalità di vantaggio la può fare solo chi non attinge a fondi perequativi, quindi chi ha dei fondi sufficienti, quindi le regioni già ricche.

Un altro campo interessante è quello degli aiuti in **materia di servizi pubblici**. Qui di nuovo il tema è quello dell'esistenza dell'aiuto e della selettività.

Il problema è di capire quando l'aiuto che va ad una impresa pubblica si considera compensativo dei costi di pubblico servizio che su quella impresa gravano e quando ciò non avviene, sia sovracompensativo e quindi per la parte che non compensa diventa un aiuto.

Nella **sentenza Altmark** furono dettate le quattro condizioni per cui si può escludere che una sovvenzione di una impresa pubblica costituisca un aiuto: sono condizioni estremamente late e discrezionali che aprono la strada al cambiamento di orientamento.

Le **quattro condizioni** sono:

1) che ci sia una chiara definizione degli obblighi di servizio pubblico, il cd. principio di missione: l'impresa beneficiaria deve essere effettivamente

incaricata dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico definiti in modo chiaro (anche sulla "chiarezza" si può lavorare, finora è prevalso un criterio molto restrittivo di chiarezza, perché ci sono stati casi in cui aiuti alle imprese pubbliche sono stati bocciati perché si è detto non c'è chiarezza nell'affidamento della missione pubblica, che va invece tenuta presente),

2) parametri di calcolo della compensazione che devono essere definiti preventivamente in modo obiettivo e trasparente: qui si può lavorare molto sui parametri temporali (nelle convenzioni di servizio pubblico si prendono alla base i periodi di tempo),

3) la compensazione non può eccedere quanto necessario per coprire interamente o in parte i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio,

4) quando la scelta dell'impresa da incaricare dell'adempimento di obbligo di servizio pubblico non venga effettuata nell'ambito di una procedura di appalto pubblico (che consenta di selezionare chi è in grado di fornire i servizi al costo minore), il livello della necessaria compensazione deve essere determinato sulla base di un'analisi dei costi che una impresa media gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi di trasporto al fine di soddisfare le esigenze di servizio pubblico, avrebbe dovuto sopportare per adempiere a tali obblighi. Bisogna fare l'ipotesi dell'operatore corretto in normale gestione e su quella base calcolare l'importo della compensazione; quindi non di un operatore deficitario, inefficiente quali sono normalmente (sembra ipotizzare la sentenza) gli operatori pubblici. Questo quarto pilastro della nozione di aiuto di Stato riferito alla compensazione dei servizi pubblici è quello che traballa di più in una condizione di crisi, perché in quel caso come si fa a stabilire la posizione di un operatore in normale esercizio, assumerlo a parametro e fare riferimento solo a quello? Oggi probabilmente questo va ampiamente rivisto perché situazioni di gestione deficitaria possono diventare normali anche al di fuori del settore dei servizi pubblici, per operatori di tipo puramente privato, perché oggi per gli operatori il problema non è guadagnare, ma rimanere sul mercato. Quindi c'è una situazione di crisi globale, in cui l'operatore continua a operare anche in perdita pur di non uscire di scena e aspettare di potersi risollevarsi, quindi se è normale per l'operatore operare in perdita, a maggior ragione lo è per il soggetto incaricato di un pubblico servizio e questo può incidere sulla misura degli interventi pubblici a favore di quei soggetti.

Oggi forse c'è uno spazio per largheggiare nell'identificazione di un pubblico servizio, perché è la crisi che rende normale l'erogazione pubblica di tanti servizi che in tempi normali non considereremmo pubblici servizi. C'è spazio per una ripubblicizzazione a livello di nozione di molti servizi che avevamo negli anni privatizzato.

Se si ripubblicizza tutta un'area di servizi (primo requisito) e si largheggia

molto nell'identificare il parametro dell'operatore normale, dei costi dell'operatore normale (quarto requisito), perché l'operatore normale in un periodo di crisi non esiste, si apre tutta un'area di possibile intervento pubblico a sostegno di servizi essenziali per l'economia, che possono essere interessanti anche al di là di quelle che sono le codificazioni che fa la Commissione nelle sue comunicazioni. Quindi nella giurisprudenza Altmark, che è una giurisprudenza restrittiva, forse, riletta alla luce della crisi, si possono individuare degli spiragli in cui inserirsi o comunque degli strumenti operativi su cui i governi nazionali potrebbero pensare di lavorare.

*Intervento dell'avv. Gianni De Bellis**

Il mio intervento riguarda le modalità di recupero degli aiuti fiscali una volta che siano stati dichiarati tali.

Sul fatto che un aiuto fiscale possa costituire un aiuto di Stato si veda la **sentenza 2 luglio 1974, Italia c. Commissione, C-173/73**, avente ad oggetto una causa in cui la Corte stabilì che il criterio per individuare un aiuto di Stato non è tanto il tipo di misura adottato, ma gli effetti che tale misura può comportare. Quindi affermò espressamente che anche una misura fiscale può costituire un aiuto di Stato.

Le **modalità con cui un aiuto fiscale può essere concesso** sono varie: esenzioni temporanee o definitive da un tributo, crediti di imposta, aliquote ridotte, modifiche della base imponibile, riporto di perdite, condono fiscale non generalizzato ecc.

Uno dei problemi principali che si pone nel caso di aiuti di Stato dichiarati tali e concessi mediante agevolazioni fiscali, è la natura giuridica dell'aiuto che si va a recuperare: si tratta di un credito tributario oppure ha natura civilistica?

È noto che le Sezioni Unite della Cassazione (1), chiamate a pronunciarsi sull'azione di ripetizione dell'indebito, si sono spesso interrogate sulla natura tributaria o meno del credito in restituzione; si sono chieste, cioè, se esso conservi l'originaria natura ovvero se sia qualificabile alla stregua di un indebito oggettivo ex art. 2033 cod. civ. La questione non è di poco conto, perché se si tratta di ripetizione dell'indebito si applica la prescrizione decennale, mentre se si tratta di un credito tributario operano le più brevi scadenze previste dalle singole leggi di imposta. Per fare un esempio, si possono prendere in considerazione le tasse di concessioni governative, che la Corte di giustizia (2) ha

(*) Avvocato dello Stato.

(1) Fra le più recenti, cfr. Cass. civ., Sez. Un., Ord., 5 marzo 2008, n. 5902; Cass. civ., Sez. Un., Ord., 19 novembre 2007, n. 23835; Cass. civ., Sez. Un., 24 aprile 2002, n. 6036.

(2) V. sentenza 20 aprile 1993, nelle cause riunite C-71/91 e C-178/91.

dichiarato incompatibili con la Direttiva n. 69/335 (3). Ebbene, quando si è trattato di agire per i rimborsi, l'Amministrazione ha eccepito l'intervenuta decadenza del termine triennale per chiedere il rimborso e questa linea è passata anche a livello comunitario sul presupposto della natura tributaria dei crediti.

Ora, la domanda che ci si deve porre è: questa regola vale anche quando una determinata misura fiscale sia qualificata come aiuto di Stato?

Oltre a quello della natura giuridica, un altro problema che si pone è quello della normativa – nazionale o comunitaria – applicabile.

Questi problemi sono attualissimi, come dimostra il contenzioso sugli aiuti alle *ex* aziende speciali e municipalizzate, trasformate in società di capitali negli anni '90.

Una decisione della Commissione del 5 giugno 2002 (4) ha qualificato come aiuti di Stato, imponendone il recupero, varie misure (5) adottate con riferimento alle società a prevalente partecipazione pubblica, risultanti dalla privatizzazione delle aziende speciali. Tale decisione è stata fatta oggetto di più ricorsi davanti alla Corte di Giustizia e al Tribunale di Primo Grado, rispettivamente da parte del Governo italiano e di numerose società di gestione dei servizi pubblici locali, che non hanno però richiesto la sospensione della decisione impugnata. Di conseguenza l'Italia aveva comunque l'obbligo di recuperare *medio tempore* gli aiuti concessi, in attesa della definizione nel merito dei ricorsi proposti. Poiché ciò non è avvenuto, l'Italia è stata condannata per inadempimento dalla Corte di Giustizia con la sentenza 1° giugno 2006 (in causa C-207/05), mentre si aspetta a giorni la sentenza che si pronunci sui ricorsi diretti a contestare nel merito la correttezza della decisione della Commissione.

In realtà lo Stato italiano non era rimasto del tutto inerte in ordine al recupero degli aiuti in questione. Il Parlamento aveva infatti adottato una legge con la quale veniva attribuita la competenza per il recupero al Ministero degli Interni (la n. 62 del 2005), che si era rivelata però inefficace.

Una disciplina più incisiva, che non a caso è intervenuta dopo la condanna della Corte di Giustizia, è stata introdotta con il **D.L. n. 10 del 2007** (6), il

(3) Si tratta della direttiva del Consiglio 17 luglio 1969, n. 69/335/CEE, concernente le imposte indirette sulla raccolta di capitali.

(4) Decisione n. 2003/193/CE, relativa all'aiuto di Stato relativo alle esenzioni fiscali e prestiti agevolati concessi dall'Italia in favore di imprese di servizi pubblici a prevalente capitale pubblico.

(5) L'articolo 3, commi 69 e 70, della legge n. 549/95 riservava un particolare regime fiscale alle società per azioni a prevalente capitale pubblico istituite ai sensi della legge n. 142/90, prevedendone: a) l'esenzione da tutte le imposte sui conferimenti relative alla trasformazione di aziende speciali e di aziende municipalizzate in società per azioni; b) l'esenzione triennale dall'imposta sul reddito d'impresa, non oltre l'anno fiscale 1999, per le società per azioni a prevalente capitale pubblico.

(6) Convertito, con modificazioni, dall'art. 1 della legge n. 46 del 2007.

quale (art. 1) ha spostato la competenza sull'Agazia delle Entrate e ha previsto che venga emesso un apposito provvedimento (comunicazione-ingiunzione) impugnabile davanti alle Commissioni Tributarie.

A questo punto si comprende come il problema della natura del credito avente ad oggetto le somme da recuperare assuma rilievo anche ai fini della giurisdizione. Orbene, se in base alla legge n. 62/2005 questo credito poteva in qualche modo essere qualificato come civilistico (in quanto si richiedeva la restituzione di una somma corrispondente all'aiuto fiscale che era stato concesso), in seguito alla disciplina del 2007, la quale attribuisce all'Agazia delle Entrate il compito della riscossione e alle Commissioni Tributarie la competenza sui relativi ricorsi, viene da pensare che tale credito sia stato riqualificato come tributario.

Soprattutto, poi, si pone il problema dell'applicabilità del codice civile nazionale – che prevede, come è noto, la prescrizione decennale – all'obbligo dell'Italia di recuperare l'aiuto.

A tal proposito abbiamo avuto delle sentenze che hanno ritenuto illegittimo il recupero, motivando nel senso dell'intervenuta prescrizione del relativo credito.

Proponendo ricorso in Cassazione contro una di esse (7), la tesi sostenuta dall'Avvocatura è nel senso che il credito connesso al recupero di un aiuto di Stato, essendo disciplinato a livello comunitario dal Regolamento n. 659/1999, non è sottoposto all'art. 2946 cod. civ., bensì alla disciplina speciale contenuta nell'art. 15 del suddetto regolamento. Pur contemplando anch'essa un termine di prescrizione decennale, infatti, quest'ultima disposizione detta condizioni particolari con riferimento all'interruzione e alla sospensione del termine, la quali, nel caso di specie, impongono di non considerare prescritto il credito vantato.

A ben vedere, in questo caso neanche si pone, a stretto rigore, un problema di disapplicazione della normativa interna per contrasto. Si tratta piuttosto di una materia che sfugge del tutto alla normativa interna, essendo rimessa esclusivamente nelle mani del legislatore comunitario.

La questione degli aiuti alle *ex* municipalizzate è approdata anche davanti alla Corte Costituzionale cui è stata sottoposta la questione di legittimità della normativa di recupero sotto il profilo della violazione dell'art. 53 della Costituzione. Si sosteneva nello specifico che il recupero equivallesse ad una sorta di tassazione retroattiva di un'attività economica posta in essere ormai da oltre dieci anni, il che sarebbe in contrasto con la Costituzione.

La questione rischiava di far emergere il problema dei cc.dd. “*controlli-*

(7) La sentenza impugnata è la n. 322/14/08 emessa il 2.12/11.12.2008 dalla Commissione Tributaria Regionale di Roma, Sezione 14[^].

miti”. Come è noto, i controlimiti si pongono al confine tra l’ordinamento comunitario e i principi costituzionali, e risolvono il problema della prevalenza in caso di conflitto. Essi coincidono infatti con i principi fondamentali della Costituzione, che secondo la Corte Costituzionale (8) costituiscono l’unica deroga al principio della prevalenza generalizzata del diritto comunitario.

Difendendo la normativa di recupero – adottata in adempimento di un obbligo comunitario – davanti alla Corte costituzionale, l’Avvocatura dello Stato ha sostenuto in proposito che, anche a voler ipotizzare un problema di compatibilità con l’art. 53 della Costituzione, non si era comunque in presenza di quei principi fondamentali della prima parte della Costituzione, in relazione ai quali soltanto si potrebbe ammettere la prevalenza del diritto nazionale sul diritto comunitario.

La Corte Costituzionale con l’ordinanza n. 36 del 2009, non si è tuttavia pronunciata su tale questione, ma si è limitata ad affermare la non illegittimità della normativa italiana, in quanto emanata in esecuzione di un obbligo sancito in una sentenza della Corte di Giustizia europea. Né vi era spazio, secondo la Corte, per un affidamento tutelabile, perché l’operatore commerciale che riceve aiuti non notificati non può invocare il principio dell’affidamento a tutela della sua ignoranza “*colpevole*” (egli ha infatti l’onere di diligenza di accertare il rispetto della procedura comunitaria prevista per la concessione di aiuti di Stato).

Nelle stesse difese in Corte Costituzionale, l’Avvocatura aveva anche adombrato l’ipotesi che un problema di contrasto con l’art. 53 della Costituzione neanche si ponesse, perché, essendosi modificata – da tributaria a civilistica – la natura del credito, quest’ultimo non poteva essere assimilato ad una forma di tassazione. Ma la Corte, pur senza pronunciarsi espressamente, non ha condiviso su questo punto l’ipotesi dell’Avvocatura. Non l’ha condivisa perché, affermando che nel merito l’art. 53 non era stato violato, implicitamente ha riconosciuto la natura tributaria del credito in questione.

Deve aver pesato, in tal senso, l’opinione del relatore dell’ordinanza, il giudice prof. Franco Gallo, il quale, intervenendo prima di assumere l’incarico di giudice costituzionale ad un convegno sul tema degli aiuti di Stato (9), aveva già sostenuto la tesi della natura tributaria del credito oggetto di recupero. Ciò con la motivazione per cui, essendo il beneficio consistito nell’evitare la tassazione, nel momento in cui la norma istitutiva del beneficio fiscale viene espunta dall’ordinamento giuridico per effetto di una decisione della Com-

(8) V. la sentenza 8 giugno 1984, n. 170 (c.d. sentenza *Granital*), che riprende sul punto quanto già affermato nella sentenza 27 dicembre 1973, n. 183 (c.d. sentenza *Frontini*).

(9) Si tratta del convegno svoltosi a Roma il 17 settembre 2003 presso l’Aula Magna della Corte di Cassazione, sul tema “*Aiuti di Stato nel Diritto Comunitario e misure fiscali*”, i cui atti sono rinvenibili in *Rass. trib.*, n. 6-bis, 2003.

missione (che dichiara l'aiuto incompatibile con l'art. 87 del Trattato), si ripristina la situazione originaria di debenza del tributo a suo tempo non corrisposto.

Il problema diventa a questo punto quello della fonte del debito/credito restitutorio. È nella illegittimità *ab origine* dell'aiuto? Oppure nella dichiaratoria di illegittimità che ne fa la Commissione o la Corte in sede giurisdizionale? Quando si origina il debito? Se la prescrizione decorre (*ex art. 2935 c.c.*) dal momento in cui si può far valere il diritto, stabilire quando esso sorga è di certo rilevante.

Si potrebbe in realtà discutere anche sulla stessa natura di diritto di credito del recupero, giacché non si è in presenza di un interesse creditorio dello Stato, ma piuttosto di un *obbligo* dello Stato di recuperare; la *ratio* quindi non è quella di rientrare in possesso delle somme, ma quella di privare un soggetto del vantaggio indebitamente concessogli.

Vi sono cause di risarcimento danni davanti al tribunale di Roma dove società che sono state costrette a restituire gli aiuti di Stato hanno chiamato in causa il Governo italiano sostenendo la responsabilità di quest'ultimo per non aver notificato le misure qualificate come aiuto.

La difesa del Governo ha fatto notare che se questo venisse condannato a risarcire i danni, paradossalmente incorrerebbe di nuovo in una infrazione. Così facendo, infatti, verrebbe vanificato l'effetto utile della stessa azione recuperatoria intrapresa.

Sempre a proposito della tutela dell'affidamento, non va trascurato che l'ordinanza n. 36 del 2009 della Corte costituzionale contiene, tra l'altro, la significativa affermazione per cui il recupero degli aiuti è rispettoso dell'art. 3 della Costituzione, in quanto ripristina il principio di parità di trattamento fra gli operatori economici. In altri termini, l'alterazione delle regole della concorrenza viene equiparata ad una violazione del principio d'uguaglianza, il che a maggior ragione fa sì che gli operatori non possano "*invocare, di regola, alcun legittimo affidamento nel godere di aiuti di Stato non compatibili con l'ordinamento comunitario*".

Il principio della tutela dell'affidamento in materia di aiuti di Stato ha ricevuto poche applicazioni concrete. Questo perché, se è vero che a livello teorico la Corte di Giustizia ha ammesso che vi possano essere dei casi eccezionali in cui si giustifica la non ripetizione (10) e che l'art. 14, paragrafo 1, del citato regolamento 659/1999 prevede espressamente che la Commissione "*non impone il recupero dell'aiuto qualora ciò sia in contrasto con un principio generale del diritto comunitario*", sul piano concreto situazioni di

(10) Cfr., ad esempio, le sentenze: 24 novembre 1987, in C-223/85, *Rijn-Schelde-Verolme Ma-schinenfabriken en Scheepswerven NV c. Commissione*; 20 settembre 1990, in C-5/89, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*.

questo tipo si sono verificate assai raramente.

Se si permette la breve digressione, è interessante notare come il principio dell'affidamento, pur essendo uno dei principi fondamentali non solo del nostro ordinamento (l'ha detto anche la Corte costituzionale, che infatti lo evoca spesso congiuntamente ai principi di ragionevolezza e di certezza delle situazioni giuridiche (11)), ma anche dell'ordinamento comunitario, sia nondimeno costantemente violato addirittura a livello giurisdizionale. Mi riferisco al solito problema dell'interpretazione sostanzialmente retroattiva del diritto, che si produce in conseguenza di mutamenti improvvisi negli orientamenti giurisprudenziali fino a quel momento consolidati. Così, ad esempio, se si propone un ricorso in Cassazione formulando un solo motivo comprensivo del quesito di diritto e del difetto di motivazione, e dopo tre anni la Corte di Cassazione (cambiando giurisprudenza) afferma che il motivo plurimo non si può fare (con la conseguenza che il ricorso a suo tempo proposto è inammissibile), si assiste ad violazione plateale del principio di affidamento, che è poi un principio di civiltà giuridica.

È interessante anche vedere come trovi applicazione a livello comunitario il principio dell'affidamento al di fuori della materia degli aiuti di Stato.

La Corte ha applicato il principio di affidamento in materia di IVA. In una causa greca in cui il Governo italiano è intervenuto, era accaduto che ad un armatore che effettuava il trasporto di persone era stato detto, con tanto di comunicazione dell'ufficio delle imposte, che certe operazioni a bordo non erano imponibili. Senonché tre anni dopo l'ufficio delle imposte ha cambiato idea, per cui ha chiesto all'armatore il pagamento di tutta l'IVA non versata e, come se non bastasse, gli ha perfino applicato le sanzioni. L'Italia è intervenuta sostenendo che dovesse valere in casi del genere il principio codificato all'art. 10 del nostro statuto del contribuente, per cui andrebbe pagato solo il tributo, ma non gli interessi moratori e le sanzioni. Invece la Corte ha ritenuto che non sia esigibile neppure il tributo, perché vale in tal caso il principio dell'affidamento (12).

Un'ultima questione che volevo segnalare riguarda la c.d. **sentenza Lucchini** (13), che è stata considerata per certi versi rivoluzionaria, in quanto veniva a scalfire il dogma dell'autorità della cosa giudicata, prevedendone la disapplicazione quando osti al recupero di aiuti di Stato. Essa in realtà, lungi dal poter essere considerata rivoluzionaria, si limita ad affermare il principio

(11) V., *ex multis*, la recente sentenza 30 gennaio 2009, n. 34.

(12) Si tratta della sentenza 14 settembre 2006, nei procedimenti riuniti da C-181/04 a C-183/04.

(13) CGCE, sentenza 18 luglio 2007, C-119/05, dove si legge che *"Il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 del codice civile italiano, volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione delle Comunità europee divenuta definitiva"*.

per cui non si può creare un giudicato su una materia che non è di competenza del giudice che ha pronunciato la sentenza. Così, poiché in materia di aiuti di Stato la competenza è della Commissione e poi, eventualmente, della Corte di giustizia adita in sede di ricorso, non si può riconnettere ad una sentenza pronunciata dal giudice nazionale la valenza di *decisum* non più contestabile.

A ben vedere, troviamo già sancito un analogo principio nella legislazione nazionale, poiché il comma 2, n. 1, dell'art. 362 c.p.c. stabilisce che “*Possono essere denunciati in ogni tempo con ricorso per cassazione: 1) i conflitti positivi o negativi di giurisdizione tra giudici speciali, o tra questi e i giudici ordinari*”. Questa norma dimostra pertanto che, anche a livello interno, il dogma del giudicato non è così assoluto come sembra.

Avv. P. Gentili

Un caso che sto trattando ora riguarda gli aiuti alla cantieristica per difendersi dal *Dumping* coreano: in base ad un Regolamento comunitario si danno gli aiuti a imprese che abbiano stipulato contratti di costruzione navale soggetti a *dumping* coreano entro un certo periodo di tempo e stanziamo nella legge finanziaria tot milioni di euro. Arrivano una serie di domande riferite a quei contratti in quell'arco di tempo, che esauriscono lo stanziamento, per cui molti che avevano fatto richiesta in quel periodo di tempo autorizzato dal regolamento comunitario, restano senza soldi perché mancava la copertura. Con la legge finanziaria di 3 anni dopo facciamo una integrazione dello stanziamento ma con riferimento a quel periodo lì per pagare quelli che non ne avevano usufruito. La Commissione ha censurato questa misura dicendo che è aiuto di stato, perché a termine scaduto avevamo stanziato i soldi e noi ci stiamo difendendo dicendo che ci stiamo riferendo a quel periodo autorizzato dal regolamento e che ci sono state più domande del previsto per cui si è dovuto interrompere lo stanziamento. L'importo non era considerato dal regolamento tanto che la comunità nel suo complesso è stata citata dal WTO, dicendo che loro stanno facendo una serie di aiuti a pioggia alla cantieristica col pretesto che io vi faccio il *dumping*. Ma questo è l'aspetto interno. Noi diciamo che c'è un affidamento, perché il regolamento comunitario diceva “chi stipula contratti in quel periodo ha diritto”, l'impresa in buona fede si aspetta di averli quei soldi, non c'è neanche un aiuto nuovo. Quando nella parte precontenziosa abbiamo invocato il principio di affidamento la Corte ha detto di no, che in materia di aiuti di stato assolutamente non c'è affidamento. E di recente la Commissione proprio sul punto ha respinto.

Prof. Avv. G. Rossi

L'interesse dell'UE è che non si creino delle intese tra Stato e imprese private, quindi considerano lo Stato e le imprese nazionali come un *unicum*, e

vogliono evitare che rapporti equivoci tra loro creino allo Stato nazionale un vantaggio competitivo.

Avv. S. Fiorentino

È stata sollevata una pregiudiziale in materia di aiuti di Stato: era una misura di aiuti di Stato autorizzata dalla Commissione con decisione di autorizzazione, poi annullata dal Tribunale con ricorso dei controinteressati, ma in questo caso essendoci l'autorizzazione della Commissione forse rientra in quei casi eccezionali in cui può esserci l'affidamento.

Avv. G. De Bellis

Esiste ora un contenzioso che si sviluppa davanti alle Commissioni tributarie riguardo il recupero degli aiuti alle *ex* municipalizzate e sta arrivando in Cassazione. Se c'è una sentenza irrevocabile che nega il diritto alla restituzione, in base alla **sentenza Lucchini** disapplichiamo anche questa? Si pongono una serie di problemi: la sentenza Lucchini era un caso particolare in cui l'aiuto era stato ottenuto sulla base di un giudicato di una corte d'appello, nel cui giudizio però non era mai stata eccepita la natura di aiuto di Stato delle provvidenze in contestazione.

Ma se l'oggetto del contendere è proprio la valutazione della natura di aiuto di Stato o meno e quindi la sua recuperabilità, e la giurisdizione è del giudice nazionale che deve fare questa verifica, il consentire la disapplicazione del giudicato formatosi proprio su quella causa, porrebbe dei seri problemi di tutela. In realtà la sentenza Lucchini specifica che la competenza comunitaria che esclude la competenza nazionale è quella che riguarda l'autorizzazione dell'aiuto e non il recupero. Quindi se passa in giudicato una sentenza nazionale che esclude il diritto alla ripetizione la decisione è vincolante per tutti e non dovrebbe esservi spazio per alcuna disapplicazione.

Avv. P. Gentili

Sempre a proposito delle *ex* municipalizzate abbiamo un contenzioso che poi era proprio per coincidenza la sentenza della Cass. a SS.UU. sul giudicato esterno. Si discuteva se le agevolazioni alle *ex* municipalizzate che l'agenzia delle entrate aveva sempre interpretato come limitate all'irpeg si estendessero anche all'iva. La Corte ha detto di no, ma alcune sentenza come quella a SS.UU. del 2006 (dove per la prima volta ha applicato il meccanismo del giudicato esterno tra diverse annualità di imposta) si è formato un giudicato sulla debenza di quelle somme. Noi abbiamo dato un parere per cui (in applicazione della sentenza Lucchini quel rimborso non andava fatto) sta nascendo un contenzioso in cui le imprese dicono di avere la sentenza della Cassazione e loro

dicono che quel giudicato non vale nulla.

*Intervento del Prof. Avv. Guido Corso**

La filosofia politica ed economica del Trattato europeo, fondato sul principio di concorrenza ha due nemici:

- le imprese che tendono ad abusare della loro posizione dominante, a concludere tra loro accordi tesi alla fusione e all'incorporazione, che hanno lo stesso effetto e via dicendo,

- gli Stati, che limitano le libertà di circolazione delle merci, servizi, persone, libertà di stabilimento delle imprese e dei lavoratori autonomi.

Gli aiuti di Stato sono collocati nella parte dedicata alla limitazione della concorrenza ad opera delle imprese, una collocazione singolare, ma G. Rossi ci ha dato la soluzione: si tende ad evitare la collusione degli Stati con le imprese, sicché le norme sugli aiuti di Stato sono collocate lì. Si tratta di norme che hanno un'ascendenza nell'art. 1 GATT (1947), che proprio sul presupposto degli effetti distorsivi delle sovvenzioni pubbliche, obbliga gli alti contraenti a notificare alle altre parti tutti i provvedimenti di concessione o di mantenimento dei sussidi capaci di produrre effetti sulle esportazioni e importazioni. C'è un articolo apposito, l'art. 4 lettera c) nel trattato istitutivo della CECA, che tra l'altro ha una formulazione molto rigorosa rispetto agli artt. 87 ss. del Trattato di Roma, perché contiene un divieto assoluto agli aiuti di Stato, mentre l'art. 87 ne prevede un'incompatibilità con i principi del Trattato subordinata al ricorrere di certe condizioni: si deve trattare di interventi dello Stato o fatti con risorse pubbliche (che significa che anche se a intervenire non è lo Stato ma un ente territoriale la soluzione non cambia), devono avere carattere selettivo, cioè essere misure di politica economica a carattere generale (per esempio un riduzione generalizzata di una aliquota fiscale o una riduzione generalizzata degli oneri sociali non sono aiuti di Stato) che non vengono definite proprio perché possano ricomprendere una quantità indeterminata di misure. La giurisprudenza comunitaria comprende una cronologia copiosissima: abbiamo le prestazioni positive, le sovvenzioni in senso stretto, i contributi sugli interessi, i conferimenti di capitale alle imprese (soprattutto pubbliche), ma anche attraverso misure di tipo negativo, come l'esonero di certe imprese o certe produzioni da oneri che dovrebbero gravare sulle imprese stesse. Le risorse pubbliche sono intese in senso lato, non solo riferite allo stato-persona in senso stretto (comprendente tutti gli enti pubblici che operano su un certo territorio), ma è anche una nozione che va intesa in un'accezione indiretta: l'attribuzione di una risorsa mediante l'esonero o l'esenzione da una obbligazione nei con-

(*) Prof. ordinario di diritto amministrativo - Facoltà di giurisprudenza - Università Roma 3.

fronti di determinati soggetti.

L'ulteriore condizione è che si tratti di aiuti che distorcono la concorrenza: la valutazione dell'effetto distorsivo della concorrenza è ulteriore e presuppone la preventiva qualificazione della misura come aiuto di Stato, non è una conseguenza implicita nella nozione di aiuto di Stato ma è una qualificazione ulteriore dell'efficacia dell'aiuto.

L'altra condizione è della incidenza sugli scambi fra gli Stati membri: la giurisprudenza comunitaria usa un significato molto ampio di questo concetto, arrivando ad affermare che una misura a favore di una impresa o un gruppo di imprese che non sono esportatrici, e quindi per definizione svolgono attività che non dovrebbe incidere sul mercato, svolgono una attività che incide sugli scambi nel momento in cui aumentano la produzione nazionale, in questo modo riducendo le possibilità di ingresso in quello Stato delle imprese di altri Stati membri; oppure sono aiuti di Stato che incidono sugli scambi fra le imprese anche le misure volte a favorire l'investimento delle imprese nazionali in paesi terzi, perché anche sotto questo profilo ci può essere una incidenza negativa sugli scambi.

Questa è la regola.

Le **eccezioni** sono di 2 tipi:

1) gli aiuti che per definizione, e quindi *ex sé*, non sono incompatibili (**paragrafo 2 art. 87** sono compatibili dice): si tratta di misure di carattere sociale spesso al di fuori della nozione di aiuto (aiuto rivolto ai consumatori). Gli interventi a favore delle imprese operanti in Abruzzo sarebbero esonerati dalla valutazione di compatibilità, che esclude l'onere di previa notifica alla Commissione (che esiste per gli aiuti che *possono* essere dichiarati compatibili). Tale norma ha una caratterizzazione storica, anche se si ritiene che non sia stata abrogata, tanto che in una pronuncia degli anni '90 la Commissione ha precisato che questi aiuti concessi a determinate regioni della repubblica federale sono solo quelli volti a ovviare a *deficit* che risultano dalla divisione della Germania, quindi non si giustificano gli aiuti ai nuovi *Lander* come aveva cercato di fare la Germania.

2) Il **paragrafo 3** riguarda gli aiuti che possono essere dichiarati compatibili e cioè quelli per i quali la valutazione della compatibilità è rimessa ad una valutazione discrezionale ed è quello su cui si è attivato un grande contenzioso.

Quali sono le previsioni:

a) gli aiuti destinati a favorire lo sviluppo economico nelle regioni ove il tenore di vita sia normalmente basso oppure si abbia una grave forma di sottoccupazione: l'art. 87 par. 3 lettera a) è stato ad esempio usato per giustificare tutta la normativa sul Mezzogiorno.

Con una serie di precisazioni importanti nel senso che questa valutazione sul "*tenore di vita normalmente basso*" va riferita al contesto europeo, non

nazionale. Sotto questo profilo ci fu un intervento della Commissione volto ad escludere dai benefici derivanti dalla normativa sul Mezzogiorno, quando ancora esisteva, l'Abruzzo, perché si riteneva che esso aveva raggiunto un tenore di vita che ne comportava la fuoriuscita da questa previsione.

b) gli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro: si tratta per “*grave turbamento dell'economia degli Stati membri*” di una clausola praticamente mai applicata perché in passato interpretata in maniera molto restrittiva. Invece ora su essa si fonda la nuova politica della Commissione in merito agli aiuti di Stato. Ci troviamo in una grande crisi che investe l'economia di tutti gli Stati membri, quindi la Commissione, con una serie di comunicazioni, ha ridefinito il quadro sugli aiuti di Stato alla luce di questa nuova base giuridica. Perché nuova? Perché gli aiuti di salvataggio, di ristrutturazione, che hanno costituito il grosso degli interventi degli Stati, in particolare dello Stato italiano, ricadevano sotto la clausola art. 87 par. 3 lettera c): gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse, sono gli aiuti settoriali e regionali che oggi si rivelano insufficienti di fronte alla crisi mondiale. Qual è la svolta che a partire dalla comunicazione della Commissione dell'ottobre 2008 fino a quella dell'aprile 2009 si esprime in una duplice direzione: valorizzare tutte le normative che in anni precedenti erano state volte ad assicurare un certo grado di automatismo alla definizione di aiuti. Faccio un esempio: quando con regolamento *de minimis* si stabilisce che gli aiuti fatti alle piccole o medie imprese entro l'importo di 200.000 euro annui o nel triennio, sono ammissibili *ex sé*, si esclude che la misura eventualmente adottata dallo Stato debba essere sottoposta al vaglio della Commissione, sicché cambia lo *status* della misura, che non è più una misura ai sensi dell'art. 87 par. 3, ma finisce con l'essere ricondotta agli aiuti automaticamente compatibili *ex art. 87 par. 2*.

Soprattutto nella comunicazione della Commissione dell'aprile 2009 queste determinazioni, comunicazioni, decisioni, *dead lines*, adottate immediatamente prima della crisi economica sono recuperate per dire che gli Stati, oltre a tali misure, possono usare tutto l'arsenale già a loro disposizione.

L'arsenale parte dalle misure a favore delle banche e delle istituzioni finanziarie, che costituiscono il sistema che alimenta l'economia (liquidazioni guidate, forme di ricapitalizzazione, garanzie) per arrivare all'economia reale che forma oggetto dell'ultima comunicazione del 2009, in cui le stesse misure vengono estese dall'ambito delle istituzioni finanziarie all'ambito delle imprese operanti nel settore dell'economia reale. Sicché oggi più generosamente che in passato sono possibili forme di garanzie pubbliche a favore delle imprese, il recupero del vecchio istituto del contributo in conto interesse e forme

di agevolazione pubblica, il che attesta la preoccupazione da parte degli organi comunitari che ognuno degli Stati vada per conto suo pregiudicando i principi comunitari, e quindi la Commissione vuole assicurare il coordinamento tra le politiche, sicchè gli aiuti cambiano il loro *status* se la loro disciplina va dal livello statale a livello europeo, fermo restando che le singole misure vengono adottate dai singoli Stati. Si tratta di impedire che il singolo Stato si spari sui piedi o spari sulle spalle degli altri Stati.

Intervento del Prof. Avv. Giampaolo Rossi*

Io ho sempre sostenuto che il problema degli aiuti di Stato non deriva da una impostazione liberista dell'Unione Europea. Gli aiuti, l'espansione della sfera pubblica, si è avuta in modo massiccio dopo il Trattato di Roma. Spesso la dottrina ha confuso negli ultimi tempi l'obiettivo di realizzare il mercato comune, elidendo la parola comune. È chiaro che gli aiuti di Stato sono visti con sospetto perché se uno Stato fosse libero di sostenere le proprie imprese nei modi e nelle quantità che vuole non ci sarebbero i presupposti per il mercato unico, sarebbe falsata la concorrenza. Ma vale anche il contrario e su questo c'è stata finora poca attenzione: i presupposti verrebbero a mancare anche se l'ordinamento complessivo di uno Stato quale risulta dalla norme, dai testi finanziari, dalla giurisprudenza, sfavorisse le imprese nazionali rispetto a quelle degli altri paesi. Quindi per capire bisogna ampliare la tematica degli aiuti per inquadrarla nell'insieme delle condizioni che gli ordinamenti determinano per la vita delle imprese che sono in concorrenza con quelle degli altri paesi.

Mi limito a fare una comparazione: il sistema nazionale può determinare condizioni di favore o sfavore per le proprie imprese attraverso una serie di misure. Soprattutto nell'*utility* quando si ha il massimo favore? Quando l'impresa è in condizioni di monopolio o ha una riserva amplissima, non ha alcuna limitazione alla propria attività e quindi agisce completamente nel diritto privato, non ha vincoli nel reclutamento del personale, la retribuzione dei dirigenti.

Al contrario vi sono le condizioni di sfavore: quella dei tetti allo sviluppo nel territorio nazionale, quella dell'impossibilità di gestire produzione e rete contemporaneamente e quindi ci può essere separazione contabile o societaria o addirittura proprietaria, ci sono vincoli nel reclutamento del personale ed esiste responsabilità amministrativa.

Quanto alle gare, la gradazione favore-sfavore si articola secondo 3 parametri:

(*) Prof. ordinario di diritto amministrativo - Facoltà di giurisprudenza - Università di Roma 3.

- 1) che l'impresa possa o no ricevere senza gara l'affidamento,
- 2) che l'impresa debba o no ricorrere alle gare per i propri approvvigionamenti,
- 3) che possa o no partecipare a gare per l'affidamento di attività in altri settori o altri territori.

A seconda di come si determina questa griglia si determinano le condizioni di favore o sfavore.

Le condizioni si accentuano quando in un paese ci sono condizioni marcate di favore mentre nel secondo ci sono condizioni di sfavore e le imprese del primo possono non solo godere di questo favore nel loro territorio, ma partecipare alle gare nell'altro paese nel quale è invece preclusa questa possibilità alle imprese nazionali.

Qui in Italia si ha una visione ancora provinciale e si sottovaluta che la competizione è soprattutto fra sistemi: sistemi nazionali, sistemi normativi.

È evidente confrontando il sistema italiano con quello francese: in Francia hanno mantenuto la formula dell'ente pubblico economico, che non da problemi di affidamento diretto, vive nel diritto privato, non ha vincoli di reclutamento del personale, non ha vincoli di responsabilità amministrativa, non deve fare le gare, perché è uno stabilimento industriale e commerciale.

In Italia si è data la preferenza alla S.p.A., formula equivoca anche perché non è stata pensata organicamente, perché è stata vista in un primo momento come momento di passaggio alla privatizzazione, poi in alcuni settori la privatizzazione è arrivata in altri no e vista con sfavore dalla giurisprudenza comunitaria per alcuni aspetti di equivocità (*golden share*) ma soprattutto dalla giurisprudenza nazionale, che le ha applicato tutta una serie di profili pubblicistici che non ci sono in imprese analoghe che operano in altri paesi, e quindi la giurisprudenza ha interpretato sempre estensivamente la natura di organismo di diritto pubblico e le conseguenze che ne derivano salvo adottare un atteggiamento restrittivo ai fini dell'affidamento diretto; è stato introdotto anche il principio della responsabilità amministrativa.

Questi orientamenti sono stati consolidati dalla normativa che ha creato un sistema per cui questi che erano enti di privilegio oggi sono nell'ordinamento enti di sfavore.

Questo è accentuato dagli orientamenti dell'autorità *antitrust*, che non ha sufficiente consapevolezza delle dimensioni del mercato, per cui adotta degli orientamenti sicuramente condivisibili per profili dove il profilo concorrenziale è nazionale, ma che sono errati dal punto di vista giuridico e logico quando sono applicati alle imprese nazionali in un contesto di mercato che non è nazionale e creando una condizione di sfavore unilaterale.

È del primo giugno 2009 la definizione di servizio universale nel trasporto ferroviario e affidamento dei conseguenti oneri di servizio, l'Antitrust dice:

prendo atto che la legge non prevede la necessità della gara, prendo atto che ciò corrisponde al regolamento comunitario però per una serie di motivi è necessario fare le gare. Quello che colpisce è che il profilo della comparazione non è affatto preso in considerazione, non vi si accenna neanche. C'è solo un punto in cui si dice che in Francia e Germania i finanziamenti al settore ferroviario sono molto maggiori di quelli italiani.

È chiaro che un'autorità competente solo in materia di mercato nazionale dovrebbe o ritrarsi quando il mercato ha una dimensione diversa o comunque tenere conto delle implicazioni che la concorrenza ha anche nel nostro paese.

L'ultima riforma dei servizi pubblici italiani limita la possibilità dell'affidamento *in house* in misura maggiore di quanto avvenga negli altri paesi.

Nell'art. 23 *bis* punto f) è affermato il principio di reciprocità ai fini dell'ammissione alle gare di imprese estere, e quindi si accetta l'idea che l'impresa nazionale possa avere delle condizioni più sfavorevoli rispetto alle imprese straniere. Nel settore energetico questo è molto evidente.

In materia alimentare è intervenuta la Corte Costituzionale (sentenza 443/1993): la normativa nazionale impediva alle imprese nazionali di usare per la pasta, materie prime meno nobili del grano duro, ma le imprese straniere non avevano questo limite e potevano tranquillamente competere con quelle nazionali nel territorio nazionale. La Corte ha dichiarato incostituzionale questa norma.

Nel sistema francese (ma anche tedesco e spagnolo) le imprese che gestiscono il sistema postale sono enti pubblici economici e non fanno le gare. L'ultima direttiva comunitaria ha inserito il settore postale nei settori *ex* esclusi ma contiene una norma che prevede che gli stati nazionali possano scegliere tra il nuovo assetto disciplinato in direttiva e quello precedente, così la Francia potrà continuare a non fare gare e nel progetto di direttiva il meccanismo era tale per cui la società francese e tedesca potevano avere affidamento diretto, la società italiana no e fare anche la concorrenza da noi anche se in Italia non era possibile l'affidamento diretto, perché era affermato il principio per cui l'affidamento diretto era possibile solo quando non vi fossero problemi di compensazione di oneri di servizio, ma questo problema non nasce dalla migliore efficienza, ma perché vi sono tantissimi uffici postali e si ritiene che ogni paese debba avere la sua disciplina.

Ora succede che l'operatore olandese fa la concorrenza negli alti paesi pagando il personale il 30 % in meno di quello che vengono pagati negli Stati in cui sono collocati.

Oggi abbiamo un sistema che sfavorisce inconsapevolmente gli operatori nazionali rispetto a quelli dei paesi concorrenti, rafforzato dai fenomeni di nazionalizzazione che sono in atto in altri paesi.

Fonde Strategique di Investment, è una specie di nuova IRI che ha assorbito Renault e air France.

Qual è la risposta? Non può essere il protezionismo, l'aumento del pubblico, perché il mercato si è sviluppato per motivi di evoluzione tecnologica. Ma abbiamo un sistema per cui gli Stati *sub* continentali (Cina e America) sono favoriti rispetto all'UE, perché hanno più capacità di manovra, perché l'Unione è troppo attenta ad evitare squilibri tra paesi membri. All'interno dell'UE sicuramente l'Italia è sfavorita rispetto agli Stati europei. Evitare le spinte ultraliberiste ma anche forme di protezionismo e acquisire questa consapevolezza culturale e evitare inconsapevole cedevolezza a partire dagli ordinamenti normativi e giurisdizionali e cercare ulteriori informazioni che consentono di rendere trasparente l'equilibrio esistente fra i vari paesi nell'aiuto e disaiuto di Stato.*

** *** **

Ad integrazione del resoconto dell'incontro di studio sugli aiuti di Stato, si allega la relazione a cura dei dottori G.M. Caruso e F. Dinelli concernente altre modalità di intervento pubblico, con soluzioni differenti per i singoli Stati, nei diversi settori dell'economia.

“Casi di trattamento differenziato tra Stati nella disciplina dell'economia”

a cura di G.M. Caruso e F. Dinelli

Gli aiuti di cui all'art. 87 TCE costituiscono solo una delle modalità di intervento pubblico nell'economia.

Attraverso le altre discipline settoriali, i singoli Stati riescono e sono riusciti, infatti, ad intervenire con ulteriori misure che sono comunque in grado di assicurare dei vantaggi competitivi alle imprese nazionali.

Fra i settori che si sono storicamente caratterizzati dalla presenza delle più significative asimmetrie normative, possono citarsi le seguenti esperienze:

- 1) liberalizzazioni;
- 2) determinazione di *standard*;
- 3) evidenza pubblica.

(*) Sull'*in house providing* e sulle società miste per la gestione dei pubblici servizi vedi da ultimo sentenza Corte di Giustizia C-573/07 *Sea S.r.l.* depositata il 10 settembre 2009, pubblicata in questa *Rassegna*, 101 e ss.

1. Liberalizzazioni

- Servizi pubblici locali

Con la riforma dei servizi pubblici locali realizzata attraverso l'art. 23-bis del D.L. n. 112 del 2008, il legislatore italiano va oltre quanto affermato dalla costante giurisprudenza della Corte di Giustizia CE in ordine alla piena equivalenza ed alternatività tra i modelli gestori rappresentati dall'esternalizzazione a terzi con gara e dall'*in house providing*. Mentre la Corte di Giustizia, infatti, non si è mai espressa nel senso che il ricorso all'*in house* è legittimo soltanto se non è possibile ricorrere al mercato, il legislatore interno ha stabilito esattamente il contrario, e cioè che si può derogare alla regola generale dell'affidamento con gara del servizio solo "*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*".

Questa disposizione espone l'ordinamento interno alla penetrazione delle imprese straniere molto di più di quanto non avverrebbe nell'ipotesi in cui il mercato e l'*in house* venissero posti sullo stesso piano (1). È ovvio, infatti, che ad un maggior numero di gare corrispondono maggiori *chances* di aggiudicazione delle stesse da parte di imprese di altri Stati membri, mentre ricorrere con maggiore disinvoltura all'*in house* significa adottare una politica più protezionistica.

La soluzione del legislatore italiano è persino più radicale di quella adottata da ordinamenti tradizionalmente più inclini alla valorizzazione delle istanze liberalizzatrici: basti pensare che in Inghilterra la scelta delle amministrazioni tra ricorso all'*in house* ed esternalizzazione è retta essenzialmente da motivazioni di ordine economico, afferenti la maggior convenienza nel caso concreto dell'una soluzione rispetto all'altra. In altri termini, il servizio interno viene posto a confronto con quello esterno, e si privilegia quello più conveniente.

Inoltre, va considerato che in Francia, l'esistenza di aziende municipalizzate sotto forma di enti pubblici, ha agevolato il ricorso all'*in house providing*, assai più di quanto non sia avvenuto nel nostro ordinamento con l'utilizzo di società di capitali.

- Settore energetico (2)

L'adozione di direttive «a maglie larghe» ha consentito per lungo tempo

(1) V. più ampiamente, sul punto, F. DINELLI, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in www.amministrativamente.com, p. 15 s.

(2) Per un approfondimento, v. G. ROSSI, «*Il settore dell'energia nel contesto europeo – Problemi giuridici ed istituzionali*» in *La cooperazione rafforzata e l'Unione economica. La politica europea dell'energia*, a cura di D. Velo, pp. 138-243, Giuffrè, 2007.

una trasposizione della normativa comunitaria volta alla liberalizzazione del settore fortemente differenziata.

Le divergenze più significative si sono registrate nei seguenti contesti:

- **Apertura del mercato dal lato della domanda:** l'apertura del mercato elettrico è stata realizzata facendo leva sulla nozione di "clienti idonei". Tale categoria di soggetti, determinata prevalentemente sulla base di coefficienti di consumo stabiliti a livello comunitario, dispone della possibilità di scegliere un qualsiasi operatore per la fornitura del servizio. La disciplina comunitaria prevedeva la possibilità di estendere la qualifica di clienti idonei abbassando i coefficienti di consumo, in modo che il grado di liberalizzazione del settore potesse essere commisurato al numero dei clienti idonei.

Quasi tutti i paesi hanno elevato il grado di apertura del mercato. Così la Germania ha previsto sin dal 1998 che, indipendentemente dalla soglia di consumo, qualsiasi soggetto può essere definito come cliente idoneo (3). La Spagna ha adottato un sistema progressivo che ha comportato che già al 2003 tutti gli utenti potessero essere considerati come clienti idonei (4). Anche l'Italia ha adottato un sistema progressivo.

Differente la soluzione adottata da Francia, Grecia e Lussemburgo, i quali hanno aperto il mercato solo entro i limiti minimi previsti dalla normativa comunitaria. La disomogenea apertura dei mercati nazionali si è tradotta in uno svantaggio competitivo ai danni degli operatori di quegli Stati ove è stata realizzata una significativa liberalizzazione.

Inoltre, in Francia le norme inerenti alla durata minima legale dei contratti di fornitura dei clienti idonei, sembrano celare l'intento di tutelare l'operatore dominante.

- **Imposizione dei c.d. tetti *antitrust*.** Alcuni Paesi hanno adottato misure volte a ridurre il potere di mercato degli *ex* monopolisti, imponendo complesse operazioni di disarticolazione dell'intera filiera produttiva. Fra gli interventi più significativi, va menzionato l'art. 8 della legge 79/1999, che ha previsto che nessun soggetto possa produrre o importare più del 50% del totale di energia elettrica prodotta e importata in Italia. Ancora più rigorosa la normativa britannica, ove il legislatore ha imposto il divieto di produrre più del 15% dell'energia complessivamente distribuita.

- **Separazione fra gestore della rete e imprese produttrici.** La Francia ha optato per un regime di recepimento minimale, in quanto la RTE - *Reseau de transport de l'électricité*, che sebbene indipendente sotto il profilo gestio-

(3) L'attuazione della prima direttiva elettricità è avvenuta con la Legge di riforma del settore industria energetica (*Gesetz zur Neuregelung des Energieertragsrechts*) entrata in vigore il 29 aprile 1998.

(4) In Spagna, la trasposizione della normativa comunitaria in materia di apertura del mercato elettrico si è realizzata con l'emanazione della *Ley del Sector Electrico*, 27 novembre 1997, n. 54.

nale si configura come una semplice divisione di EdF (5). In Italia si è scelto un sistema di separazione proprietaria che è stato interpretato dalla giurisprudenza in termini rigorosi, fino ad impedire la concentrazione in capo al medesimo soggetto di partecipazioni nel gestore della rete e in imprese che operano nel settore (6). In Gran Bretagna la rete è gestita da *National Grid company*, società privata indipendente dagli altri operatori di mercato.

- **Golden share e concentrazioni societarie.** Emblematico è il diverso esito delle vicende italiana e francese relative al tentativo di mantenimento del controllo pubblico sulle imprese operanti nel settore.

Il caso italiano si è manifestato relativamente a AEM – EDISON e EdF, quando quest'ultima ha tentato di acquisire una rilevante partecipazione in EDISON attraverso un articolato intreccio di operazioni societarie e un'offerta pubblica di acquisto. Al fine di mantenere un significativo controllo sulle imprese interessate dal travagliato processo di privatizzazione in atto, l'Italia ha adottato misure legislative volte ad una rilevante diminuzione dei diritti di voto esprimibili in seno all'assemblea dei soci nei confronti di particolari soggetti. Segnatamente, con il D.L. 25 maggio 2001, n. 192 il Governo è intervenuto limitando al 2%, indipendentemente dall'effettiva entità della partecipazione, i diritti di voto relativi alle partecipazioni di imprese operanti nel settore dell'elettricità e del gas se pubbliche, non quotate e titolari di una posizione dominante. Seppur EdF non fosse menzionata, è indubbio che la normativa anzidetta aveva come riferimento situazioni analoghe a quella dove si trovava coinvolta la società francese, che vedeva così drasticamente sterilizzata la propria partecipazione in EDISON. Sennonché la misura richiamata non è sopravvissuta alla sentenza 2 giugno 2005, C-174/04, con cui la Corte di Giustizia ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 56 del TCE (libera circolazione dei capitali) (7). I successivi tentativi del legislatore italiano volti a mantenere il controllo sulle imprese pubbliche hanno avuto un epilogo analogo (8).

(5) Sul punto v. la *Loi 2000-108 relative à la modernisation e tau développement du service public de l'électricité*, che, tra l'altro, è stata adottata con circa un anno di ritardo rispetto alle previsioni comunitarie.

(6) Sul punto v. Consiglio di Stato, 12 febbraio 2007, n. 550, ove si è confermata la legittimità del provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato che, nell'autorizzare l'acquisizione da parte di Cassa Depositi e prestiti del 29,99 % del capitale sociale di Terna S.p.A., allora detenuto da Enel S.p.A., ha, al contempo, imposto l'obbligo di dismissione da parte di Cassa Depositi e Prestiti S.p.A. della partecipazione del 10,2 % al capitale di Enel.

(7) V. L. R. PERFETTI, *Dal rilievo della soggettività pubblica (o l'enfasi delle privatizzazioni) alla tutela della concorrenza (o della rilevanza dei privilegi del monopolista e dei diritti dell'utente). Brevi riflessioni a partire dal caso Edison, EdF, AEM*, in *Serv. pubbl. app.*, III, 2006, p. 131 ss. Suppl. a cura di G. ROSSI, *L'impresa europea di interesse generale*.

(8) Sul punto, da ultimo, v. la sentenza della Corte di giustizia 26 marzo 2009, causa C-326/07, che sempre relativamente ad una vicenda sorta con riferimento a AEM – EDISON, ha comportato la dichiarazione di illegittimità comunitaria dell'art. 2449 c.c. relativo al potere di nomina di cui dispone lo Stato, indipendentemente dall'entità della partecipazione azionaria, con riferimento agli amministratori delle società per azioni.

Rappresentativo al riguardo è il raffronto con l'esperienza francese laddove, non appena conosciuta l'intenzione dell'ENEL di realizzare un'OPA destinata a controllare SUEZ e ad acquisire attraverso questa la società ELECTRABEL, si è optato per la fusione di SUEZ on GAZ DE FRANCE attraverso uno scambio di azioni alla pari. L'operazione, che fu giustificata dal fine di conformare l'operatore francese alla politica dei c.d. «campioni nazionali», nascondeva un palese intento di contenimento della scalata dell'operatore italiano (9).

- **Monopolio sulla produzione nucleare.** Le norme francesi affidano a EdF il monopolio legale della produzione nucleare.

2. Condizioni di sfavore derivanti dall'imposizione di standard differenziati - In materia ambientale

Il caso emblematico è quello afferente ai limiti di tollerabilità nel campo delle emissioni di onde elettromagnetiche.

I limiti stabiliti sulla base del principio di precauzione da parte dell'OMS sono stati, nella maggior parte dei Paesi, oggetto di un mero recepimento. In Inghilterra, negli Stati Uniti e in Olanda, i limiti sono stati significativamente innalzati, mentre altri Stati ancora si sono premurati di introdurre una disciplina più rigorosa. Fra questi, l'Italia ha addirittura ridotto di oltre dieci volte i limiti di emissione di onde elettromagnetiche stabiliti dall'OMS (10).

- In materia alimentare

Anche nel settore alimentare, la differenza tra le normative tecniche nazionali può comportare significative sperequazioni tra le imprese concorrenti. Un caso divenuto celebre a seguito di una importante sentenza della Corte costituzionale è quello della pasta. Il legislatore italiano prevedeva l'impiego necessario ed esclusivo di alcuni ingredienti, mentre negli altri Paesi era consentito utilizzarne molti altri. Non essendo consentito, sulla base del diritto comunitario, un divieto di importazione e di commercializzazione all'interno dello Stato italiano della pasta prodotta in altri Paesi dell'U.E., si era venuta a creare la situazione per cui i produttori interni erano sfavoriti rispetto ai loro concorrenti stranieri. Si trattava di un tipico esempio di "discriminazione alla rovescia", che la Corte costituzionale ha censurato per contrasto con l'art. 3 Cost. attraverso la sentenza n. 443 del 1997.

(9) Sul punto, v. P. DEVOLVÉ, *L'entreprise européenne d'intérêt general*, p. 32, in G. ROSSI (a cura di), *L'impresa europea di interesse generale*, cit.

(10) La questione è ampiamente affrontata da F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, 2005.

3. Evidenza pubblica

In Francia, l'art. 25, della legge 2 luglio 1990, n. 568, come modificato dalla l. 31 dicembre 2003, n. 1365, a proposito dell'attività contrattuale di *La Poste* afferma che: «*les relations de La Poste avec ses usagers, ses fournisseurs et les tiers sont régies par le droit commun. Les litiges auxquels elles donnent lieu sont portés devant les juridictions judiciaires, à l'exception de ceux qui relèvent, par leur nature, de la juridiction administrative*». L'art. 25 è peraltro indicato dal successivo art. 27 (modificato a sua volta dalla legge 20 maggio 2005, n. 516) come il parametro cui il Consiglio d'Amministrazione dovrà ispirarsi nel definire le procedure di conclusione e di controllo dei contratti da stipulare. Non sembra affatto agevole comprendere quale peso conferire a siffatte disposizioni nel contesto regolamentato in cui *La Poste* è chiamata ad operare alla luce delle direttive comunitarie sugli appalti. Tuttavia, la disposizione in questione è significativa della volontà del legislatore francese di non gravare l'operatore postale nazionale del vincolo pubblicistico rappresentato dalla necessità di rispettare la normativa in materia di evidenza pubblica nell'ambito dello svolgimento della propria attività contrattuale.

Si deve considerare, inoltre, il ritardo con cui si è data attuazione nel Paese transalpino alle direttive sugli appalti pubblici: la prima compiuta revisione dei testi normativi nazionali si è infatti avuta solo nel dicembre 2001, ossia a quasi dieci anni di distanza dall'intervento della Direttiva 92/50/CE relativa agli appalti di servizi. Anche tale circostanza appare decisamente significativa del maggior grado di resistenza che l'ordinamento francese tenta di opporre alla penetrazione di principi concorrenziali suscettibili di scalfire consolidati equilibri interni (11).

(11) Per un approfondimento v. F. GUALTIERI, *Limiti all'intervento pubblico in economia: squilibri e disallineamenti tra gli ordinamenti italiano e francese*, in *Servizi pubblici e appalti*, 4, 2006, pp. 611-655.

La responsabilità dello Stato per gli atti amministrativi “anticomunitari” in materia di I.v.a.

Un’ipotesi di violazione del principio di “equivalenza procedurale”

(Corte di Giustizia CE, conclusioni dell’Avvocato generale presentate il 9 luglio 2009 nella causa C-118/08)

*di Chiara Di Seri**

1. La questione pregiudiziale

Con una decisione del 1° febbraio del 2008, il Tribunal Supremo del Regno di Spagna (Sala de lo contencioso administrativo) ha rimesso alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee la questione pregiudiziale, oggetto della causa in epigrafe, sul problema del rapporto tra il principio dell’autonomia procedurale degli Stati membri nella disciplina sull’azione di responsabilità per violazione del diritto comunitario ed i principi di equivalenza ed effettività.

La Corte di Giustizia è stata chiamata a chiarire se la previsione legislativa di un differente regime per l’azione di risarcimento a carico dello Stato, in funzione del fatto che tale azione si fondi su atti amministrativi adottati in applicazione di una legge incostituzionale ovvero di una disposizione interna contraria al diritto comunitario, sia conforme ai principi comunitari di equivalenza e di effettività.

Tale quesito è sorto nell’ambito di una controversia tra l’amministrazione spagnola ed una società di trasporti (Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL), promotrice di un ricorso in sede giurisdizionale avverso una decisione del Consiglio dei Ministri che aveva respinto la domanda diretta a far valere la responsabilità patrimoniale del legislatore spagnolo per aver adottato una legge in materia di I.v.a. che, limitando il diritto alla detrazione, era stata dichiarata incompatibile con il diritto comunitario (1).

Il Consiglio dei Ministri aveva motivato il rigetto della richiesta di risarcimento (pari all’importo dell’I.v.a., oltre agli interessi legali), affermando come la mancata contestazione, da parte della società, delle proprie autoliquidazioni

(*) Dottore di ricerca in Diritto amministrativo - Università degli Studi di Roma Tre.

(1) Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 6 ottobre 2005, in causa C-204/03 *Commissione/Spagna* e la precedente Id., 8 novembre 2001, in causa C-338/98 *Commissione/Paesi Bassi*.

nel termine quadriennale di prescrizione avesse interrotto il nesso di causalità tra la contestata violazione del diritto comunitario e il danno subito.

A sostegno della decisione erano state richiamate due sentenze del Tribunal Supremo (29 gennaio 2004 e 24 maggio 2005), secondo cui l'azione di risarcimento a carico dello Stato per violazione del diritto comunitario soggiace alla regola del previo esaurimento degli altri mezzi di ricorso, amministrativi e giurisdizionali, avverso l'atto amministrativo lesivo adottato in applicazione di una legge nazionale in contrasto con il diritto comunitario.

Proprio sulla richiamata condizione di ammissibilità della domanda risarcitoria - il previo esaurimento dei mezzi di ricorso - si incentra il dubbio del giudice *a quo*, poiché analoga modalità procedurale non è contemplata nell'ordinamento spagnolo per l'azione di risarcimento promossa nei confronti dello Stato per i danni derivanti da atti amministrativi adottati in applicazione di una legge incostituzionale.

L'esercizio di tale azione, infatti, nella giurisprudenza del Tribunal Supremo non risulta subordinato alla circostanza che il soggetto leso abbia previamente impugnato l'atto amministrativo pregiudizievole fondato sulla legge incostituzionale, muovendo dall'argomentazione secondo cui la legge comunque gode di «una presunzione di costituzionalità e, di conseguenza, *vige una presunzione di legittimità degli atti amministrativi adottati in conformità delle sue disposizioni*. D'altra parte, i singoli non sono titolari dell'azione diretta a far valere l'incostituzionalità delle leggi, ma *possono unicamente chiedere al giudice che sollevi un'eccezione di incostituzionalità nell'ambito, tra le altre ipotesi, dell'impugnazione di un atto amministrativo*. (...) Un'interpretazione contraria avrebbe l'effetto di imporre ai singoli che possano essere pregiudicati da una legge che reputano incostituzionale, l'onere di impugnare tutti gli atti emanati in applicazione di detta legge - prima in sede amministrativa (in cui non è prevista la possibilità di sollevare un'eccezione di incostituzionalità), e poi dinanzi alla giurisdizione per il contenzioso amministrativo, esaurendo, ove necessario, tutte le istanze e i gradi di ricorso - al fine di esperire tutte le possibilità che il giudice sollevi la questione di incostituzionalità».

Una tale ricostruzione non è, invece, accolta nelle citate pronunce del Tribunal Supremo nel caso in cui una legge sia in contrasto con il diritto comunitario «giacché tale contraddizione *può essere invocata direttamente dinanzi ai giudici spagnoli*. Pertanto, la ricorrente ha avuto la possibilità di impugnare l'atto di liquidazione prima per via amministrativa e poi in un procedimento contenzioso, e tanto l'autorità amministrativa quanto il giudice successivamente avrebbero dovuto applicare direttamente il diritto comunitario. La ricorrente (...) era pienamente legittimata a far valere la contraddizione tra il diritto nazionale ed il diritto comunitario, che doveva essere direttamente applicato dal giudice nazionale, anche qualora non fosse stato invocato espressamente; di conseguenza, *la dottrina dell'atto definitivo e inoppugnabile, unitamente al*

principio della certezza del diritto, giustificano una soluzione del presente caso in senso contrario (...) e portano quindi a disapplicare, nella fattispecie, la dottrina enunciata (...) e a respingere la domanda di risarcimento della ricorrente, giacché quest'ultima, non avendo impugnato l'atto redatto dall'amministrazione tributaria, è tenuta a sopportare il pregiudizio arrecatole», salva la possibilità di esercitare, qualora non sia ancora prescritta, l'azione di ripetizione o di effettuare la detrazione di cui ha diritto, nel caso in cui non siano scaduti i termini a tal fine previsti dalla normativa in materia di I.v.a.

In conclusione, secondo la giurisprudenza richiamata, ai fini dell'accertamento della responsabilità patrimoniale dello Stato legislatore, l'ipotesi dell'antinomia tra diritto interno e diritto comunitario viene trattata in maniera diversa rispetto alle situazioni in cui una norma nazionale sia dichiarata incostituzionale, imponendosi al ricorrente l'obbligo di impugnare nei termini l'atto di liquidazione in via amministrativa e, successivamente, in sede giurisdizionale, con la conseguenza che, qualora la liquidazione non sia stata impugnata invocando l'applicazione diretta del diritto comunitario, il ricorrente è obbligato a sopportare il danno che gli è stato arrecato in virtù della dottrina dell'atto definitivo ed inopugnabile.

2. Il regime della responsabilità dello Stato legislatore nell'ordinamento spagnolo

Il regime della responsabilità per il fatto del legislatore previsto nell'ordinamento spagnolo è mutuato dalla disciplina della responsabilità amministrativa per gli atti legittimi (2) .

Tale disciplina propone un modello di responsabilità dello Stato di tipo oggettivo, incentrata sul concetto di "lesione giuridica".

In particolare, l'art. 121 (3) della *Ley de Expropiación Forzosa* (LEF)

(2) Per una compiuta analisi della tematica si vedano LAZARI, *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, Torino, 2005, 173 e ss. ed il precedente ID., *Lotta contro le immunità o contro i mulini a vento? Profili comparatistica della responsabilità oggettiva dello Stato*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1998, 359 e ss. nonché alcuni fondamentali studi della dottrina spagnola, ed, in particolare, GARCÍA DE ENTERRÍA, *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en el Derecho Español*, Navarra, 2005, ID., *El principio de protección de la confianza legítima como suesposto título justificativo de la responsabilidad del Estado legislador*, in *Revista de Administración Pública*, 2002, ID., *El principio de la «responsabilidad de los poderes públicos»*, in *Revista española de derecho Constitucional*, 2003, GALÁN VIOQUE, *La responsabilidad del Estado legislador*, Barcelona, 2001, GARRIDO FALLA , *Sobre la responsabilidad del Estado Legislador*, in *Revista de Administración Pública*, 1989. Si cfr. no infine i dibattiti dei Convegni *La responsabilidad civil de la Administración Pública*, Valladolid, 16,17 e 18 ottobre 1997 e *La responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos en el marco de la estructura territorial del Estado*, Siviglia, 20 e 21 novembre 1997.

(3) L'articolo stabilisce così che «*dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos*».

del 1954 ha codificato il principio della responsabilità patrimoniale diretta con riferimento ad ogni attività amministrativa, sia di carattere provvedimentale che materiale, prescindendo dall'accertamento dell'elemento soggettivo della colpa e richiedendo esclusivamente la dimostrazione della sussistenza di una lesione, imputabile causalmente all'attività o inattività dell'amministrazione. Successivamente, l'art. 40 della *Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado* (LRJA) del 1957 ha esteso, al di là della materia espropriativa, il principio secondo cui i cittadini hanno diritto di essere risarciti dei danni arrecati alla loro sfera giuridica.

L'accoglimento del sistema "oggettivo" ha tuttavia tardato ad affermarsi in campo giurisprudenziale. Per lungo tempo, infatti, la giurisprudenza ha continuato a riferirsi alle previsioni della responsabilità per colpa del *Código Civil* (4) e, solo a partire dagli anni Settanta, il Tribunal Supremo ha iniziato ad accogliere le richieste risarcitorie fondate sulla legge in materia espropriativa, riconoscendo, peraltro, nell'ottica di una riparazione integrale dei pregiudizi sofferti dal cittadino, la risarcibilità dei danni da caso fortuito ed il danno morale (5).

Anche la Carta costituzionale del 1978, muovendo da una concezione solidaristica dello Stato, ha ribadito quanto stabilito dal legislatore negli anni precedenti, sancendo il divieto di arbitrarietà ed il principio di responsabilità dei pubblici poteri (art. 9.3) (6) e, correlativamente, il diritto dei privati di essere indennizzati, nei termini stabiliti dalla legge, per qualunque lesione ai loro beni o diritti in conseguenza del funzionamento dei servizi pubblici, salva la forza maggiore.

Un ulteriore elemento di novità nella disciplina della responsabilità patrimoniale dell'amministrazione è stato, infine, introdotto dalla *Ley de Régimen Jurídico de la Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (LRJPA) del 1992 che, al fine di limitare gli squilibri, messi in luce dalla dottrina, di "overcompensation", ha fornito una definizione puntuale del danno sofferto indennizzabile (effettivo, valutabile economicamente, concreto e riferibile alla sfera patrimoniale del richiedente, tale da eccedere la soglia di tollerabilità dei comuni oneri sociali) (7).

(4) Le disposizioni del *Código Civil* del 1889 contemplano infatti la possibilità di riconoscere sia una responsabilità dello Stato per fatti propri (art. 1902) che per fatti di terzi, laddove commessi da "agenti speciali" (artt. 1902 e 1903).

(5) Si cfr. no in proposito TS, 19 maggio 1970 e Id., 12 marzo 1975.

(6) Anche nel nostro ordinamento, nonostante il principio della generale insindacabilità nel merito della legge previsto dall'art. 28 della L. n. 87 del 1953, è stato progressivamente riconosciuto alla Corte costituzionale un certo margine di apprezzamento sulle valutazioni discrezionali del legislatore attraverso il richiamo al principio di ragionevolezza e non arbitrarietà della legge.

(7) Si tratta dell'art. 139 LRJPA, secondo cui «*en todo caso el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas*» e dell'art. 141 LRJPA, secondo cui «*sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley*».

Contestualmente, la giurisprudenza del Tribunal Supremo ha valorizzato l'accertamento del nesso causale, richiedendo che il danno lamentato dall'attore costituisca una conseguenza diretta, immediata ed esclusiva del funzionamento normale o anormale del servizio pubblico (8). In ossequio a tale orientamento giurisprudenziale, volto a circoscrivere i limiti massimi della responsabilità oggettiva, una successiva legge del 1999 ha codificato l'invocabilità della forza maggiore, quale causa di esclusione della responsabilità (9).

Il sistema della responsabilità dello Stato legislatore, a differenza di quello della responsabilità amministrativa sin qui esaminato, è invece lontano da una chiara ed unitaria regolamentazione ed anche la ricostruzione fornita dalla giurisprudenza non è unanime.

Nelle sue prime sentenze, la Corte costituzionale spagnola, con riferimento agli interessi dei cittadini lesi per il fatto del legislatore in occasione di provvedimenti statali in materia economica, ha riconosciuto che le innovazioni legislative possono originare una *«frustración de las expectativas existentes, y en determinados casos, perjuicio económico que puede merecer algún grado de compensación»* (10). La Corte ha inoltre incidentalmente affermato la responsabilità del legislatore per l'adozione di leggi incostituzionali (11).

Anche il Tribunal Supremo, sviluppando le argomentazioni della Corte costituzional, ha mostrato in alcune decisioni di aderire all'impostazione favorevole alla responsabilità dello Stato legislatore: tra le riconosciute ipotesi di risarcimento del danno connesso all'adozione di atti legislativi, le leggi dichiarate incostituzionali, quelle aventi contenuto espropriativo ed, infine, quelle la cui applicazione concreta necessiti di un certo grado di compensazione (12).

Nonostante le richiamate aperture giurisprudenziali, nell'ordinamento spagnolo, analogamente a quanto avviene in quello italiano (13), il dogma

(8) In tal senso, T, 4 giugno 1994, Id., 20 dicembre 1994, Id., 20 maggio 1995 e 20 giugno 1995.

(9) Si tratta del riformato art. 141 LRJPA secondo cui *«no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se tubiere podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para esos casos»*.

(10) TC, 26 luglio 1986, n. 108.

(11) TC, 13 febbraio 1997, n. 28 e Id., 19 ottobre 2000, n. 248. In argomento, si rinvia altresì agli scritti di GARCÍA DE ENTERRÍA, *Sobre la responsabilidad patrimonial del estado como autor de una ley declarada incostitucional*, in www.juridicas.unam.mx e DOMENECH PASCUAL, *Responsabilidad patrimonial de la administración por daños derivados de una ley incostitucional*, in *Revista española de derecho Constitucional*, 2001.

(12) Per tali ipotesi, si cfr. TS, 11 ottobre 1991.

(13) In Italia, il problema della sussistenza della responsabilità del legislatore nell'esercizio della sua funzione di produzione delle leggi è affrontato dalla dottrina muovendo dal temperamento operato dalla Costituzione del principio della sovranità statale come potere illimitato, proprio dello Stato democratico, e quello di imputabilità dei soggetti pubblici per lo svolgimento delle proprie funzioni,

dell'irresponsabilità dello Stato è lontano dall'essere messo in discussione nella sua essenza.

Un'ulteriore conferma in questo senso è stata rintracciata nella citata legge del 1992 (LRJPA), che limita la responsabilità del legislatore alle ipotesi in cui sia la stessa legge ad individuarne il fondamento e la misura: la controversa disposizione dell'art. 139.3 dispone infatti che «*las administraciones pública indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tenga nel deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos*».

Il fondamento della responsabilità del legislatore si radica dunque nella teoria dell'"autolimitazione", non essendovi alcuna disposizione di carattere generale, a parte la volontà eccezionale di un potere *una tantum* costituito, in grado di delimitare il campo dell'azione del legislatore (14).

Tale ricostruzione teorica risulta superata solo per l'adozione di atti legislativi a "rilevanza" comunitaria, con riferimento ai quali la nota giurisprudenza comunitaria in materia di responsabilità extracontrattuale degli Stati membri per mancata attuazione delle direttive ha rappresentato una spinta determinante nel senso del riconoscimento della responsabilità del legislatore (15).

corollario dello Stato di diritto.

Con l'avvento dello Stato costituzionale, infatti, la sovranità della legge trova un vincolo nella sovranità della Costituzione: è stato pertanto autorevolmente sostenuto come che l'assoggettamento a controlli di legalità dell'attività dello Stato e a controlli di legittimità, e di legittimità costituzionale in particolare degli atti legislativi e degli atti "politici" costituisca il presupposto per il riconoscimento di una responsabilità del Legislatore per l'esercizio delle proprie funzioni (si vedano, al riguardo, BIFULCO, *La responsabilità dello Stato per gli atti legislativi*, Padova, 1999 e PIZZORUSSO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi in Italia*, in *Foro It.*, 2003, 178).

(14) Per questo rilievo si veda LAZARI, *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, cit., 235.

(15) Si tratta della giurisprudenza inaugurata dalla sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 19 novembre 1991, in cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich*. Al riguardo parte della dottrina spagnola ha ritenuto che il modello comunitario di responsabilità dello Stato possa risultare in contrasto con quanto previsto nell'ordinamento interno, trattandosi di un sistema che dà una certa rilevanza alla colpa, risultando maggiormente affine alla categoria francese della *responsabilité pour faute*, e che sanziona la condotta del legislatore, non solo per l'adozione di un atti non conformi al diritto comunitario, ma anche per l'omessa attuazione dello stesso (per tali dubbi si veda, in particolare, MUNOZ MACHADO, *La formación de un derecho común de la responsabilidad extracontractual del Estado en el sistema comunitario europeo*, in *Estudios de jurisprudencias*, 1992).

Per un'analisi dell'impatto dell'affermata responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario nell'ordinamento italiano si vedano: DI MAJO, *Responsabilità e danni nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato*, in *Europa e Diritto Privato*, 1998, 774 e ss. e TIZZANO, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Foro It.*, 1995, IV, 13 e ss.; nonché, più recentemente, CALZOLAIO, *L'illecito dello Stato tra diritto comunitario e diritto interno. Una prospettiva comparatistica*, Milano, 2004; FERRARO, *La responsabilità risarcitoria degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, Milano, 2008; FUMAGALLI, *La responsabilità degli Stati membri per la violazione del diritto comunitario*, Milano, 2000 e SCODITTI, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Danno e Resp.*, 2005, 5 e ss.

3. *Le conclusioni dell'Avvocato generale*

L'Avvocato generale, prima di entrare nel merito della valutazione sulla compatibilità dei principi enunciati dal Tribunal Supremo con quelli comunitari di equivalenza e di effettività, ha affrontato l'eccezione formulata dal governo spagnolo in ordine alla ricevibilità della questione pregiudiziale.

Secondo il governo spagnolo, infatti, la questione dovrebbe essere dichiarata irricevibile in quanto, in sede di un rinvio *ex art. 234 T.C.E.*, la Corte è autorizzata a pronunciarsi esclusivamente sulla compatibilità con il diritto comunitario di atti normativi interni e non anche sulla giurisprudenza emessa da un organo giurisdizionale, quale è il Tribunal Supremo, dato che esso stesso potrebbe modificare la propria giurisprudenza in ossequio all'obbligo di interpretazione conforme al diritto comunitario (16).

Tale ricostruzione dell'ambito di esercizio della funzione nomofilattica del giudice comunitario non è condivisa dall'Avvocato generale: se, come noto, il potere di interpretare in via pregiudiziale le norme comunitarie non comprende anche quello di pronunciarsi "direttamente" sulla compatibilità tra norme interne e norme comunitarie (17), la Corte può "indirettamente" fornire

(16) L'obbligo di interpretazione conforme al diritto comunitario è stato esplicitamente affermato dal giudice comunitario a partire dalla sentenza, 10 aprile 1984, in causa C-14/83, *Von Colson*, e poi diffusamente nella sentenza 13 novembre 1990, in causa C-106/89, *Marleasing SA*, secondo cui «l'obbligo degli Stati membri, derivante da una direttiva, di conseguire il risultato da questa contemplato, come pure l'obbligo, loro imposto dall'art. 5 (ora 10) del Trattato, di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento di tale obbligo, valgono per tutti gli organi degli Stati membri, ivi compresi, nell'ambito della loro competenza, quelli giurisdizionali. Ne consegue che, nell'applicare il diritto nazionale, a prescindere dal fatto che si tratti di norme precedenti o successive alla direttiva, il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva, onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi pertanto all'art. 189 (ora 249), comma 3, del Trattato».

Si cfr. no, in argomento, CAFARI PANICO, *Per un'interpretazione conforme*, in *Dir. pubbl. Comp. Eu.*, 1999, 383 e ss.; PALLOTTA, *Interpretazione conforme e inadempimento dello Stato*, in *Riv. It. Dir. pubbl. Com.*, 2005, 253 e ss.; PINELLI, *Interpretazione conforme (rispettivamente, a Costituzione e al diritto comunitario) e giudizio di equivalenza*, in *Giur. Cost.*, 2008, 1364 e ss.; RUVOLO, *Interpretazione conforme e situazioni giuridiche soggettive*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2006, 1407 e ss. L'importanza del rispetto dell'obbligo di interpretazione conforme da parte dei giudici nazionali è stata inoltre recentemente ribadita nella sentenza 5 ottobre 2004, in cause riunite da C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer* (su cui si vedano, da ultimo, LENAERTS, CORTHAUT, *Of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU law*, in *European Law Review*, 2006, 287 e ss.).

(17) In proposito, Corte di giustizia delle Comunità Europee, 27 marzo 1963, in cause C-28, 29 e 30/62, *Da Costa en Schaake*, afferma che «quando, nell'ambito concreto di una controversia vertente avanti un giudice nazionale, la Corte dà un'interpretazione del trattato, essa si limita a trarre dalla lettera e dallo spirito di questo il significato delle norme comunitarie, mentre l'applicazione alla fattispecie delle norme così interpretate rimane riservata al giudice nazionale: tale concezione corrisponde alla funzione assegnata alla Corte dall'art. 177, che mira a garantire l'unità dell'interpretazione del diritto comunitario nei sei Stati membri». Bisogna però rilevare che, nella pratica delle pronunce pregiudiziali, l'interpretazione del diritto comunitario fornita dalla Corte è spesso resa in modo tale che il giudice na-

al giudice *a quo* tutti gli elementi di interpretazione del diritto comunitario utili a valutarne gli effetti in termini di disapplicazione del diritto interno incompatibile (18).

L'Avvocato generale esclude, quindi, la sussistenza di limiti riferibili «alla natura delle disposizioni nazionali che possono, in questo modo, essere messe indirettamente in discussione in occasione di un rinvio pregiudiziale relativo all'interpretazione del diritto comunitario. Contrariamente a quanto sostiene il governo spagnolo, *queste possono ben essere di origine giurisprudenziale*. Del resto, la Corte è stata già invitata indirettamente a pronunciarsi in via pregiudiziale sulla conformità della giurisprudenza al diritto comunitario» (19), sottolineando come la domanda proposta miri a verificare la compatibilità, con i principi comunitari di effettività ed equivalenza, delle norme nazionali relative alle azioni di risarcimento a carico dello Stato nell'interpretazione resa dal Tribunal Supremo.

Venendo al merito della questione - da ritenersi, pertanto, ricevibile - l'Avvocato generale evidenzia preliminarmente come i principi di effettività ed equivalenza rappresentino un contrappeso al principio di autonomia procedu-

zionale possa evincere a quali condizioni la Corte ritenga sussista l'incompatibilità, con conseguente effetto conformativo del giudice alla decisione.

(18) Al riguardo si cfr. no le storiche decisioni Corte di giustizia delle Comunità Europee, 15 giugno 1964, in causa C-6/64, *Costa e Id.*, 9 marzo 1978, in causa C-106/77, *Simmenthal*, su cui, tra i tanti, MARCH HUNNINGS, *Rival Constitutional Courts: A Comment on Case 106/77*, in *Common Market Law Review*, 1978, 483 e ss.; MENGONI, *Note sul rapporto tra fonti di diritto comunitario e fonti di diritto interno degli Stati membri*, in AA.VV., *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, a cura di Lipari, Napoli, 1998, 26 ss.

Per una completa ricostruzione della problematica della disapplicazione, quale criterio per la risoluzione delle antinomie tra diritto interno e diritto comunitario, si vedano, tra i tanti: CELOTTO, *La prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno: orientamenti della Corte costituzionale e spunti di teoria generale*, in *Giur. Cost.*, 1992, 4481 e ss.; ID., *Le «modalità» di prevalenza delle norme comunitarie sulle norme interne: spunti ricostruttivi*, in *Riv. It., dir. pubbl. com.*, 1999, 1463 e ss. e ID., *Concorrenza e conflitti tra criteri di risoluzione*, in MODUGNO, *Appunti per una teoria generale del diritto, La teoria del diritto oggettivo*, Torino, 2000, 225 e ss.; ID., *Legittimità costituzionale e legittimità comunitaria (prime considerazioni sul controllo di costituzionalità in Italia come sistema "misto")*, in *Riv. Dir. Pubbl. Eu.*, 2002, 47 e ss.; PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, Milano, 2008; PIZZORUSSO, *Sull'applicazione del diritto comunitario da parte del giudice italiano*, in *Quad. Reg.*, 1989, 48 e ss. e ID., *Interrogativi in tema di rapporti tra fonti comunitarie e fonti nazionali*, in AA. VV., *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Unione europea*, Milano, 2002, 21 e ss.; RUGGERI, *Fonti, norme criteri, ordinatori*, Torino, 2005, 215 e ss. ed, in precedenza, ID., *Continuo e discontinuo nella giurisprudenza costituzionale, a partire dalla sent. n. 170 del 1984, in tema di rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno: dalla teoria della separazione alla prassi dell'integrazione intersistemica?*, in *Giur. Cost.*, 1991, 1598 e ss.; SILVESTRI, *La diretta applicabilità delle norme comunitarie*, in *Associazione Italiana dei costituzionalisti, Annuario 1999, La Costituzione Europea, Atti del XIV Convegno annuale*, Padova, 2000; SORRENTINO, *Brevi osservazioni sulle leggi contrastanti con norme comunitarie: incostituzionalità e/o disapplicazione?*, in *Giur. Cost.*, 1975, II, 3237 e ss., ID., *Ai limiti dell'integrazione europea: primato delle fonti o delle istituzioni comunitarie?*, in *Pol. Dir.*, 1994, 189 e ss. e ID., *La rilevanza delle fonti comunitarie nell'ordinamento italiano*, in *Dir. commercio internaz.*, 1989, 452 e ss.

(19) Conclusioni, punto 13.

rale degli Stati membri (20), preposto alla tutela dei diritti conferiti ai singoli dall'ordinamento comunitario.

Mentre il principio di effettività impone che le modalità procedurali nazionali assicurino una protezione effettiva dei diritti conferiti dal diritto comunitario, il principio di equivalenza esige che l'ordinamento nazionale garantisca a tutte le azioni che hanno il loro fondamento nel diritto comunitario un trattamento procedurale che sia favorevole almeno quanto quello applicabile a domande analoghe fondate sul diritto interno.

Con riferimento al principio di equivalenza, la previsione, quale condizione di ammissibilità dell'azione di responsabilità a carico dello Stato, dell'avvenuto esaurimento degli altri mezzi di ricorso avverso l'atto amministrativo lesivo, oltre a costituire un principio generale comune agli ordinamenti giuridici degli Stati membri, appare in linea con la giurisprudenza della Corte in tema di ricevibilità del ricorso diretto a far valere la responsabilità extracontrattuale della Comunità, secondo cui, in particolare, l'azione va ritenuta irricevibile, «quando è diretta contro la stessa illegittimità e tende ad ottenere lo stesso risultato patrimoniale del ricorso di annullamento dell'atto dell'istituzione che arreca il pregiudizio e che la persona lesa ha ommesso di esperire tempestivamente» (21), ossia quando il ricorso per il risarcimento dei danni dissimula, in realtà, un'azione di ripetizione dell'indebitato.

Una simile circostanza viene ravvisata nella controversia promossa dalla società spagnola che, contestando tempestivamente - nel termine, del tutto ragionevole, di 4 anni - la validità dell'atto amministrativo di liquidazione, avrebbe potuto ottenere la riparazione integrale del danno allegato (l'importo dell'I.v.a. non detratta, oltre agli interessi legali).

La valutazione sulla compatibilità della citata condizione di ammissibilità con il principio di equivalenza risulta più articolata in quanto, al fine di dimostrare l'esistenza di un obbligo di parità di trattamento procedurale, occorre

(20) Sull'autonomia procedurale degli Stati membri si vedano le pronunce: Corte di giustizia delle Comunità europee, 16 dicembre 1976, in causa C-33/76, *Rewe*; Id., 16 dicembre 1976, in causa C-45/76, *Comet*; Id., 9 novembre 1983, in causa C-199/82, *San Giorgio*; Id., 25 febbraio 1988, in cause riunite C-331/85, 376/85 e 378/85, *Bianco e Girare*; Id., 24 marzo 1988, in causa C-104/86, *Commissione/Italia*; Id., 14 luglio 1988, in cause riunite C-123/87 e 330/87, *Jeunehomme e a.*; Id., 9 giugno 1992, in causa C-96/91, *Commissione/Spagna*; Id., 14 dicembre 1995, in causa C-312/93, *Peterbroek e a.* Si tratta di una giurisprudenza secondo cui, in assenza di misure di armonizzazione diretta delle procedure, spetta agli Stati membri indicare organi e le modalità procedurali di tutela delle posizioni protette dal diritto comunitario, sebbene tale autonomia sia appunto condizionata dal rispetto di due requisiti: tali regole e procedure non devono essere meno favorevoli di quelle previste per le analoghe situazioni giuridiche soggettive protette dal diritto interno (principio di equivalenza); secondariamente tali procedure non devono essere tali da renderne impossibile o eccessivamente difficile la tutela (principio di effettività). Per una ricostruzione dei confini del principio, si veda RODRIGUEZ IGLESIAS, *Sui limiti dell'autonomia procedimentale e processuale degli Stati membri*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2001, 5 e ss.

(21) Conclusioni, punto 20.

verificare la “comparabilità” tra l’azione di risarcimento a carico dello Stato fondata su una legge incostituzionale e quella promossa a seguito della violazione del diritto comunitario.

Tale raffronto viene così svolto in relazione ai parametri dell’oggetto, delle finalità e degli elementi essenziali delle due azioni.

Mentre appare non contestata la circostanza che l’oggetto (il risarcimento del danno) e la finalità (accertamento dell’illiceità del comportamento lesivo) delle due azioni di responsabilità siano coincidenti, l’Avvocato generale si è espresso in senso critico nei confronti delle argomentazioni sulla diversità degli elementi essenziali, addotte dal giudice *a quo* al fine di giustificare la differenza di trattamento procedurale.

Secondo il giudice nazionale, infatti, il trattamento più favorevole riservato all’azione di responsabilità per i danni derivanti da un atto amministrativo adottato in conformità ad una legge incostituzionale si fonderebbe sull’eccessiva compressione della tutela giurisdizionale del privato, laddove la previsione della previa contestazione dell’atto amministrativo lesivo «condannerebbe il ricorso all’inefficacia».

Più particolare, tali difficoltà sarebbero legate, a monte, agli effetti incisivi delle pronunce di illegittimità costituzionale ed alle stringenti condizioni di proponibilità dell’incidente di costituzionalità rispetto alle “questioni di comunitarietà”.

Quanto al primo profilo, il giudice di rinvio ha evidenziato il differente effetto delle pronunce pregiudiziali interpretative della Corte di giustizia e quello delle sentenze del Tribunal Constitucional che dichiarano l’incostituzionalità di una legge spagnola, posto che solo queste ultime risultano dotate di effetti retroattivi, determinando l’invalidità della legge censurata.

Quanto al secondo profilo, il Tribunal Supremo ha messo in luce il decisivo rilievo della “presunzione di costituzionalità” riconosciuta alla legge nell’ordinamento interno: presunzione che si riflette sulla titolarità dell’azione diretta a far valere l’illegittimità costituzionale, rimessa integralmente alle valutazioni del giudice *a quo*, e che comporta un’analogia presunzione di legittimità degli atti amministrativi applicativi.

Ad avviso dell’Avvocato generale, l’analisi degli elementi essenziali richiamati deve viceversa condurre a ritenere le due azioni sovrapponibili, con conseguente violazione del principio di equivalenza.

Innanzitutto, l’Avvocato generale ricorda come alle pronunce pregiudiziali sia riconosciuta l’efficacia retroattiva implicita al *genus* delle sentenze interpretative, dal momento che l’interpretazione della norma resa dalla Corte di giustizia ne chiarisce e precisa il significato dalla sua entrata in vigore.

Inoltre, a prescindere dalla qualificazione dell’effetto della pronuncia sulla legge, viene evidenziata l’analogia delle conseguenze sull’atto amministrativo applicativo: al riguardo lo stesso governo spagnolo ha precisato come

l'invalidità della legge incostituzionale non determini automaticamente quella degli atti amministrativi adottati sulla base di quest'ultima, spettando comunque al giudice cui è sottoposta la controversia determinare nel caso specifico l'incidenza dell'incostituzionalità sui suddetti atti, anche in relazione al regime prescrizione di impugnabilità degli stessi (22).

In secondo luogo, con riferimento al problema della discrezionalità del giudice nel rimettere il dubbio di costituzionalità o la «questione di comunitarietà», l'Avvocato generale sottolinea come, da una parte, l'obbligo di rinvio pregiudiziale gravante sui giudici di ultima istanza non prescinda da una valutazione sulla pertinenza e sulla necessità del rinvio in ragione della teoria dell'*acte clair* (23), dall'altra, la libertà del giudice spagnolo di rinviare una questione di costituzionalità della legge non è così ampia, anche alla luce del rimedio del *recurso de amparo* (24).

(22) Analogamente, nell'ordinamento italiano, neppure nell'ipotesi estrema di sopravvenuta "carenza assoluta" di potere, ossia di atto amministrativo adottato sulla base di una norma attributiva di un potere poi dichiarata incostituzionale, la sentenza di accoglimento è in grado di travolgere l'efficacia di un atto divenuto inoppugnabile. La circostanza che una legge incostituzionale non possa essere disapplicata da alcun organo dello Stato - essendo riservato solo ai giudici il potere di sospenderne l'applicazione, sollevando appunto la questione di costituzionalità - comporta che l'atto posto in essere nell'esercizio di poteri fondati sulla legge incostituzionale non sia inesistente ma annullabile solo ove l'atto venga impugnato nei termini, sia pure per altri motivi, e sia stata sollevata, anche d'ufficio, la questione. In generale, con riguardo agli effetti temporali delle pronunce della Corte costituzionale si veda RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Padova, 2000; POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale: contributo ad una teoria dell'invalidità costituzionale della legge*, Padova, 1997; D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Milano, 1993; AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere: atti del seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988*, Milano, 1989.

(23) Per un approfondimento sulla teoria dell'atto chiaro si vedano BLANCHET, *L'usage de la théorie de l'acte clair en droit communautaire: une hypothèse de mise en jeu de la responsabilité de l'État français du fait de la fonction juridictionnelle?*, in *Rev. Trim. Droit Européen*, 2001, 397 e ss.; D'ALESSANDRO *Intorno alla «Théorie de l'acte clair»*, in *Giust. Civ.*, 1997, 1113 e ss.; RASMUSSEN *The EC-Court's Acte Claire Strategy in CILFIT*, in *European Law Review*, 1984, 242 e ss.; BEBR, *The Rambling Ghost of "Cohn-Bendit": Acte Clair and the Court of Justice*, in *Common Market Law Review*, 1983, 439 e ss.

(24) Ai sensi degli artt. 161 e 162 della Costituzione spagnola, infatti, il Tribunal Constitucional «ha giurisdizione su tutto il territorio spagnolo ed è competente a giudicare: A) del ricorso d'incostituzionalità contro leggi e disposizioni normative aventi forza di legge (...); B) del ricorso di tutela (*amparo*) per la violazione dei diritti e delle libertà di cui all'art. 53.2 di questa Costituzione, nei casi e nelle forme stabiliti dalla legge; C) dei conflitti di competenza fra lo Stato e le Comunità autonome, e dei conflitti fra queste ultime; D) delle altre materie che gli attribuiranno la Costituzione o le leggi organiche» e «sono legittimati: A) a presentare il ricorso d'incostituzionalità: il Presidente del Governo, il Difensore del popolo, cinquanta deputati, cinquanta senatori, gli organi collegiali ed esecutivi delle Comunità autonome e, nel caso, le Assemblee delle stesse; B) a presentare il ricorso di tutela: *qualsiasi persona fisica o giuridica che invochi un interesse legittimo, nonché il Difensore del popolo e il Pubblico ministero*. Negli altri casi, una legge organica stabilirà le persone e gli organi legittimati». Sul *recurso de amparo* si vedano AA. VV., *La giustizia costituzionale in Europa*, a cura di Groppi e Olivetti, Milano, 2004, e più specificatamente, PÉREZ-TREMPES, *El Recurso de amparo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

Quanto alla presunzione di legittimità costituzionale della legge, l'Avvocato generale ritiene che non si tratti di un idoneo elemento di comparazione, posto che la stessa costituisce un principio radicato nella separazione dei poteri "interna" all'ordinamento costituzionale, mentre quando l'amministrazione deve risolvere un'antinomia norme nazionali e comunitarie, essa non agisce più esclusivamente nell'ambito dell'ordinamento interno, dovendo confrontarsi «con due volontà legislative opposte, provenienti da due ordinamenti giuridici differenti sebbene integrati, e che si vedono riconoscere delle *presunzioni di validità differenti*»: «*pertanto, quando l'amministrazione disapplica una legge nazionale contraria al diritto comunitario, essa non fa venir meno la presunzione di validità delle leggi nazionali né pregiudica il principio costituzionale interno di separazione dei poteri. Al contrario, essa è di fronte ad un'equivalente presunzione di validità della norma comunitaria e risolve tale conflitto sulla base del principio del primato del diritto comunitario*» (25).

L'Avvocato generale giunge quindi a rilevare come l'unica differenza tra le due azioni emerga nel rapporto tra l'amministrazione ed il soggetto leso, che - stante l'obbligo di disapplicazione gravante anche sull'amministrazione - gode di una protezione "a livello diffuso" contro la legge contraria al diritto comunitario della quale, invece, non gode contro la legge incostituzionale, in considerazione della presunzione di legittimità della legge e dei suoi atti attuativi e della natura accentrata del controllo di costituzionalità.

Tale differenza non è tuttavia ritenuta idonea a giustificare la subordinazione dell'azione di risarcimento a carico dello Stato per violazione del diritto comunitario al previo esaurimento di tutti i mezzi di ricorso, «non soltanto amministrativi ma anche giurisdizionali», avverso l'atto amministrativo adottato sulla base della legge "anticomunitaria".

L'Avvocato generale conclude, quindi, nel senso dell'incompatibilità con il principio di equivalenza della denunciata norma di elaborazione giurisprudenziale sulle condizioni di ammissibilità dell'azione di responsabilità per violazione del diritto comunitario, trattandosi di una disciplina differenziata, pur in presenza di situazioni sovrapponibili, e più restrittiva.

Corte di Giustizia delle Comunità europee, conclusioni dell'Avvocato generale M. Poiares Maduro presente il 9 luglio 2009 (1) nella causa C-118/08 - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunal Supremo (Spagna) il 18 marzo 2008 - Transporte Urbanos y Servicios Generales S.A.L./Stato spagnolo.

«Responsabilità di uno Stato membro – Violazione del diritto comunitario – Principi di equivalenza e di effettività»

(25) Conclusioni, punto 38.

1. Il rinvio all'autonomia procedurale degli Stati membri, preposta alla tutela dei diritti conferiti ai singoli dall'ordinamento giuridico comunitario, è tradizionalmente mitigato dall'obbligo per gli ordinamenti nazionali di rispettare i principi comunitari di equivalenza e di effettività. Il principio di effettività impone che le modalità procedurali nazionali assicurino una protezione effettiva dei diritti conferiti dal diritto comunitario. Il principio di equivalenza, invece, esige che l'ordinamento nazionale garantisca a tutte le azioni che hanno il loro fondamento nel diritto comunitario un trattamento procedurale che sia favorevole almeno quanto quello applicabile a domande analoghe fondate sul diritto interno. Al fine di poter concludere nel senso dell'esistenza di un obbligo di parità di trattamento procedurale, è opportuno dunque stabilire se le due azioni sono comparabili. Le difficoltà eventualmente connesse a una tale valutazione vengono illustrate dal presente caso di specie.

I – Causa principale e questione pregiudiziale

2. La questione pregiudiziale mira a stabilire se il fatto di applicare modalità procedurali differenti a un'azione di risarcimento a carico dello Stato, in funzione del fatto che tale azione si fondi su una legge incostituzionale ovvero contraria al diritto comunitario, sia conforme ai principi comunitari di equivalenza e di effettività.

3. Essa è stata rinviata dalla sezione per il contenzioso amministrativo del Tribunal Supremo (Spagna) nell'ambito di una controversia insorta tra la società Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL e l'Administración del Estado, avendo quest'ultima respinto l'azione diretta a far valere la responsabilità dello Stato spagnolo per una legge contraria al diritto comunitario.

4. All'origine della controversia vi è la legge spagnola 28 dicembre 1992, come modificata dalla legge 30 dicembre 1997, che limitava il diritto di un soggetto passivo alla detraibilità dell'imposta sul valore aggiunto (in prosieguo: l'«IVA») relativa all'acquisto di beni o servizi finanziati mediante sovvenzioni e lo obbligava alla presentazione di dichiarazioni periodiche, le quali dovevano contenere il calcolo degli importi dell'IVA ripercossi e sopportati, pur procedendo all'effettuazione del saldo (autoliquidazioni). Tuttavia, occorre precisare che la normativa spagnola (2) riconosce al soggetto passivo il diritto di chiedere la rettifica delle proprie autoliquidazioni ed, eventualmente, di pretendere il rimborso delle somme indebitamente versate, purché la richiesta venga avanzata entro quattro anni.

5. Poiché la limitazione del diritto di detrarre l'IVA prevista dalla legge 28 dicembre 1992 è stata dichiarata incompatibile con gli artt. 17, n. 2, e 19 della sesta direttiva 77/388/CEE (3), la ricorrente nella causa principale, che aveva compiuto le autoliquidazioni per gli esercizi 1999 e 2000 e il cui diritto alla richiesta di una rettifica e all'esercizio di un'azione di ripetizione era prescritto al momento della pronuncia della sentenza Commissione/Spagna, già citata, ha presentato una domanda al fine di ottenere il risarcimento dei danni sofferti, calcolati in EUR 1 228 366, 39, corrispondenti ai versamenti di IVA indebitamente riscossi dallo Stato spagnolo oltre ai rimborsi che avrebbe potuto vantare relativamente agli stessi esercizi.

6. In data 12 gennaio 2007 il Consiglio dei ministri ha respinto la domanda, ritenendo che

1 – Lingua originale: il francese.

2 – Legge fiscale generale 17 dicembre 2003, n. 58/2003.

3 – Direttiva del Consiglio 17 maggio 1977 in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari – Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme (GU L 145, pag. 1, in prosieguo: la «sesta direttiva IVA»). V. sentenza 6 ottobre 2005, causa C-204/03, Commissione/Spagna (Racc. pag. I 8389).

la mancata contestazione delle proprie autoliquidazioni da parte della ricorrente, nel termine quadriennale prescritto, aveva interrotto il nesso di causalità diretta tra la contestata violazione del diritto comunitario e il danno che si asserisce subito. Detto in altri termini, la causa esclusiva del danno sarebbe la mancanza di tale contestazione. Per giustificare la sua decisione, il Consiglio dei ministri si è basato su due sentenze del Tribunal Supremo 29 gennaio 2004 e 24 maggio 2005, secondo le quali le azioni di risarcimento a carico dello Stato per violazione del diritto comunitario soggiacciono a una regola di previo esaurimento degli altri mezzi di ricorso, amministrativi e giurisdizionali, avverso l'atto amministrativo lesivo, adottato in applicazione di una legge nazionale asseritamente in contrasto con il diritto comunitario.

7. In data 6 giugno 2007 la ricorrente ha presentato un ricorso dinanzi al Tribunal Supremo avverso la decisione del Consiglio dei ministri di rigetto della sua domanda di risarcimento. Nell'ordinanza di rinvio il giudice a quo s'interroga sulla conformità di tale condizione di previo esaurimento dei mezzi di ricorso, cui è subordinata l'azione di risarcimento a carico dello Stato per violazione del diritto comunitario, con i principi comunitari di equivalenza e di effettività. Rileva, infatti, che l'azione di risarcimento a carico dello Stato, fondata sulla incostituzionalità di una legge, non è subordinata alla condizione che il soggetto leso abbia previamente impugnato l'atto che gli arreca pregiudizio fondato su tale legge.

8. Il giudice a quo ha sottoposto inoltre alla Corte la seguente questione pregiudiziale: «Se risulti contraria ai principi di equivalenza e di effettività l'applicazione di una diversa disciplina, elaborata dal Tribunal Supremo nelle sentenze 29 gennaio 2004 e 24 maggio 2005, ai casi riguardanti ricorsi diretti a far valere la responsabilità patrimoniale dello Stato legislatore, in funzione del fatto che i detti ricorsi si fondino su atti amministrativi adottati in applicazione di una legge dichiarata incostituzionale ovvero di una norma dichiarata contraria al diritto comunitario».

II – Analisi giuridica

9. Prima di fornire al giudice nazionale gli elementi di soluzione necessari ai fini della valutazione della compatibilità della giurisprudenza controversa del Tribunal Supremo con i principi comunitari di equivalenza e di effettività, devono essere risolte le obiezioni addotte dal governo spagnolo in merito alla ricevibilità della presente questione pregiudiziale.

A – La ricevibilità della questione pregiudiziale

10. Il governo spagnolo ritiene che la questione pregiudiziale presentata dal giudice a quo sia irricevibile in quanto, nell'ambito di un rinvio pregiudiziale, la Corte è autorizzata a pronunciarsi esclusivamente sulla compatibilità con il diritto comunitario degli atti amministrativi e normativi interni e non anche sulla giurisprudenza emessa da un organo giurisdizionale supremo, quale è il Tribunal Supremo, dato che esso stesso potrebbe modificare la propria giurisprudenza per renderla conforme alle esigenze comunitarie e che, pertanto, la presente questione pregiudiziale non sarebbe necessaria ai fini di una decisione nella controversia principale e sarebbe piuttosto assimilabile a un parere giuridico.

11. L'osservazione del governo spagnolo relativa alla irricevibilità del ricorso pregiudiziale non può evidentemente essere accolta.

12. Da un lato, occorre anzitutto rammentare che, se la Corte non è competente a valutare, nell'ambito di un rinvio pregiudiziale, la compatibilità delle disposizioni nazionali con le norme comunitarie, dopo aver eventualmente riformulato la questione rinviatale, essa può fornire al giudice a quo tutti gli elementi di interpretazione del diritto comunitario che po-

trebbero essergli utili a valutare gli effetti delle disposizioni di quest'ultimo (4). Nel caso di specie, la questione del Tribunal Supremo invita la Corte a interpretare i principi comunitari di equivalenza e di effettività, al fine di consentirgli di valutare il rispetto del diritto comunitario da parte della propria giurisprudenza.

13. Dall'altro lato, non esiste evidentemente alcun limite riferibile alla natura delle disposizioni nazionali che possono, in questo modo, essere messe indirettamente in discussione in occasione di un rinvio pregiudiziale relativo all'interpretazione del diritto comunitario. Contrariamente a quanto sostiene il governo spagnolo, queste possono ben essere di origine giurisprudenziale. Del resto, la Corte è stata già invitata indirettamente a pronunciarsi in via pregiudiziale sulla conformità della giurisprudenza al diritto comunitario (5). Infine, si deve aggiungere che, in ogni caso, una questione avente ad oggetto la giurisprudenza può sempre essere formulata come riferentesi alle disposizioni nazionali prese in considerazione dal giudice nazionale per enunciare le sue regole giurisprudenziali. In altre parole, la questione presentata nel caso di specie può essere intesa come diretta a conoscere se l'interpretazione delle norme nazionali relative alle azioni di risarcimento a carico dello Stato fornita dal Tribunal Supremo sia compatibile con i principi comunitari di equivalenza e di effettività.

14. Infine, in linea di principio, spetta al solo giudice nazionale, cui è stata sottoposta la controversia, e che deve assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale, valutare, alla luce delle particolari circostanze di ciascuna causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di pronunciare la propria sentenza sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte e, se le questioni vertono sull'interpretazione del diritto comunitario, la Corte è tenuta a statuire (6). Solo in via eccezionale la Corte potrebbe rifiutarsi di statuire e dichiarare la questione pregiudiziale irricevibile, segnatamente, laddove appaia in modo manifesto che quest'ultima non risponde a una necessità oggettiva ai fini della soluzione della causa principale (7). Ciò non si verifica nella presente fattispecie. Se è vero che il Tribunal Supremo può modificare liberamente da sé la propria giurisprudenza per adeguarla, eventualmente, alle esigenze comunitarie, tuttavia esso ha ritenuto necessario interrogare la Corte in merito all'interpretazione dei principi di equivalenza e di effettività al fine di poter valutare la propria giurisprudenza. Ebbene, non appare in modo manifesto che si verifichi, nel caso di specie, una delle situazioni che porterebbero la Corte a mettere in discussione «la presunzione di rilevanza» di cui godono le questioni relative all'interpretazione del diritto comunitario sollevate dal giudice nazionale (8).

15. Pertanto, la presente questione pregiudiziale è ricevibile.

B – *Sul principio di effettività*

4 – V. sentenze 3 ottobre 2000, causa C-58/98, Corsten (Racc. pag. I 7919, punto 24) e 9 luglio 2002, causa C-181/00, Flightline, Racc. pag. I 6139, punto 20).

5 – V. sentenza 30 settembre 2003, causa C-224/01, Köbler (Racc. pag. I 10239).

6 – V. sentenze 13 marzo 2001, causa C-379/98, PreussenElektra (Racc. pag. I 2099, punto 38); 15 maggio 2003, causa C-300/01, Salzmann (Racc. pag. I 4899, punti 29 e 30); Flightline, già citata (punto 21), nonché sentenza 23 aprile 2009, causa C-261/07, VTB VAB (non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 32).

7 – V., ad esempio, sentenza 17 maggio 1994, causa C-18/93, Corsica Ferries (Racc. pag. I 1783, punto 14).

8 – Per l'inventario di tali situazioni, v., da ultimo, sentenza 16 dicembre 2008, causa C-210/06, Cartesio (non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 67); v., ad esempio, in precedenza, sentenza 7 giugno 2007, cause riunite da C-222/05 a C-225/05, van der Weerd e a. (Racc. pag. I 4233, punto 22).

16. Condizionare l'azione di responsabilità a carico dello Stato per violazione del diritto comunitario di carattere legislativo al previo esaurimento degli altri mezzi di ricorso, amministrativi e giurisdizionali, avverso l'atto amministrativo all'origine del danno, adottato sulla base di una legge contraria al diritto comunitario, non sembra di per sé contravvenire al principio di effettività della tutela giurisdizionale.

17. Peraltro, in virtù di una giurisprudenza consolidata, la nascita di un diritto al risarcimento, che deriva dal principio della responsabilità dello Stato per danni causati ai soggetti da violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili, è subordinata unicamente al soddisfacimento di tre condizioni: la norma giuridica violata deve essere preordinata a conferire diritti ai soggetti dell'ordinamento, la violazione di tale norma deve essere sufficientemente qualificata ed è necessario che vi sia un nesso causale diretto tra la violazione in parola e il danno subito dal soggetto leso (9). Tali condizioni sono «necessarie e sufficienti» per attribuire ai singoli un diritto al risarcimento (10). Pertanto, si potrebbe dedurre a priori che uno Stato membro non può subordinare il diritto al risarcimento alla condizione che l'avente diritto abbia previamente contestato la legittimità dell'atto che è all'origine del danno del quale chiede il risarcimento, a pena di violare il principio di effettività della tutela giurisdizionale che è alla base del principio della responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario (11).

18. Tuttavia, la giurisprudenza controversa del Tribunal Supremo si basa sul fatto che il soggetto leso avrebbe potuto ottenere il risarcimento dell'intero importo del danno allegato se avesse contestato nei termini la validità dell'atto all'origine del danno.

19. Ebbene, risulta da un principio generale comune agli ordinamenti giuridici degli Stati membri (12) che la determinazione del danno risarcibile da parte del giudice nazionale può dipendere dalla ragionevole diligenza manifestata dalla persona lesa nel limitare la portata del danno, ovverosia dal fatto che essa abbia tempestivamente esperito tutti i rimedi giuridici dei quali poteva ragionevolmente disporre per evitare il danno o limitarne l'entità (13).

20. D'altronde, la Corte ha dichiarato, da un lato, che la ricevibilità del ricorso per responsabilità extracontrattuale della Comunità può essere subordinata all'esaurimento dei rimedi giurisdizionali nazionali di cui è possibile avvalersi per ottenere l'annullamento del provvedimento nazionale all'origine del danno, qualora tali rimedi giurisdizionali nazionali possano condurre al risarcimento dell'asserito danno (14), e, dall'altro lato, che l'azione per risarci-

9 – V., per un riferimento recente, sentenza 24 marzo 2009, causa C-445/06, *Danske Slagterier* (non ancora pubblicata nella Raccolta, punti 19 e 20).

10 – V. sentenze Köbler, già citata, (punto 57), e 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du pêcheur e Factortame* (Racc. pag. I 1029, punto 66).

11 – V. sentenza 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C 9/90, *Francovich e a.* (Racc. pag. I 5357).

12 – V. sentenza 19 maggio 1992, cause riunite C-104/89 e C-37/90, *Mulder e a./Consiglio e Commissione* (Racc. pag. I 3061, punto 33).

13 – V. sentenze *Brasserie du pêcheur e Factortame*, già citata (punti 84 e 85); 8 marzo 2001, cause riunite C-397/98 e C-410/98, *Metallgesellschaft e a.*, (Racc. pag. I 1727, punto 101); 13 marzo 2007, causa C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* (Racc. pag. I 2107, punto 124), nonché sentenza *Danske Slagterier*, già citata (punti 60-62).

14 – V. sentenze 26 febbraio 1986, causa 175/84, *Krohn Import Export/Commissione* (Racc. pag. 753, punto 27); 29 settembre 1987, causa 81/86, *De Boer Buizen/Consiglio e Commissione* (Racc. pag. 3677, punto 9), nonché sentenza 30 maggio 1989, causa 20/88, *Roquette frères/Commissione* (Racc. p. 1553, punto 15).

mento danni nei confronti della Comunità è irricevibile, quando è diretta contro la stessa illegittimità e tende ad ottenere lo stesso risultato patrimoniale del ricorso di annullamento dell'atto dell'istituzione che arreca il pregiudizio e che la persona lesa ha omesso di esperire tempestivamente (15). Ciò vale, in tali due casi, se l'importo delle pretese risarcitorie corrisponde all'importo che le autorità nazionali o comunitarie hanno riscosso in violazione del diritto comunitario. In qualche modo dunque, la Corte oppone al ricorso per risarcimento dei danni un'eccezione di ricorso parallelo, nella misura in cui l'azione di ripetizione dell'indebito – ovverosia, se lo si preferisce, il ricorso di annullamento del provvedimento nazionale o comunitario di tassazione – dinanzi alle autorità nazionali o comunitarie avrebbe consentito la riparazione del danno in modo adeguato (16) e quando il ricorso per risarcimento danni dissimula in realtà un'azione di ripetizione dell'indebito.

21. Ebbene, la Corte ha parimenti statuito che «i presupposti in presenza dei quali sorge la responsabilità dello Stato per i danni cagionati ai singoli in conseguenza della violazione del diritto comunitario non devono essere diversi, in mancanza di specifica giustificazione, da quelli che disciplinano la responsabilità della Comunità in circostanze analoghe. Infatti, la tutela dei diritti attribuiti ai singoli dal diritto comunitario non può variare in funzione della natura, nazionale o comunitaria, dell'organo che ha cagionato il danno» (17).

22. Se si considera ora la causa principale, occorre rilevare che il danno di cui è richiesto il risarcimento consiste unicamente nell'importo dell'IVA, oltre agli interessi legali, che la ricorrente nella causa principale ha dovuto versare in violazione del diritto comunitario. In una simile ipotesi, per porre rimedio al danno subito sarebbe stato sufficiente che quest'ultima agisse per la ripetizione dei tributi indebitamente versati sulla base dell'effetto diretto delle disposizioni della sesta direttiva IVA violate (18). Infatti, si evince da costante giurisprudenza che il diritto di ottenere il rimborso dei tributi riscossi da uno Stato membro in contrasto con le norme di diritto comunitario è la conseguenza e il complemento dei diritti riconosciuti ai singoli dalla disposizione ad effetto diretto violata (19). Dunque, la ricorrente nella causa principale avrebbe potuto chiedere, come consentito dalla normativa spagnola, entro il termine impartito di quattro anni, la rettifica delle proprie autoliquidazioni per gli esercizi 1999 e 2000 e il rimborso delle somme dell'IVA indebitamente versate relativamente a tali esercizi, ma essa ha omesso di farlo. In tali circostanze, subordinando la ricevibilità dell'azione di risarcimento a carico dello Stato legislatore per violazione del diritto comunitario a una previa contestazione dell'atto amministrativo all'origine del danno, adottato sulla base di una legge contraria al diritto comunitario, il Tribunal Supremo si limita dunque a subordinare l'azione

15 – V. sentenze 12 novembre 1981, causa 543/79, Birke/Commissione e Consiglio (Racc. pag. 2669, punto 28) e causa 799/79, Bruckner/Commissione e Consiglio (Racc. pag. 2697, punto 19); ordinanza 26 ottobre 1995, cause riunite C-199/94 P e C-200/94 P, Pevasa e Inpesca/Commissione (Racc. pag. I 3709, punti 26-28), nonché sentenza 14 settembre 1999, causa C-310/97 P, Commissione/AssiDomän Kraft Products e a. (Racc. p. I 5363, punto 59).

16 – V. sentenza 18 gennaio 2001, causa C 150/99, Stockholm Lindöpark (Racc. pag. I 493, punto 35).

17 – Sentenza Brasserie du pêcheur e Factortame, già citata, punto 42; nonché sentenza 4 luglio 2000, causa C-352/98 P, Bergaderm e Goupil/Commissione (Racc. pag. I 5291, punto 41).

18 – Infatti, l'art. 17, n. 2 di tale direttiva si è visto riconoscere un effetto diretto (v. sentenza 6 luglio 1995, causa C-62/93, BP Soupergaz, (Racc. pag. I 1883, punti 32-36).

19 – V., ad esempio, sentenze 9 novembre 1983, causa 199/82, San Giorgio (Racc. pag. 3595, punto 12) e Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, già citata.

di responsabilità all'esperimento dell'azione di ripetizione dell'indebito della quale la ricorrente nella causa principale avrebbe potuto avvalersi.

23. Ne segue che il fatto di subordinare la ricevibilità dell'azione di risarcimento a carico dello Stato per legge contraria al diritto comunitario alla condizione che la persona lesa abbia previamente impugnato l'atto amministrativo fondato su tale legge non è, in via di principio, contraria al principio di effettività, poiché contestando tempestivamente la validità dell'atto lesivo, la vittima avrebbe potuto ottenere la riparazione dell'intero danno allegato.

24. Affinché il principio di effettività sia rispettato, è altresì necessario che il diritto nazionale non assoggetti il ricorso per responsabilità extracontrattuale dello Stato per violazione di carattere legislativo del diritto comunitario a modalità procedurali che rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento. Inoltre, è necessario che il diritto nazionale non assoggetti l'azione di ripetizione dell'indebito, al cui previo esperimento è subordinata la ricevibilità del suddetto ricorso per responsabilità, a modalità procedurali che rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio di tale azione (20).

25. Si tratta quindi di accertare se il termine quadriennale decorrente dalla presentazione da parte del soggetto passivo delle proprie autoliquidazioni, nell'ambito del quale il diritto spagnolo circoscrive la domanda di rettifica, renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dell'azione di ripetizione delle imposte versate in violazione del diritto comunitario.

26. Su tale punto, il diritto comunitario ammette la fissazione di termini ragionevoli a pena di decadenza per l'esercizio dell'azione di ripetizione dell'indebito nell'interesse della certezza del diritto, che tutela nello stesso tempo il contribuente e l'amministrazione interessata (21). Tali termini ragionevoli non possono essere considerati come contrari al principio di effettività, anche se, per definizione, lo spirare di detti termini comporta il rigetto dell'azione esperita (22). È stato pertanto dichiarato ragionevole, in materia di ripetizione dell'indebito, un termine nazionale di decadenza di tre anni che decorre dalla data del pagamento dei tributi di cui trattasi (23).

27. A maggior ragione, un termine di quattro anni, quale previsto dalla normativa spagnola, era dunque conforme al principio di effettività, nonostante fosse già decorso e non consentisse più di domandare la rettifica delle autoliquidazioni relative agli esercizi 1999 e 2000 nel momento in cui la Corte ha reso la propria sentenza in cui dichiara l'incompatibilità della legge spagnola con le disposizioni della sesta direttiva IVA. Infatti, l'azione di ripetizione dell'indebito non dipende dal previo riscontro, da parte della Corte, del contrasto dell'imposizione con il diritto comunitario, dal momento che il principio del primato del diritto obbliga l'am-

20 – Come ricordato iterativamente dalla giurisprudenza. V., ad esempio, relativamente al ricorso per responsabilità a carico dello Stato per legge contraria al diritto comunitario, sentenze 10 luglio 1997, causa C-261/95, Palmisani (Racc. pag. I 4025, punto 27); 12 dicembre 2006, causa C-446/04, Test Claimants in the FII Group Litigation (Racc. pag. I 11753, punto 219); relativamente all'azione di ripetizione dell'indebito, sentenze Metallgesellschaft e a., già citata (punto 85), nonché Test Claimants in the FII Group Litigation, già citata (punto 203).

21 – V. sentenze 16 dicembre 1976, causa 33/76, Rewe Zentralfinanz e Rewe Zentral (Racc. pag. 1989, punto 5); 17 luglio 1997, causa C-90/94, Haahr Petroleum (Racc. pag. I 4085, punto 48); 17 novembre 1998, causa C-228/96, Aprile (Racc. pag. I 7141, punto 19), nonché sentenza 28 novembre 2000, causa C-88/99, Roquette Frères (Racc. pag. I 10465, punto 22).

22 – V. sentenze 2 dicembre 1997, causa C-188/95, Fantask e a. (Racc. pag. I 6783, punto 48), e 28 novembre 2000, Roquette Frères, già citata (punto 23).

23 – V. sentenza 15 settembre 1998, causa C-231/96, Edis (Racc. pag. I 4951, punti 39 e 49).

ministrazione e il giudice nazionale a scartare, di propria iniziativa, senza attendere una siffatta constatazione da parte della Corte, la legge fiscale che essi ritengono contraria al diritto comunitario (24).

C – Il principio di equivalenza

28. Si tratta, in questa sede, di stabilire se le differenti modalità procedurali alle quali il diritto spagnolo assoggetta l'azione di risarcimento a carico dello Stato legislatore, in funzione del fatto che questa si fonda sulla violazione del diritto comunitario ovvero sull'inosservanza della Costituzione, non siano contrarie al principio di equivalenza. Infatti, la condizione di previo esaurimento dei mezzi di ricorso avverso l'atto amministrativo lesivo adottato in applicazione della legge vale solo per le azioni di risarcimento a carico dello Stato per legge contraria al diritto comunitario e non anche per quelle fondate su una legge incostituzionale. Le modalità procedurali delle prime azioni sono quindi, a priori, più restrittive rispetto a quelle previste per le seconde.

29. Ebbene, il rispetto del principio di equivalenza impone che le condizioni fissate dal diritto nazionale in materia di risarcimento del danno non siano meno favorevoli nel caso di responsabilità fondata sul diritto comunitario rispetto a quando essa sia fondata sul diritto interno (25) o, ancora, che la modalità procedurale controversa si applichi indifferentemente ai ricorsi fondati sulla violazione del diritto comunitario e a quelli fondati sull'inosservanza del diritto interno, fermo restando che uno Stato membro non è tenuto ad estendere a tutte le azioni di risarcimento fondate sulla violazione del diritto comunitario la sua disciplina interna più favorevole in materia di responsabilità (26).

30. Tuttavia, affinché il principio di equivalenza trovi applicazione, è ancora necessario che i due ricorsi siano simili (27). Per poterlo stabilire, è necessario procedere ad una comparazione con riguardo al loro oggetto, alla loro finalità e ai loro elementi essenziali (28). Poiché è chiaro che esse hanno in comune lo stesso oggetto (risarcimento del danno) e la stessa finalità (illiceità del comportamento lesivo), resta allora da stabilire se l'azione per responsabilità dello Stato, fondata sulla violazione di carattere legislativo del diritto comunitario, differisca, nei suoi elementi essenziali (29), dall'azione per responsabilità dello Stato per inosservanza della Costituzione da parte della legge, sicché troverebbe giustificazione il diverso trattamento procedurale applicato dal diritto spagnolo.

31. Per giustificare la differenza di trattamento procedurale tra le due azioni di responsabilità, il giudice del rinvio avanza diverse considerazioni che, in sostanza, si risolvono nel-

24 – V. sentenze 9 marzo 1978, causa 106/77, Simmenthal (Racc. pag. 629) e 22 giugno 1989, causa 103/88, Costanzo (Racc. pag. 1839, punto 31). Pur nella consapevolezza dell'attuale presenza in Spagna di un dibattito sulla portata e le modalità concrete di applicazione di tale obbligo comunitario (v. sentenza del Tribunal Constitucional 19 aprile 2004, n. 58/2004); note Alonso Garcia, R., CMLR 2005, pag. 535; Martín Rodríguez, P. J., Revista Espanola de Derecho Constitucional, 2004, pag. 315.

25 – V. sentenze già citate, Brasserie du pêcheur e Factortame (punto 67), Palmisani (punto 27), nonché la sentenza Danske Slagterier (punto 31).

26 – V., in tal senso, in merito all'azione di ripetizione dell'indebito, sentenza Edis, già citata (punto 36). Va rilevato che la Corte utilizza indifferentemente le due procedure, mentre esse potrebbero non essere del tutto equivalenti (v., ad esempio, sentenza 1° dicembre 1998, causa C-326/96, Levez, Racc. pag. I 7835, punti 37 e 41).

27 – Ovverosia «comparabili» (v. mie conclusioni nella causa van der Weerd e a., già citata, punto 15).

28 – V. sentenza 16 maggio 2000, causa C-78/98, Preston e a. (Racc. pag. I 3201, punto 57).

29 – V. nello stesso senso, sentenza Palmisani, già citata, punto 38.

l'assunto che la previa contestazione dell'atto amministrativo lesivo è, a differenza del caso in cui il suddetto atto si fondi su una legge contraria al diritto comunitario, praticamente impossibile o eccessivamente difficile nel caso in cui tale atto sia stato adottato sulla base di una legge incostituzionale, sicché imporla quale condizione preliminare all'azione di risarcimento a carico dello Stato legislatore per violazione della Costituzione condannerebbe tale ricorso all'inefficacia. In definitiva, il soggetto potrebbe più difficilmente contestare la costituzionalità di una legge che la sua compatibilità con il diritto comunitario.

32. Ciò varrebbe anzitutto per via della differenza tra l'effetto delle sentenze del Tribunal Constitucional che dichiarano l'incostituzionalità di una legge spagnola e quello delle pronunce pregiudiziali della Corte dalle quali emergerebbe l'incompatibilità di una legge nazionale con il diritto comunitario. La dichiarazione di incostituzionalità della legge determina la nullità della stessa, cioè la sua scomparsa ex tunc, mentre, al contrario, una sentenza della Corte, da cui risulta l'incompatibilità di una legge nazionale con il diritto comunitario non comporta di per sé la nullità della suddetta legge. Ciò è incontestabile.

33. Tuttavia, tale argomento relativo all'effetto retroattivo della dichiarazione di nullità di una legge incostituzionale è in contrasto con la logica dell'argomentazione avanzata dal Tribunal Supremo a giustificazione del trattamento più favorevole concesso alle azioni di responsabilità per leggi incostituzionali rispetto a quello applicato alle azioni di responsabilità per leggi contrarie al diritto comunitario. Tale argomento deporrebbe piuttosto a favore della (maggiore) efficacia dei mezzi di ricorso avverso l'atto lesivo adottato in applicazione della legge incostituzionale e imporrebbe, di conseguenza, in nome del rispetto del principio di equivalenza, il previo esaurimento quale condizione anche dell'azione di responsabilità dello Stato per violazione di carattere legislativo della Costituzione.

34. Del resto, tale argomento è errato in fatto. In forza di una giurisprudenza ben consolidata (30), in linea di principio, gli effetti di una pronuncia pregiudiziale di interpretazione, se si guarda al loro valore dichiarativo, sono parimenti retroattivi: l'interpretazione di una norma comunitaria data dalla Corte chiarisce e precisa il significato e la portata di detta norma, quale avrebbe dovuto essere intesa e applicata dal momento della sua entrata in vigore, sicché tale interpretazione retroagisce alla data di entrata in vigore della norma interpretata e la norma di diritto così interpretata dev'essere applicata anche a rapporti giuridici sorti e costituiti prima della pronuncia della sentenza della Corte. Inoltre, come affermato dal giudice a quo e precisato in udienza dal governo spagnolo, la nullità della legge incostituzionale spagnola non determina automaticamente la nullità degli atti amministrativi adottati sulla base di quest'ultima; spetta al giudice cui è sottoposta la controversia determinare nel caso specifico la portata della nullità della legge incostituzionale. Ne deriva che il soggetto, avvalendosi della dichiarazione di nullità della legge incostituzionale, deve chiedere l'annullamento degli atti amministrativi adottati sulla base della legge e, se non agisce nei termini prescritti, potrebbe eventualmente scontrarsi, per ragioni di certezza del diritto, con l'autorità di cosa definitivamente giudicata. In altri termini, decorso il termine di prescrizione, un contribuente non può più contestare l'avviso di accertamento, neanche avvalendosi di una dichiarazione di incostituzionalità della legge fiscale. Anche qualora lo stesso diritto nazionale non preveda tale possibilità, il diritto comunitario non obbliga l'organo amministrativo a rivedere una decisione perfino divenuta

30 - V., da ultimo, sentenza 12 febbraio 2008, causa C-2/06, Kempter (Racc. pag. I 411, punti 35 e 36, e la giurisprudenza ivi citata).

definitiva in seguito alla scadenza dei termini ragionevoli di ricorso, al fine di garantire la piena efficacia del diritto comunitario come interpretato nella pronuncia pregiudiziale posteriore, nonostante l'effetto *ex tunc* di quest'ultima (31). Non si ravvisa quindi una differenza significativa tra gli effetti delle dichiarazioni di incostituzionalità di una legge nazionale ad opera del Tribunal Constitucional spagnolo e quelli delle pronunce pregiudiziali di interpretazione della Corte.

35. La seconda differenza avanzata dal Tribunal Supremo, secondo la quale la previa contestazione dell'atto lesivo sarebbe più semplice quando esso è adottato in applicazione di una legge contraria al diritto comunitario rispetto al caso in cui si fondi su una legge incostituzionale, è legata alla presunzione di costituzionalità della quale gode la legge spagnola. Da ciò derivano, infatti, due conseguenze.

36. La prima è che il soggetto non è titolare dell'azione diretta a far valere l'incostituzionalità della legge, egli può soltanto chiedere, ma non costringere, il giudice adito a rinviare tale questione al Tribunal Constitucional. Per contro, la Corte ha dichiarato che il principio del primato del diritto obbliga il giudice nazionale investito della causa, su richiesta di una delle parti, a disapplicare una legge contraria al diritto comunitario (32). Tuttavia, la dichiarazione dell'incompatibilità di una legge con una norma comunitaria dipende molto spesso dall'interpretazione che si dà a quest'ultima e il rinvio pregiudiziale alla Corte effettuato, eventualmente, allo scopo di precisare la suddetta interpretazione è, anch'esso, estraneo a ogni iniziativa delle parti e dipende completamente dalla valutazione sulla pertinenza e la necessità di detto rinvio compiuta dal giudice nazionale (33). Certamente, ai sensi dell'art. 234 CE, i giudici nazionali le cui decisioni non sono suscettibili di ricorso, qualora si presenti una questione di interpretazione del diritto comunitario, devono rinviarne l'esame alla Corte. Come è noto, però, la teoria dell'*acte clair* (34), in determinati casi e a determinate condizioni, libera il giudice nazionale supremo da tale obbligo di rimessione. Da un altro lato, la libertà del giudice spagnolo di rinviare una questione di costituzionalità della legge non è così ampia. Infatti, si desume dagli artt. 163 della Costituzione spagnola e 35 della legge organica relativa al Tribunal Constitucional (35), come interpretati dallo stesso Tribunal Constitucional (36), che i soggetti, mettendo in discussione la costituzionalità di una legge dinanzi al giudice investito della causa principale, possano costringere quest'ultimo a un previo esame e, qualora anch'egli ritenga la legge incostituzionale, a rimettere la detta questione di costituzionalità della legge al Tribunal Constitucional. Le possibilità di mettere in discussione, dinanzi al giudice nazionale della causa principale, la costituzionalità della legge o la sua compatibilità con il diritto comunitario non sono molto differenti (37). D'altra parte, occorre aggiungere che il soggetto, che non abbia ottenuto dal giudice nazionale il rinvio della questione di costituzionalità della legge al Tribunal Constitucional, può avvalersi ancora della possibilità di investire diretta-

31 – V. sentenza 13 gennaio 2004, causa C-453/00, Kühne & Heitz (Racc. pag. I 837).

32 – V. sentenza Simmenthal, già citata.

33 – Per un riferimento recente, v. sentenze Cartesio, già citata, punti 90 e 91, nonché Kempter, già citata, punti 41 e 42, e giurisprudenza ivi citata.

34 – Sancita dalla Corte: v. sentenza 6 ottobre 1982, causa 283/81, Cilfit e a. (Racc. pag. 3415).

35 – Ley Orgánica 3 ottobre 1979, n. 2/1979 (BOE del 5 ottobre 1979, pag. 23180).

36 – V. sentenza 18 aprile 1988, n. 67/1988.

37 – In tal senso v. anche Alonso Garcia, R., «La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador, en especial en los casos de infracción del Derecho Comunitario», QDL n. 19, 2009.

mente di tale questione il Tribunal Constitucional avvalendosi dello strumento del «recurso de amparo» (ricorso per la tutela dei diritti fondamentali), mentre non dispone evidentemente di un simile mezzo per mettere direttamente in discussione la legge riguardo al diritto comunitario né dinanzi al giudice nazionale né dinanzi alla Corte.

37. La seconda conseguenza che deriva dalla presunzione di costituzionalità di cui gode la legge spagnola è che l'amministrazione è obbligata ad applicarla. Da ciò scaturisce una presunzione di legittimità degli atti amministrativi che ne derivano. Detto in altri termini, ogni ricorso amministrativo inteso a mettere in discussione un atto amministrativo, a motivo dell'incostituzionalità della legge che esso applica, deve essere respinto. Per contro, il principio del primato del diritto obbliga non soltanto il giudice nazionale ma altresì l'amministrazione nazionale a disapplicare una legge contraria al diritto comunitario (38) e, di conseguenza, ad accogliere un ricorso amministrativo presentato avverso il provvedimento amministrativo da essa derivato.

38. Tuttavia, le due situazioni non sono realmente comparabili. La presunzione di costituzionalità della legge nazionale deriva dall'autorità superiore all'amministrazione riconosciuta al legislatore per interpretare la Costituzione. Soltanto il giudice costituzionale può vincere tale presunzione in un sistema centralizzato di controllo di costituzionalità. Si tratta della conseguenza della separazione dei poteri interna all'ordinamento costituzionale di tale Stato. Ma, quando l'amministrazione deve dirimere un conflitto tra norme nazionali e comunitarie, essa non agisce più esclusivamente nell'ambito del proprio ordinamento costituzionale interno. Al contrario, essa deve confrontarsi con due volontà legislative opposte, provenienti da due ordinamenti giuridici differenti sebbene integrati, e che si vedono riconoscere delle presunzioni di validità differenti. È questa la ragione per la quale il rispetto della legge nazionale che l'amministrazione deve osservare nell'ambito dell'ordinamento costituzionale interno non può essere puramente e semplicemente trasposto nell'ambito delle relazioni tra tale ordinamento giuridico e l'ordinamento giuridico comunitario. Considerato in sé, l'obbligo per l'amministrazione nazionale di non applicare norme nazionali incompatibili con il diritto comunitario, di qualunque tipo esse siano, non deriva da un'ipotetica presunzione inversa di incompatibilità del diritto nazionale con il diritto comunitario. Piuttosto, è a causa del fatto che, nell'ordinamento giuridico comunitario, gli atti comunitari godono di una presunzione di validità pari a quella di cui godono le leggi nazionali nell'ordinamento giuridico interno, che l'amministrazione deve disporre di un criterio per dirimere il conflitto tra il diritto comunitario e una legge nazionale allorché essa si confronta con esso. Tale criterio è fornito dal principio del primato del diritto. Pertanto, quando l'amministrazione disapplica una legge nazionale contraria al diritto comunitario, essa non fa venir meno la presunzione di validità delle leggi nazionali né pregiudica il principio costituzionale interno di separazione dei poteri. Al contrario, essa è di fronte ad un'equivalente presunzione di validità della norma comunitaria e risolve tale conflitto sulla base del principio del primato del diritto comunitario. In ogni caso, anche se i presupposti sono diversi e che, dunque, le due situazioni possono essere difficilmente comparate dal punto di vista dei principi, si ha che, sul piano pratico, il soggetto gode nei confronti dell'amministrazione di una protezione contro la legge contraria al diritto comunitario della quale non gode contro la legge incostituzionale.

38 – V. sentenze Costanzo, già citata (punto 31), e 9 settembre 2003, causa C-198/01, CIF (Racc. pag. I 8055, punto 49).

39. Tuttavia non è chiaro se le possibilità più limitate delle quali dispongono i soggetti per contestare la costituzionalità di una legge in funzione della presunzione di costituzionalità della quale gode quest'ultima, confrontate a quelle per contestare la compatibilità di una legge con il diritto comunitario, siano tali da giustificare che l'azione per responsabilità dello Stato legislatore per violazione del diritto comunitario sia subordinata al previo esaurimento di tutti i mezzi di ricorso, amministrativi e giurisdizionali, avverso l'atto amministrativo lesivo, adottato in applicazione della legge, contrariamente a quanto accade per la responsabilità dello Stato legislatore per la violazione della Costituzione.

40. Come si è visto, in realtà, è solo dinanzi all'amministrazione che la tutela contro la legge incompatibile con il diritto comunitario è incontestabilmente più forte rispetto alla tutela contro la legge incostituzionale. A pena di violare il principio comunitario di equivalenza, una simile differenza non è tuttavia tale da giustificare la subordinazione dell'azione di risarcimento a carico dello Stato per violazione di carattere legislativo del diritto comunitario al previo esaurimento di tutti i mezzi di ricorso *non soltanto amministrativi ma anche giurisdizionali* avverso l'atto amministrativo adottato sulla base della legge, mentre tale condizione non è imposta nel caso di azione di risarcimento per una legge che violi la Costituzione.

III – Conclusione

41. Alla luce delle suesposte considerazioni, ritengo che la questione sollevata dal Tribunal Supremo vada risolta nel modo seguente:

«1) Subordinare l'azione di risarcimento a carico dello Stato per violazione di carattere legislativo del diritto comunitario alla previa contestazione della validità dell'atto amministrativo, adottato in applicazione della legge, non è contrario al principio di effettività, in quanto attraverso la tempestiva contestazione della validità di detto atto amministrativo, il soggetto avrebbe potuto ottenere la riparazione dell'intero danno allegato.

2) Subordinare l'azione di risarcimento a carico dello Stato per violazione di carattere legislativo del diritto comunitario alla previa contestazione della validità dell'atto amministrativo adottato in applicazione della legge è contrario al principio di equivalenza, in quanto l'azione per responsabilità dello Stato per violazione di carattere legislativo della Costituzione non è subordinata a una tale condizione e le possibilità di contestare l'atto amministrativo adottato in applicazione della legge non sono significativamente diverse a seconda che si contesti la sua costituzionalità o la sua conformità al diritto comunitario».

Dossier

Titolarità e gestione delle farmacie nella normativa comunitaria ed italiana

di *Flaminia Giovagnoli**

SOMMARIO: 1. Premessa; -2. Le farmacie private; -3. Le farmacie comunali; -4. L'intervento della Corte Costituzionale, 8-24 luglio 2003, n. 275; -5. Le principali novità del decreto Bersani e la Circolare del Ministero della salute del 3 ottobre 2006, n. 3; -6. Il Consiglio di Stato Sez. V, 8 maggio 2007, n. 2118; -7. Il parere della Corte dei Conti, Sez. Reg. di Controllo per la Puglia del 27 febbraio 2008, n. 3; -8. La direttiva 2005/36/CE sul riconoscimento delle qualifiche professionali e il decreto legge di recepimento del 6 novembre 2007, n. 206; -9. La sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee nella causa C-531/06 del 19 maggio 2009; -10. Le conclusioni dell'Avvocato generale nelle cause riunite C-570/07 e C-571/07.

1. Premessa

Il presente lavoro si propone di offrire un quadro quanto più esaustivo e chiaro della disciplina relativa alla titolarità e gestione delle farmacie in Italia. Ad una breve disamina delle due possibili forme di esercizio, l'una relativa alle farmacie private e l'altra alle farmacie comunali, seguirà un necessario rinvio alla giurisprudenza nazionale pertinente e la trattazione della recente e fondamentale sentenza C-531/06 della Corte di Giustizia (1) secondo cui la normativa nazionale vigente in Italia è compatibile con il Trattato delle Comunità Europee e con le finalità ivi contenute, non essendo ravvisabile alcuna violazione degli articoli 43 e 56 TCE.

2. Le farmacie private

La gestione delle farmacie private è attualmente disciplinata in numerosi provvedimenti legislativi ed in particolare nella legge 8 novembre 1991 n. 362 contenente le norme di riordino del settore farmaceutico (2) e nella legge 2 aprile 1968 n. 475 relativa alle disposizioni concernenti il servizio farmaceutico (3). La normativa prevede che la titolarità di una farmacia possa essere conse-

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

(1) Pubblicata integralmente in *Rassegna* n. 2/09, 141 e ss., e riproposta per comodità del lettore in appendice al presente articolo per le parti più rilevanti.

(2) GU n. 269 del 16 novembre 1991.

(3) GU n. 107 del 27 aprile 1968.

guita con procedure concorsuali, organizzate dalle Regioni e dalle Province Autonome di Trento e Bolzano, riservate ai cittadini degli Stati membri in possesso di diritti civili e politici ed iscritti all'albo professionale dei farmacisti o a società di persone e a società cooperative a responsabilità limitata (4).

Requisiti indispensabili per la titolarità della farmacia, sono la laurea in farmacia e l'iscrizione al relativo albo (5). Nel caso in cui il titolare della farmacia sia una società, la direzione della stessa è affidata ad uno dei soci che ne è responsabile e di preminente importanza è il principio per cui la partecipazione alla società è incompatibile con qualsiasi altra attività esplicata nel settore della produzione (6), intermediazione e informazione scientifica del farmaco. Alle società titolari è fatto divieto di essere titolari dell'esercizio di più di quattro (7) farmacie ubicate nella provincia ove ha sede legale la società. Per quanto concerne le vicende successorie nella titolarità dell'esercizio basti ricordare che, in caso di acquisto a titolo di successione (8) di una partecipazione in una società, qualora vengano meno i requisiti prescritti, l'avente causa cede la quota di partecipazione nel termine di due anni dall'acquisto. Tale termine si applica anche per la vendita della farmacia privata da parte degli aventi causa ai sensi del dodicesimo comma dell'articolo 12 della legge 2 aprile 1968, n. 475.

3. Le farmacie comunali

Per quanto riguarda la gestione delle farmacie comunali, così denominata perché il titolare è il Comune mentre l'affidatario del servizio è un socio privato (9), occorre far riferimento al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, testo

(4) La 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", all'articolo 5 ha eliminato il periodo "che gestiscano farmacie anteriormente alla data di entrata in vigore della presente legge" così come previsto nell'articolo 7, comma 1 della legge 8 novembre 1991, n. 362.

(5) La legge 4 agosto 2006 n. 248, articolo 5 ha riformato l'articolo 7, comma 2 della legge 8 novembre 1991, n. 362 ove era previsto che la gestione delle farmacie private fosse riservata ai farmacisti iscritti all'albo della Provincia in cui ha sede la farmacia.

(6) La legge 4 agosto 2006 n. 248, articolo 5, ha soppresso, dopo la parola "produzione", il termine "distribuzione" dell'articolo 8, comma 1 a) della legge 8 novembre 1991, n. 362.

(7) La legge 4 agosto 2006 n. 248, articolo 6 *ter*, ha elevato il numero massimo di farmacie di cui la società può essere titolare, da uno - come previsto nell'articolo 7, comma 5 della legge 8 novembre 1991, n. 362 - a quattro.

(8) La legge 4 agosto 2006 n. 248, articoli 9 e 10 ha modificato i commi 9 e 10 dell'articolo 7 della legge 8 novembre 1991, n. 362. Cfr. *infra* paragrafo 5.

(9) All'ente locale spetta la titolarità della farmacia, con gli ampi poteri di cui sopra, mentre la gestione è di competenza del socio privato. Anche qualora la partecipazione al capitale societario sia prevalentemente privata, il comune assicura la prevalenza dell'interesse pubblico. Su tali profili la Repubblica italiana è stata invitata dalla Commissione a rispondere al quesito entro il 30 giugno 2008 in merito alla causa C-531/06, causa che verrà approfondita nel paragrafo 9.

unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (TUEL) (10) e specificatamente all'articolo 116, comma 1, ivi contenuto (11). Ai sensi e per l'effetto di tale disposizione "Gli enti locali possono, per l'esercizio di servizi pubblici (12) costituire apposite società per azioni senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria, anche in deroga a disposizioni di legge specifiche". In ragione di ciò dunque i comuni possono costituire società per azioni i cui soci non debbono essere necessariamente farmacisti nel rispetto dei seguenti limiti. La scelta del socio privato di maggioranza deve avvenire con procedure ad evidenza pubblica, l'atto costitutivo delle società deve prevedere l'obbligo dell'ente locale di nominare uno o più amministratori e sindaci (13) ed inoltre, nel caso di servizi pubblici locali, una quota delle azioni può essere destinata all'azionariato diffuso e resta comunque sul mercato. L'ente pubblico è quindi chiamato a svolgere una serie di controlli e ad assicurare il rispetto delle prescrizioni imposte per una gestione del servizio a tutela della collettività in ossequio ai principi di efficienza ed economicità. Il rapporto tra il Comune e il socio privato prescelto viene puntualmente regolato di volta in volta e diviene oggetto di controlli, decadenze e sanzioni rimesse alla volontà dell'ente locale (14). Quest'ultimo quindi, dotato di forti poteri pubblicistici e nel rispetto degli obblighi imposti dal codice civile, dal TUEL e dalla pertinente normativa, si assume una importante responsabilità, a tutela dell'interesse pubblico della salute nei confronti della collettività, destinataria e fruitrice del servizio.

4. L'intervento della Corte Costituzionale, 24 luglio 2003, n. 275

Un intelligente ed approfondito esame della citata disciplina delle farmacie comunali non può prescindere da un rinvio al fondamentale intervento

(10) GU n. 227 del 28 settembre 2000.

(11) La normativa relativa alle modalità di gestione delle farmacie comunali è stata oggetto nel corso del tempo di una serie di modifiche. In origine si è fatto ricorso allo strumento delle aziende speciali e delle gestioni in economia (come prevedeva il r.d. n. 2578 del 1925) ed in un secondo momento, con legge n. 142 del 1990 è stato introdotto lo strumento delle società di capitali a prevalente capitale pubblico. Al riguardo, il legislatore dapprima ha previsto la possibilità di costituire società per azioni tra il Comune ed i farmacisti in servizio presso la farmacia di cui il Comune abbia acquisito la titolarità, come previsto nell'articolo 9 della legge n. 475 del 1968, in seguito modificato dall'articolo 10 della legge n. 362 del 1991 e successivamente, come sottolineato dal remittente, ha previsto la costituzione di società per azioni anche con prevalente capitale privato e senza predeterminazione legale dei soci ai sensi dell'articolo 116 del decreto legislativo n. 267 del 2000.

(12) Il servizio farmaceutico è un servizio pubblico. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con ordinanza n. 1 del 30 marzo 2000 ha statuito che "Il titolare di una farmacia va considerato gestore di pubblico servizio in senso tecnico, ovvero sia quello sanitario".

(13) Il Comune concorre alla formazione della volontà della società, è rappresentato nel consiglio di amministrazione e fa parte dell'organo di controllo interno.

(14) Resta affidato alla volontà e alla disponibilità del Comune il potere di modificare ed estinguere il rapporto con la società cui il servizio è affidato.

della Corte Costituzionale nella sentenza del 7 agosto 2003 n. 275. In questa occasione (15) la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 8, comma 1, lett. a) della legge 8 novembre 1991, n. 362, nella parte in cui non prevede che la partecipazione a società di gestione di farmacie comunali sia incompatibile con qualsiasi altra attività nel settore della produzione, distribuzione, intermediazione e informazione scientifica del farmaco. La *ratio* dell'illegittimità costituzionale della norma citata è evidente. Il Giudice ha voluto evitare *ex ante* il possibile conflitto di interessi derivante dalla sovrapposizione dell'attività di produzione e distribuzione del farmaco all'ingrosso con l'attività di gestione della farmacia. Prima di tale pronuncia la situazione di incompatibilità e pericolo era vietata dalla specifica normativa solo nei confronti della persona fisica titolare della farmacia, mentre nessun analogo divieto vigeva invece per le farmacie comunali, alla cui gestione potevano partecipare anche società operanti nel settore della produzione e commercializzazione del farmaco. Tale diverso trattamento è apparso del tutto ingiustificato e irragionevole al giudice costituzionale che, premesso il comune interesse pubblico di tutela del bene "salute" in entrambe le gestioni del servizio, ha sostanzialmente uniformato la disciplina. Per tali ragioni, la norma censurata è stata dichiarata costituzionalmente illegittima nella parte in cui non prevede che la partecipazione a società di gestione di farmacie comunali è incompatibile con qualsiasi altra attività nel settore della produzione, distribuzione (16), intermediazione ed informazione scientifica del farmaco.

5. *Le principali novità del decreto Bersani e la Circolare del Ministero della salute del 3 ottobre 2006, n. 3*

Come si è avuto modo di comprendere sinora, la normativa nazionale nel settore del servizio pubblico farmacie è in continua evoluzione. I principali riferimenti legislativi sono però tre: la legge 8 novembre 1991 n. 362 (norme di riordino del settore farmaceutico), la legge 2 aprile 1968 n. 475 (norme concernenti il servizio farmaceutico), nonché il decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267 (testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali - TUEL).

Ai fini che ci interessano in questa sede, assume profili di notevole ri-

(15) Il TAR della Lombardia, con ordinanza depositata il 26 luglio 2002, ha sollevato con riferimento agli articoli 3 e 32 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'articolo 8, comma 1, lett. a) della legge 8 novembre 1991, n. 362, in relazione all'articolo 9 della medesima legge [*recte*: della legge 2 aprile 1968, n. 475], nella parte in cui non estende alle società che prendono parte alla gestione delle farmacie comunali il divieto, previsto per i farmacisti privati, di partecipare all'attività di produzione, distribuzione, intermediazione e informazione scientifica del farmaco.

(16) Cfr. *supra* nota 6.

lievo la legge n. 248 del 4 agosto 2006 (17) che ha convertito in legge il decreto legge 4 luglio 2006, n. 223 “Decreto Bersani” (18), predisponendo all’articolo 5 le misure urgenti nel campo della distribuzione dei farmaci (19). Prima dell’entrata in vigore della nuova disciplina, ai sensi dell’articolo 7, commi 5, 6 e 7 della legge 362 del 1991, la gestione delle farmacie private era riservata ai farmacisti iscritti all’albo della provincia in cui aveva sede l’esercizio. Per quanto riguardava le società titolari di farmacia, era previsto che ciascuna società potesse essere titolare di una sola farmacia ed ottenere la relativa autorizzazione purché la farmacia fosse ubicata nella provincia ove aveva sede la società ed infine che il farmacista potesse essere socio di una sola farmacia. La nuova disciplina ha eliminato tali commi e le prescrizioni ivi contenute, con la previsione all’articolo 6 *ter* circa la possibilità per le società di essere titolari dell’esercizio di non più di quattro farmacie ubicate ove la stessa ha la sede legale. Anche il regime di acquisto a titolo successorio è profondamente mutato: prima l’articolo 9 della citata legge stabiliva che in caso venissero meno i requisiti richiesti per la titolarità l’avente causa dovesse cedere la partecipazione nel termine di tre anni dall’acquisizione. Mentre nel caso in cui l’avente causa era il coniuge, ovvero l’erede in linea retta entro il secondo grado, il suddetto termine veniva differito al compimento del trentesimo anno di età dell’avente causa, ovvero, se successivo, al termine di dieci anni (20) dalla data di acquisizione della partecipazione, ciò valendo anche in caso di esercizio della farmacia privata da parte degli aventi causa (21). La nuova formulazione prevede all’articolo 9 che, qualora vengano meno i requisiti prescritti, l’avente causa cede la quota di partecipazione nel termine di due anni dall’acquisto, ciò valendo anche per la vendita della farmacia privata da parte degli aventi causa del farmacista.

Premesso ciò, per completezza di informazione occorre rilevare che la nuova disciplina, integrata e specificata nella Circolare del Ministero della Salute del 3 ottobre 2006 n. 3, ha previsto la possibilità di vendita di alcuni tipi di medicinali al di fuori delle farmacie, ponendo sempre e comunque l’ac-

(17) GU n. 153 del 4 luglio 2006.

(18) GU n. 186 dell’11 agosto 2006. Tale decreto, noto anche come “decreto sulle liberalizzazioni”, contiene varie misure finalizzate alla tutela del consumatore, alla promozione di assetti concorrenziali, al rilancio dell’economia e dell’occupazione attraverso la liberalizzazione di attività imprenditoriali e la creazione di nuovi posti di lavoro.

(19) Si veda anche la Circolare del Ministero della Salute n. 3 del 30 ottobre 2006 relativa alla vendita di alcune tipologie di medicinali al di fuori della farmacia: “applicazione dell’articolo 5, commi 1, 2, 3, 3 *bis* e 4 del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248”, GU n. 232 del 5 ottobre 2006 (da ora in poi abbreviato in Circolare).

(20) Il predetto termine di dieci anni è applicabile esclusivamente nel caso in cui l’avente causa, entro un anno dalla data di acquisizione della partecipazione, si iscriva ad una facoltà di farmacia in qualità di studente presso un’università statale o abilitata a rilasciare titoli aventi valore legale.

(21) Articolo 12, comma 12 della legge dell’8 novembre 1991 n. 362.

cento sulla necessaria presenza e competenza del farmacista nel rapporto con il pubblico. La vendita al pubblico negli esercizi commerciali di cui all'articolo 4, comma 1, d) ed e) del decreto legislativo 31 marzo 1998 n. 114 (22) può essere effettuata, per quanto concerne i farmaci da banco o da automedicazione e tutti i farmaci e prodotti non soggetti a prescrizione medica (23), previa comunicazione al Ministero della Salute e alla Regione della sede dell'esercizio dell'attività (24). Tale vendita è consentita durante l'orario di apertura dell'esercizio, in un apposito reparto (25), alla presenza (26) e assistenza necessaria di uno o più farmacisti abilitati e iscritti all'ordine di appartenenza (27). Infine sono vietati concorsi e operazioni a premio, nonché vendite sottocosto aventi ad oggetto i farmaci. Relativamente alla distribuzione, è fatta salva la possibilità per ciascun distributore di determinare lo sconto sul prezzo indicato dal produttore o dal distributore sulla confezione del farmaco, purché questo sia esposto in modo chiaro e leggibile al consumatore e sia praticato a tutti gli acquirenti.

(22) La Circolare prevede tre tipologie di esercizi commerciali all'articolo 1. Gli esercizi di vicinato: aventi superficie di vendita non superiore a 150 mq. nei Comuni con popolazione residente inferiore a 10.000 abitanti e a 250 mq. nei Comuni con popolazione residente superiore a 10.000 abitanti; le medie strutture di vendita: gli esercizi aventi superficie superiore ai limiti di cui al punto precedente e fino a 1.500 mq. nei Comuni con popolazione residente inferiore a 10.000 abitanti e a 2.500 mq. nei Comuni con popolazione residente superiore a 10.000 abitanti ed infine le grandi strutture di vendita: gli esercizi aventi superficie superiore ai limiti di cui al punto precedente.

(23) Si veda l'articolo 2 della Circolare.

(24) L'articolo 7 della Circolare chiarisce che "è opportuno che la comunicazione inviata al Ministero della Salute, priva degli allegati, sia trasmessa anche a tale agenzia. Poiché inoltre la vigilanza sulla vendita al pubblico negli esercizi commerciali, ai sensi della normativa sul commercio, è di competenza dei comuni, appare necessario, al fine di consentire l'espletamento delle relative funzioni amministrative in materia di commercio, che la comunicazione di avvio dell'attività di vendita dei farmaci sia inviata per conoscenza anche al Comune dove ha sede l'esercizio." Cfr. articolo 1 del decreto Bersani.

(25) Ai sensi dell'articolo 5 della Circolare per "apposito reparto" deve intendersi uno spazio dedicato esclusivamente alla vendita e conservazione dei medicinali da banco o da automedicazione e di tutti i farmaci o prodotti non soggetti a prescrizione medica. Tale spazio dedicato può assumere forme diverse in base al tipo di esercizio commerciale in cui ha luogo la vendita. Può trattarsi di un apposito *corner* oppure di un singolo scaffale o anche di una parte di uno scaffale, purché gli spazi siano chiaramente separati in modo da escludere la commistione con altri tipi di prodotti

(26) Nell'articolo 3 della Circolare è disposto che "La presenza del farmacista deve essere garantita per tutto l'orario di apertura dell'esercizio commerciale. Anche se non è tenuto a consegnare personalmente a tutti i clienti ogni singola confezione di medicinale, il farmacista è obbligato ad una assistenza "attiva" del cliente, mediante consigli, ove richiesti, ma anche ove riscontri un'incertezza nel comportamento del cliente. E' opportuno che il farmacista indossi il distintivo professionale adottato dalla Federazione nazionale degli ordini dei farmacisti che riporta il caduceo. In ogni caso il farmacista deve distinguersi chiaramente da eventuale altro personale che lavori nell'apposito spazio. E' opportuno che il titolare dell'esercizio commerciale comunichi all'ordine dei farmacisti territorialmente competente le generalità del farmacista o dei farmacisti che svolgono le attività di cui all'articolo 5, comma 2 del decreto legge n. 223 del 4 luglio 2006, provvedendo in seguito agli eventuali, necessari aggiornamenti della comunicazione."

(27) Articolo 2 del decreto Bersani.

6. *Il Consiglio di Stato Sez. V, 8 maggio 2007, n. 2118*

Il rilievo e il merito dell'intervento in materia del Consiglio di Stato consiste nell'applicazione chiara e puntuale della normativa sulla titolarità della farmacia in caso di gestione provvisoria ereditaria, offrendo al giudice amministrativo l'occasione per sottolineare che gli eredi del *de cuius* possono solo continuarne l'esercizio provvisorio, non essendo né titolari né responsabili di esso. Tale situazione rappresenta nella normativa nazionale una forma di gestione di farmacie da parte di soggetti non farmacisti. È previsto che la farmacia ereditata deve essere gestita, per tutto il periodo transitorio, sotto la responsabilità di un farmacista laureato. Pertanto gli eredi non possono, in tale contesto, essere assimilati ad altri gestori che non possiedono la qualità di farmacisti. Si deve inoltre rilevare che detta eccezione ha soltanto effetti temporanei. Infatti gli eredi devono effettuare di regola il trasferimento dei diritti di gestione della farmacia ad un farmacista nel termine di un solo anno. Soltanto nel caso di una partecipazione ad una società di gestione di una farmacia costituita da farmacisti, gli aventi diritto dispongono di un termine più lungo per la sua cessione ossia tre anni a decorrere dall'acquisto della partecipazione. Tali eccezioni sono quindi volte a consentire agli aventi diritto di cedere la farmacia ad un farmacista entro un termine che non risulta irragionevole.

Nel caso deciso dal Consiglio di Stato l'appellante era subentrata nella titolarità della farmacia a seguito del decesso del marito. In tale qualità, la ricorrente rivendicava il diritto a percepire l'indennità di residenza per sedi disagiate, negatole dall'ASL de l'Aquila, che aveva ritenuto che detta indennità spettasse al direttore responsabile della farmacia. La ricorrente sosteneva invece che l'emolumento in questione le competesse in quanto titolare della farmacia (28). Il TAR Abruzzo, sede de l'Aquila, con sentenza n. 435 del 31 luglio 2002 respingeva il ricorso. La ricorrente quindi proponeva appello avverso la sentenza di primo grado, deducendone l'erroneità e l'ingiustizia e chiedendone l'annullamento e/o la riforma, per erronea interpretazione degli articoli 2 e 3 della legge 8 marzo 1968, n. 221 (29). Senza voler indugiare sulla disciplina in materia di farmacie rurali, il Consiglio di Stato ha respinto

(28) Oggetto della doglianza era la spettanza dell'emolumento al direttore della farmacia. Secondo la ricorrente tale beneficio economico spetta solo quando tale figura sostituisca il titolare nei casi consentiti (infermità, ferie, servizio militare, ecc.) dai quali esula il caso in cui il direttore sostituisca stabilmente il titolare, com'è nella specie.

(29) L'articolo 1 della legge 8 marzo 1968, n. 221 stabilisce che le farmacie sono classificate in due categorie. Accanto alle farmacie urbane, situate in Comuni o centri abitati con popolazione superiore a 5.000 abitanti, sono previste le farmacie rurali ubicate in comuni, frazioni o centri abitati con popolazione non superiore a 5.000 abitanti. Non vengono classificate farmacie rurali quelle che si trovano nei quartieri periferici delle città, congiunti a queste senza discontinuità di abitanti.

e, per l'effetto, confermato la sentenza impugnata sulla scorta delle seguenti considerazioni “*quando la normativa discorre di titolare di farmacia, cui spetti l'indennità, intende riferirsi al farmacista iscritto all'albo relativo e che conduce in concreto l'esercizio farmaceutico (30) ...la gestione di una farmacia non può che essere curata da un soggetto in possesso del relativo diploma di laurea e della iscrizione al relativo albo ...secondo l'articolo 12 della legge del 2 aprile 1968, n. 475, il quale stabilisce che nel caso di morte del titolare gli eredi possono entro un anno effettuare il trapasso della titolarità della farmacia ...a favore di farmacista iscritto nell'albo professionale, che abbia conseguito la titolarità o che sia risultato idoneo in un precedente concorso. Durante tale periodo gli eredi hanno diritto di continuare l'esercizio in via provvisoria sotto la responsabilità di un direttore.*”

7. *Il parere della Corte dei Conti, Sez. Reg. di Controllo per la Puglia del 27 febbraio 2008, n. 3.*

In materia di gestione delle farmacie comunali e nello specifico di società partecipate da amministrazioni pubbliche, appare interessante anche il contributo della Corte dei Conti a cui si è rivolto il Sindaco del Comune di Bitonto. Il sindaco, incerto sull'interpretazione ed applicazione dell'articolo 3, comma 27 della legge del 24 dicembre 2007 n. 244 (31), chiedeva al giudice (32) se, dall'interpretazione del citato articolo, derivasse per il Comune l'impossibilità

(30) Nella specie l'appellante, essendo subentrata insieme ai figli nella titolarità della farmacia *jure successionis* dal proprio marito deceduto, ha dovuto conferire incarico lavorativo ad un farmacista sostituto che ha assunto la responsabilità della gestione dell'esercizio e al quale compete l'indennità di residenza, in quanto in concreto gestisce la farmacia.

(31) Si tratta della legge 24 dicembre 2007, n. 244 “Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato” (legge finanziaria 2008). GU n. 300 del 28 dicembre 2007. L'articolo 3, comma 27, della legge finanziaria per il 2008 così dispone: “al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2 del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza in tali società. E' sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2 del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165, nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza”.

(32) La Corte dei Conti può rendere pareri in materia di “contabilità pubblica”, ai sensi dell'articolo 7, comma 8 della legge 5 giugno 2003 n. 131 “Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3”. GU n. 132 del 10 Giugno 2003. L'articolo dispone infatti che “Le Regioni possono richiedere ulteriori forme di collaborazione alle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti ai fini della regolare gestione finanziaria e dell'efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, nonché pareri in materia di contabilità pubblica. Analoghe richieste possono essere formulate, di norma tramite il Consiglio delle autonomie locali, se istituito, anche da Comuni, Province e Città metropolitane”.

di assumere la gestione di farmacie mediante la costituzione di società di capitali e se tale attività fosse qualificabile come strettamente necessaria al perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente oppure come servizio di interesse generale. Oggetto della richiesta di parere è dunque la concreta qualificazione dell'attività di gestione delle farmacie comunali mediante l'utilizzo del modello societario previsto dall'articolo 9 della legge n. 475 del 1968 che consente ai comuni di ottenere, per metà, la titolarità delle farmacie che si rendono vacanti e di quelle di nuova istituzione a seguito di revisione della pianta organica (33).

Il giudice osserva preliminarmente che in materia di società partecipate la novella legislativa - tesa ad operare una riduzione del fenomeno della proliferazione di società pubbliche o miste, considerato una delle cause dell'incremento della spesa pubblica degli enti locali - prevede due tipologie di società partecipate espressamente consentite: le società che svolgono attività strettamente necessarie alle finalità istituzionali degli enti e le società che producono servizi di interesse generale. Orbene la Sezione di controllo ha deciso che l'attività di gestione delle farmacie comunali è "esercizio di un pubblico servizio trattandosi, in particolare, di un'attività rivolta a fini sociali, secondo il disposto dell'articolo 112 del decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267 che consente agli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, di provvedere alla gestione dei servizi pubblici che abbiano ad oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali".

Logico corollario di quanto finora esposto è che rimane affidata alla valutazione dell'organo consiliare l'inquadramento della farmacia comunale tra le società che perseguono finalità istituzionali dell'Ente o tra le società rivolte alla produzione di servizi di interesse generale. Detto ciò, la Sezione esclude che tale partecipazione possa ritenersi vietata in ragione del fatto che le farmacie comunali sono destinate a fornire un pubblico servizio in favore della collettività generale.

8. La direttiva 2005/36/CE sul riconoscimento delle qualifiche professionali e il decreto legge di recepimento del 6 novembre 2007, n. 206

La direttiva 2005/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 settembre 2005 (34), relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali assume un ruolo di primaria importanza nel favorire la mobilità del prestatore

(33) La gestione di tali farmacie può avvenire in economia, a mezzo di aziende speciali o di consorzi tra comuni e mediante società di capitali.

(34) GU L. 255 del 30 settembre 2005. Il decreto legislativo 6 novembre 2007 n. 206 è il decreto di attuazione di tale direttiva, GU n. 261 del 9 novembre 2007. La direttiva disciplina il riconoscimento

di servizi negli Stati membri, con la predisposizione di una serie di strumenti che assicurano il riconoscimento automatico dei titoli di formazione (35). A tale fine anche l'esercizio dell'attività professionale di farmacista è disciplinato nella sezione II, all'articolo 45 (36) della direttiva citata nonché del decreto legislativo di recepimento del 6 novembre 2007 n. 206, sezione VII, articoli 50 e 51. La normativa nazionale per quanto concerne la formazione del farmacista prevede che l'ammissione alla formazione di farmacista è subordinata al possesso di un diploma di scuola secondaria superiore che dia accesso, per tali studi, alle università. Il titolo di formazione di farmacista sancisce una formazione della durata di almeno cinque anni, di cui almeno quattro anni d'insegnamento teorico e pratico a tempo pieno in una università, un istituto superiore di livello riconosciuto equivalente o sotto la sorveglianza di una università e sei mesi di tirocinio in una farmacia aperta al pubblico o in un ospedale sotto la sorveglianza del servizio farmaceutico di quest'ultimo, di modo che acquisisca le necessarie conoscenze e competenze (37).

delle qualifiche professionali per l'accesso alle professioni regolamentate coperte dalle direttive Sistemi generali 89/48/CEE, 92/51/CEE, 99/42/CE e dalle direttive settoriali 77/452/CEE, 77/453/CEE, 78/686/CEE, 78/1026/CEE, 78/1027/CEE, 80/154/CEE, 85/155/CEE, 85/384/CEE, 85/432//CEE, 85/433/CEE e 93/16/CEE riguardanti le professioni di infermiere professionale, odontoiatra, veterinario, ostetrica, architetto, farmacista e medico.

(35) Un breve rinvio alla Direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno "direttiva Bolkestein", dal nome del Commissario europeo per il mercato interno Frits Bolkestein che ne ha curato la redazione, appare opportuno. La direttiva è basata sugli articoli 47 n. 2 e 55 del TCE. Il principio della libera circolazione dei servizi, uno dei quattro pilastri del mercato comune sancito per la prima volta 50 anni fa con il Trattato di Roma, sembra oggi un obiettivo possibile in virtù della Direttiva 2006/123 del 12 dicembre 2006. Per creare un vero mercato dei servizi entro il 2010, termine stabilito dall'Agenda di Lisbona, la direttiva Bolkestein si propone di fissare un quadro giuridico che consenta la liberalizzazione dei servizi al fine di fare dell'Unione Europea "l'economia basata sulla conoscenza più competitiva e più dinamica del mondo". Il campo di applicazione della disciplina riguarda la libertà di stabilimento e la libertà di circolazione dei servizi, dato che gli ostacoli alla libera circolazione sono riscontrati per il prestatore di servizi, ossia qualsiasi persona fisica o giuridica che esplica un'attività economica non salariata e dietro retribuzione, a prescindere dal fatto che intenda stabilirsi in uno Stato membro diverso da quello di provenienza.

(36) L'articolo 45 della direttiva è sostanzialmente riprodotto nell'articolo 51 del decreto di attuazione e stabilisce che "Gli Stati membri fanno sì che i possessori di un titolo di formazione in farmacia, a livello universitario o equivalente, siano autorizzati ad accedere e a esercitare almeno le seguenti attività, con l'eventuale riserva di una esperienza professionale complementare: preparazione della forma farmaceutica di medicinali, fabbricazione e controllo di medicinali, controllo di medicinali in un laboratorio di medicinali, immagazzinamento, conservazione e distribuzione di medicinali nella fase di commercio all'ingrosso e nelle farmacie aperte al pubblico e negli ospedali, nonché diffusione di informazioni e consigli nel settore medicinali".

(37) Tale formazione non può prescindere da adeguate conoscenze dei medicinali e delle sostanze utilizzate per la loro fabbricazione, della tecnologia farmaceutica e del controllo fisico, chimico, biologico e microbiologico dei medicinali, del metabolismo e degli effetti dei medicinali, nonché dell'azione delle sostanze tossiche e dell'utilizzazione dei medicinali stessi, che consentano di valutare i dati scientifici concernenti i medicinali in modo da potere su tale base fornire le informazioni appropriate nonché da una familiarità con le norme e le condizioni che disciplinano l'esercizio delle attività

9. La sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee nella causa C-531/06 del 19 maggio 2009

Tutela la sanità pubblica e garantisce alla popolazione un rifornimento di medicinali sicuro e di qualità, la disciplina italiana che riserva la titolarità e la gestione delle farmacie ai farmacisti, persone fisiche laureate in farmacia e società di gestione composte esclusivamente da soci farmacisti, non essendo ravvisabile alcuna violazione degli articoli 43 (38) e 56 (39) del Trattato comunitario. La Corte di Giustizia nella sentenza C-531/06, in conformità alle conclusioni dell'Avvocato generale Yves Bot (40), ha respinto interamente il ricorso promosso dalla Commissione nei confronti dell'Italia e della Germania (41).

La Commissione, considerando il regime italiano di gestione delle farmacie incompatibile con il Trattato, aveva avviato il procedimento per inadempimento *ex* articolo 226, primo comma TCE (42). Il ricorso era diretto a dichiarare che l'Italia - avendo mantenuto in vigore una legislazione che consente la titolarità dell'esercizio delle farmacie private alle sole persone fisiche laureate in farmacia e a società composte esclusivamente da soci farmacisti, nonché disposizioni legislative che comportano l'impossibilità per le imprese esercenti l'attività di distribuzione (43) di prodotti farmaceutici di acquisire

farmaceutiche. A ciò si aggiunga che il ventiseiesimo "considerando" della direttiva 2005/36 afferma che "La presente direttiva non coordina tutte le condizioni per accedere alle attività nel campo della farmacia e all'esercizio di tale attività. In particolare, la ripartizione geografica delle farmacie e il monopolio della dispensa dei medicinali dovrebbe continuare ad essere di competenza degli Stati membri. La presente direttiva non modifica le norme legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri che vietano alle società l'esercizio di talune attività di farmacista o sottopongono tale esercizio a talune condizioni".

(38) L'articolo 43 TCE disciplina il diritto di stabilimento.

(39) L'articolo 56 TCE è relativa alla circolazione dei capitali. .

(40) Le conclusioni sono state depositate il 16 dicembre 2008. Importante sottolineare che, sebbene sia estremamente significativo l'apporto dell'Avvocato generale che, nella causa per la quale è designato propone una soluzione giuridica, è la Corte a decidere in ultima istanza.

(41) La trattazione della causa C-531/06 si è svolta congiuntamente alle cause riunite C-171/07 e C-172/07 poiché relative al regime di proprietà delle farmacie, rispettivamente nella disciplina italiana e tedesca. Le cause riunite C-171/07 e C-172/07 (*Apothekerkammer des Saarlandes e a.*) traggono origine dall'autorizzazione accordata dal competente ministero del Land della Saar alla DocMorris, società per azioni olandese, di gestire dal 1° luglio 2006 una farmacia a Saarbrücken come succursale. La decisione del ministero è stata impugnata dinanzi al tribunale amministrativo del Land della Saar da vari farmacisti e dalle loro associazioni di categoria per difformità dalla normativa tedesca la quale riserva ai soli farmacisti il diritto di possedere e gestire una farmacia.

(42) Secondo l'articolo 226 TCE "La Commissione, quando reputi che uno Stato membro abbia mancato a uno degli obblighi a lui incombenti in virtù del presente trattato, emette un parere motivato al riguardo, dopo aver posto lo Stato in condizioni di presentare le sue osservazioni. Qualora lo Stato in causa non si conformi a tale parere nel termine fissato dalla Commissione, questa può adire la Corte di giustizia".

(43) La Repubblica italiana ha fatto presente che il riferimento normativo al divieto per le imprese di distribuzione di acquisire partecipazioni nelle società di gestione di farmacie risultava improprio, stante la riforma del decreto Bersani.

partecipazioni nelle società di gestione di farmacie comunali - era venuta meno agli obblighi ad essa derivanti dagli articoli 43 e 56 del TCE (44) .

In particolare la Commissione ha sostenuto che le misure in essa contenute sono eccessivamente restrittive e basate sulla presunzione che un farmacista che gestisce una farmacia sarebbe meno incline a privilegiare il proprio interesse personale a spese dell'interesse pubblico, oltre ad avere una portata decisamente esorbitante rispetto al raggiungimento dell'obiettivo di tutela della sanità pubblica (45).

La Repubblica italiana ha rammentato l'esistenza della riserva di competenza in capo agli Stati membri nel disciplinare il settore delle farmacie (ad esclusione delle questioni relative al mutuo riconoscimento dei diplomi) (46), affermando che le restrizioni sono comunque giustificate dall'interesse generale di tutela della sanità pubblica. Secondo la tesi difensiva solo la presenza del farmacista titolare dell'esercizio della farmacia, dotato di conoscenze e di una necessaria esperienza specifica e completa, è garanzia del preminente interesse pubblico al rifornimento regolare di medicinali, rispetto alle considerazioni di carattere economico.

Un secondo motivo di ricorso riguardava la gestione delle farmacie comunali ed in particolare le disposizioni nazionali che sanciscono l'impossibilità per le imprese di distribuzione di prodotti farmaceutici di acquisire partecipazioni nelle società di gestione delle farmacie comunali. La Repubblica italiana - dopo aver esplicitato alla Corte che le disposizioni di riferimento e la disciplina ivi contenuta era stata riformata dal decreto Bersani (47) - ha affermato che la normativa vigente viene legittimata dall'interesse pubblico di tutela della sanità. Il divieto infatti si applica indiscriminatamente ed è diretto ad impedire alle imprese di distribuzione di promuovere, tramite le farmacie comunali, i medicinali dalle stesse commercializzati. Per

(44) Si rileva che a sostegno della posizione della Repubblica italiana sono intervenuti: la Repubblica ellenica, il Regno di Spagna, la Repubblica francese, la Repubblica di Lettonia, e la Repubblica austriaca.

(45) La Commissione riteneva infatti che altre misure meno restrittive delle libertà sancite dagli articoli 43 TCE e 56 TCE, quali l'obbligo di presenza di un farmacista, l'obbligo di stipulare un'assicurazione o un sistema di controlli adeguati e di sanzioni efficaci avrebbe ben potuto assicurare la tutela della sanità pubblica.

(46) Cfr. paragrafo 7.

(47) Cfr. paragrafo 5. La Corte, in sede di decisione, ha rilevato che la giurisprudenza è ormai costante nell'affermare che l'esistenza dell'inadempimento deve essere valutata in relazione alla situazione dello Stato membro quale si presentava alla scadenza del termine stabilito nel parere motivato e che i mutamenti intervenuti in seguito non possono essere presi in considerazione dalla Corte. Su tale punto si rinvia a sentenza 30 gennaio 2002, causa C-103/00, *Commissione/Grecia*; sentenza 17 gennaio 2008, causa C-152/05, *Commissione/Germania*. E' pacifico che, alla data di scadenza del termine stabilito nel parere motivato, la normativa nazionale non consentiva alle imprese di distribuzione di acquisire una partecipazione nelle società di gestione delle farmacie comunali, in quanto il decreto Bersani è stato adottato solo dopo tale data.

quanto riguarda le misure alternative ipotizzate dalla Commissione, la Repubblica italiana ha sostenuto che queste, essendo meno vincolanti, non risultano idonee a conseguire l'obiettivo di interesse pubblico con la stessa efficacia.

La Corte di Giustizia ha interamente respinto il ricorso della Commissione nei confronti della Repubblica italiana sulla scorta delle seguenti considerazioni. Sebbene dall'articolo 152 n. 5 TCE (48) emerga che il diritto comunitario attribuisce agli Stati membri la competenza in materia di previdenza sociale e quindi anche i servizi sanitari quali le farmacie (49), si comprende che, nell'esercizio di tale competenza, non possono essere disattese le disposizioni del Trattato relative alle libertà di circolazione, compresa la libertà di stabilimento e di circolazione dei capitali. In ragione di ciò agli Stati membri è posto il divieto di introdurre o mantenere ingiustificate restrizioni all'esercizio di queste libertà nell'ambito delle cure sanitarie (50). Se è vero che la Corte ha ravvisato nella normativa italiana sui farmacisti restrizioni ai sensi degli articoli 43 TCE (51) e 56 TCE (52), corre l'obbligo constatare che la normativa nazionale si applica senza discriminazioni basate sulla nazionalità e che la tutela della sanità pubblica figura tra i motivi imperativi di interesse pubblico che possono giustificare restrizioni alle libertà di circolazione garantite dal Trattato, quali la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei capitali. La giustificazione alla base delle restrizioni a dette libertà consiste nel *garantire un rifornimento di medicinali alla popolazione sicuro e di qualità* e la disposizione di esclusione dei non farmacisti appare congrua e adeguata a ciò. Quindi compete allo Stato membro adottare misure che riducano, per quanto possibile, il rischio per la sanità pubblica (53), sia in termini di nocu-

(48) Si fa riferimento anche al ventiseiesimo "considerando" della direttiva 2005/36 e alla giurisprudenza della Corte. L'articolo 152, n. 5 TCE afferma che "L'azione comunitaria nel settore della sanità pubblica rispetta appieno le competenze degli Stati membri in materia di organizzazione e fornitura di servizi sanitari e assistenza medica. In particolare le misure di cui al paragrafo 4, lettera a) non pregiudicano le disposizioni nazionali sulla donazione e l'impiego medico di organi e sangue".

(49) E' riservata alla discrezionalità degli Stati membri decidere il livello di garanzia di tutela della sanità pubblica e il modo in cui questo livello deve essere raggiunto. Sentenze 11 dicembre 2003, causa C-322/01, *Deutscher Apothekerverband e* 11 settembre 2008, causa C-141/07, *Commissione/Germania*.

(50) Cfr. sentenze 16 maggio 2006, causa C-372/04, *Watts*, nonché 10 marzo 2009, causa C 169/07, *Hartlauer*.

(51) La disciplina nazionale riserva la gestione delle farmacie ai soli farmacisti, impedendo agli altri operatori economici di accedere a questa attività autonoma.

(52) Riguardo all'articolo 56 TCE, la normativa nazionale impedisce agli investitori non farmacisti di altri Stati membri di acquisire partecipazioni in questo tipo di società. Detto ciò possono sussistere per il diritto comunitario restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione dei capitali che, se applicate senza discriminazioni basate sulla nazionalità e giustificate da motivi imperativi di interesse pubblico, sono atte a garantire la realizzazione dello scopo perseguito e non vanno oltre quanto necessario al raggiungimento di tale scopo. Si vedano sentenze 23 ottobre 2007, causa C-112/05, *Commissione/Germania*, 6 dicembre 2007, cause riunite C-463/04 e C-464/04, *Federconsumatori*, 25 gennaio 2007, causa C-370/05.

(53) Si veda sentenza 5 giugno 2007, causa C-170/04, *Rosengren*.

menti alla salute che di sprechi finanziari. Sul primo aspetto è pacifico che i medicinali, che si distinguono sostanzialmente dalle altre merci per i loro effetti terapeutici, se assunti senza necessità o in modo sbagliato o in assenza di consapevolezza dal paziente possono recare danni alla persona senza tralasciare la circostanza che un consumo eccessivo o un uso sbagliato di medicinali comporta uno spreco di risorse finanziarie, tanto più grave se si considera che il settore farmaceutico genera costi considerevoli e deve rispondere a bisogni crescenti, a fronte di risorse finanziarie non illimitate (54). La Corte ha statuito che *“Con riguardo a tali rischi per la sanità pubblica e per l’equilibrio finanziario dei sistemi di sicurezza sociale, gli Stati membri possono sottoporre le persone che si occupano della distribuzione dei medicinali al dettaglio a condizioni severe, con riferimento in particolare alle modalità di commercializzazione di questi ultimi e alla finalità di lucro. In particolare, essi possono riservare la vendita di medicinali al dettaglio, in linea di principio, ai soli farmacisti, in considerazione delle garanzie che questi ultimi devono offrire e delle informazioni che essi devono essere in grado di dare al consumatore. Al riguardo, e tenuto conto della facoltà riconosciuta agli Stati membri di decidere il grado di tutela della sanità pubblica, si deve ammettere che questi ultimi possano esigere che i medicinali vengano distribuiti da farmacisti che godano di un’effettiva indipendenza professionale. Essi possono altresì adottare misure idonee ad eliminare o ridurre il rischio che tale indipendenza sia compromessa, dal momento che ciò potrebbe pregiudicare il livello di sicurezza e la qualità del rifornimento di medicinali alla popolazione”*.

Senza voler ribadire quanto esposto nei paragrafi precedenti, appare sufficiente ricordare che la Corte - dopo aver brevemente analizzato le forme di gestione del servizio farmaceutico, farmacia privata, gestione *jure successionis* e farmacia comunale - ha statuito che la normativa italiana ha lo scopo di garantire un rifornimento di medicinali alla popolazione sicuro e di qualità e, pertanto, la tutela della sanità pubblica. La finalità di lucro del farmacista è quindi temperata dalla sua formazione, esperienza professionale e dalla responsabilità ad esso incombente, considerato che un’eventuale violazione delle disposizioni normative o deontologiche comprometterebbe non soltanto il valore del suo investimento, ma altresì la propria vita professionale a differenza dei non farmacisti (55). Allo stesso modo anche le disposizioni nazionali sulla gestione delle farmacie comunali, in cui l’ente locale è titolare e beneficia

(54) Sulle cure ospedaliere si rinvia alla sentenza 13 maggio 2003, causa C-385/99, *Müller-Faurè e van Riet*. Al riguardo si rileva l’esistenza di un nesso diretto tra tali risorse finanziarie e gli utili di operatori economici attivi nel settore farmaceutico poiché la prescrizione di medicinali è presa in carico, nella maggior parte degli Stati membri, dagli organismi di assicurazione malattia interessati.

(55) Lo Stato membro può ritenere discrezionalmente che la gestione di una farmacia da parte di un non farmacista costituisca un rischio per la sanità pubblica, in particolare per la sicurezza e la qualità della distribuzione dei medicinali al dettaglio.

dello *statuts* di detentore di prerogative di potere pubblico, sono predisposte e finalizzate ad evitare che la gestione persegua solo scopi commerciali, a scapito delle esigenze della sanità pubblica. Un ultimo cenno merita infine la risposta negativa della Corte sulla congruità ed efficacia delle alternative misure *ex post* proposte dalla Commissione, in quanto, come si è avuto modo di spiegare, i rischi per l'indipendenza della professione di farmacista non possono essere esclusi, con la stessa efficacia, attraverso l'imposizione dell'obbligo di stipulare un'assicurazione per la responsabilità civile derivante da fatto altrui (56). Alla luce di ciò si deve constatare che la normativa oggetto dell'inadempimento contestato è atta a assicurare la realizzazione dell'obiettivo volto a garantire un rifornimento di medicinali alla popolazione sicuro e di qualità e, pertanto, la tutela della sanità pubblica (57).

10. Conclusioni

Un ulteriore capitolo della vicenda “europea” delle farmacie pubbliche e private è maturato proprio in questi giorni, quando già era stato predisposto il presente articolo: l'Avvocato Generale M. Poiares Maduro ha rassegnato le proprie conclusioni sulle cause pregiudiziali spagnole riunite C-570/07 e C-571/07, sostenendo

a) l'illegittimità della normativa del Principato delle Asturie che privilegia il servizio svolto in una determinata località ai fini dell'assegnazione di una farmacia;

b) l'illegittimità “relativa” in mancanza di idonea giustificazione di pubblico generale interesse della normativa nazionale che fissa le cosiddette piante organiche, nei minimi e nei massimi, delle farmacie;

c) la rimessione al giudice nazionale e alla valutazione sul caso concreto della ragionevolezza e coerenza dei “limiti di distanza” tra un esercizio farmaceutico e l'altro.

(56) Tale misura potrebbe permettere al paziente di ottenere un risarcimento finanziario per il danno da esso eventualmente subito, ma intervenendo a posteriori sarebbe meno efficace rispetto alla disposizione in oggetto, in quanto non impedirebbe in alcun modo al gestore interessato di esercitare un'influenza sui farmacisti stipendiati.

(57) Tale conclusione non è rimessa in discussione dalla sentenza 21 aprile 2005, causa C-140/03, *Commissione/Grecia*, richiamata dalla Commissione, nella quale la Corte ha dichiarato che la Repubblica ellenica non ha adempiuto agli obblighi ad essa incombenti, ai sensi degli articoli 43 TCE e 48 TCE, adottando e mantenendo in vigore disposizioni nazionali che subordinano la possibilità per una persona giuridica di aprire un negozio di ottica, in particolare, alla condizione che l'autorizzazione ad intraprendere e gestire l'attività di ottica sia rilasciata a nome di un ottico autorizzato, allo stesso tempo che la persona titolare dell'autorizzazione a gestire il negozio partecipi per almeno il 50% al capitale sociale, nonché ai profitti e alle perdite. Tenuto conto del carattere particolare dei medicinali nonché del loro mercato, e allo stato attuale del diritto comunitario, le considerazioni della Corte nella citata sentenza *Commissione/Grecia* non possono valere per il settore della distribuzione di medicinali al dettaglio.

Come si vede, dopo l'accettazione del principio che le liberalizzazioni possono trovare legittimi ostacoli nelle legislazioni nazionali a tutela della salute pubblica, la giurisprudenza comunitaria si muove nell'ottica di fissare regole, limiti e principi anche nel settore dei servizi pubblici riservati e/o gestiti, secondo le legislazioni nazionali, in un'ottica di "non mercato". La materia quindi nella sua complessità si avvia solo ora a trovare un assetto definitivo.

(All. 1)

Corte costituzionale, sentenza 8-24 luglio 2003 n. 275 - Pres. Chieppa, Red. Maddalena - Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale dell'art. 8, comma 1, lett. a), della legge 8 novembre 1991, n. 362 (Norme di riordino del settore farmaceutico), in relazione all'art. 9 della stessa legge [*recte*: della legge 2 aprile 1968, n. 475 (Norme concernenti il servizio farmaceutico)], promosso con ordinanza del 26 luglio 2002 dal Tribunale amministrativo regionale della Lombardia sul ricorso proposto da Federfarma (Avv.ti Lorenzo Acquarone, Agostino Gambino e Massimo Luciani) ed altri contro il Comune di Milano (Avv.ti Luca Radicati di Brozolo ed Elisabetta D'Auria). (L'Avvocato dello Stato Ignazio F. Caramazza per il Presidente del Consiglio dei ministri- AL 133399/02).

Considerato in diritto

1. - Il TAR della Lombardia ha sollevato, con riferimento agli artt. 3 e 32 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 8, comma 1, lett. a), della legge 8 novembre 1991, n. 362 (Norme di riordino del settore farmaceutico), in relazione all'art. 9 della medesima legge [*recte*: della legge 2 aprile 1968, n. 475 (Norme concernenti il servizio farmaceutico)].
 2. - Ad avviso del remittente, la norma denunciata, al fine di evitare un conflitto di interessi, vieta a chi ha la gestione di una farmacia privata qualsiasi attività nel settore della produzione, distribuzione, intermediazione e informazione scientifica del farmaco, mentre non prevede analogo divieto per le farmacie comunali, alla cui gestione possono partecipare anche società operanti nel settore della produzione e commercializzazione del farmaco. Il giudice *a quo* assume il contrasto della disposizione censurata con i parametri invocati, in quanto del tutto irragionevole sarebbe la mancata estensione del suddetto divieto, posto a tutela dell'interesse generale alla salute, alla gestione delle farmacie comunali.
 3. - In via preliminare, vanno esaminate le eccezioni di inammissibilità sollevate da alcune delle parti in causa.
 - 3.1 - Va in primo luogo disattesa l'eccezione, sollevata dall'Avvocatura generale dello Stato, circa l'oscurità del dispositivo dell'ordinanza di remissione, che, nel censurare l'art. 8, comma 1, lett. a), della legge n. 362 del 1991, "a sproposito" fa riferimento all'art. 9 della legge n. 362 del 1991. A ben vedere, infatti, è proprio la palese inconferenza della disposizione da ultimo citata a rendere evidente che il remittente è caduto in un mero errore materiale, in quanto dal contesto complessivo dell'ordinanza si evince chiaramente che il giudice *a quo* intendeva fare riferimento all'art. 9 della legge n. 475 del 1968.
- D'altra parte, è da sottolineare che l'indicazione di quest'ultimo articolo non appare affatto ne-

cessaria ai fini della prospettazione della questione di legittimità costituzionale, che, nella sostanza, si incentra esclusivamente sull'art. 8 della legge 362 del 1991.

3.2 - Da respingere è altresì l'eccezione, anch'essa sollevata dall'Avvocatura generale dello Stato, oltre che dalla GEHE Italia s.p.a., secondo la quale il remittente avrebbe prospettato la questione in termini ambigui e perplessi.

Infatti, il giudice *a quo*, mira ad ottenere, attraverso la dichiarazione di incostituzionalità della norma censurata, l'estensione alle società che prendono parte alla gestione delle farmacie comunali del divieto previsto per i farmacisti privati di partecipare all'attività di produzione, distribuzione, intermediazione e informazione scientifica del farmaco.

3.3 - Sono da disattendere anche le ulteriori eccezioni sollevate dall'Avvocatura generale dello Stato e dalla GEHE Italia s.p.a., circa la insussistenza dei presupposti per una pronuncia della Corte di tipo additivo.

La Corte, infatti, ben può estendere l'ambito di applicazione di una norma quando, in relazione al valore costituzionale tutelato, lo esiga, secondo il criterio della ragionevolezza, la *ratio* della norma stessa.

3.4 - Del pari sono infondate le eccezioni, anch'esse formulate dall'Avvocatura generale dello Stato e dalla GEHE Italia s.p.a., secondo cui il remittente si sarebbe immotivatamente discostato nell'interpretazione della disposizione denunciata dai discordanti precedenti del TAR della Lombardia e del Consiglio di Stato.

È evidente, infatti, che il remittente non è necessariamente tenuto ad esplicitare le ragioni per le quali abbia ritenuto di discostarsi da isolati precedenti giurisprudenziali riguardanti fattispecie analoghe.

3.5 - Va infine disattesa la eccezione sollevata dal Comune di Milano secondo la quale la questione sarebbe inammissibile per irrilevanza.

Infatti è fuor di dubbio che l'eventuale dichiarazione di incostituzionalità della norma in questione determinerebbe riflessi diretti sui requisiti soggettivi dei partecipanti alla gara indetta dal Comune di Milano, influenzando, per questa via, sull'esito della stessa.

4. - Nel merito la questione è fondata.

Al riguardo appare opportuno accennare preliminarmente al quadro normativo di riferimento ed al correlato regime delle incompatibilità.

Nell'attuale sistema normativo, il servizio farmaceutico risulta fundamentalmente assicurato mediante la gestione delle farmacie private e comunali.

La legge prevede che ogni Comune debba avere una pianta organica delle farmacie, nella quale deve essere indicato il numero, le singole sedi farmaceutiche e la zona di ciascuna di esse (art. 2 della legge n. 475 del 1968).

Sulla base della pianta organica si realizza l'affidamento delle farmacie ai privati cittadini iscritti all'albo professionale dei farmacisti (art. 4 della legge n. 362 del 1991) o ai Comuni (art. 9, primo comma, della legge n. 475 del 1968).

In particolare, l'art. 9 della legge n. 475 del 1968 prevede che la titolarità delle farmacie che si rendano vacanti e di quelle di nuova istituzione a seguito della revisione della pianta organica può essere assunta per metà dal Comune.

5. - Per quanto riguarda le modalità di gestione delle farmacie private, l'art. 7 della legge n. 362 del 1991 prevede che la titolarità dell'esercizio della farmacia privata sia riservata a persone fisiche o a società di persone, nonché alle società cooperative a responsabilità limitata che gestivano farmacie anteriormente alla data di entrata in vigore della legge. Nel caso di gestione societaria, il medesimo art. 7 stabilisce che la direzione della farmacia sia affidata

ad uno dei soci che ne è responsabile.

6. - Quanto alle modalità di gestione delle farmacie comunali, la normativa ha avuto nel corso del tempo una serie di modificazioni. In origine si è fatto ricorso allo strumento delle aziende speciali e delle gestioni in economia (come prevedeva il r.d. n. 2578 del 1925) ed in un secondo momento è stato introdotto lo strumento delle società di capitali a prevalente capitale pubblico (legge n. 142 del 1990). Al riguardo, il legislatore, dapprima ha previsto la possibilità di costituire società per azioni tra il Comune ed i farmacisti che prestassero servizio presso la farmacia di cui il Comune avesse acquisito la titolarità (art. 9 della legge n. 475 del 1968, come modificato dall'art. 10 della legge n. 362 del 1991) e successivamente, come sottolineato dal remittente, ha previsto la costituzione di società per azioni anche con prevalente capitale privato e senza predeterminazione legale dei soci (art. 116 del decreto legislativo n. 267 del 2000).

7. - Quanto al regime delle incompatibilità per l'attività del singolo farmacista privato, deve anzitutto rilevarsi che queste sono state poste dal legislatore al fine di salvaguardare l'interesse pubblico al corretto svolgimento del servizio farmaceutico ed in ultima analisi alla salvaguardia del bene salute.

Si tratta di norme che riguardano i settori della produzione, distribuzione ed intermediazione dei farmaci.

Carattere di divieto generale ha l'art. 102 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265 (Approvazione del testo unico delle leggi sanitarie), secondo il quale "L'esercizio della farmacia non può essere cumulato con quello di altre professioni o arti sanitarie".

Si riferisce invece più propriamente al settore della produzione l'art. 144 del medesimo testo unico, nel quale si legge che "è vietato il cumulo della direzione di una farmacia con la direzione di una officina, a meno che non si tratti di una officina già autorizzata di proprietà del farmacista e in diretta comunicazione con la farmacia".

Riguarda poi il settore della distribuzione un'altra norma dello stesso testo unico, quella di cui all'art. 171, secondo il quale "il farmacista che riceva per sé o per altri danaro o altra utilità ovvero ne accetti la promessa allo scopo di agevolare in qualsiasi modo la diffusione di specialità medicinali... a danno di altri prodotti dei quali abbia pure accettato la vendita è punito con l'arresto fino ad un anno e con l'ammenda da € 206,58 a € 516,46".

Ed occorre in proposito ricordare che per il singolo farmacista dipendente delle farmacie comunali, l'art. 372 del citato r.d. n. 1265 del 1934 prevede che ai farmacisti addetti a tali farmacie si applica quanto previsto per i sanitari condotti dal predetto testo unico delle leggi sanitarie, il quale, all'art. 78, stabilisce l'incompatibilità dell'ufficio di sanitario condotto con la professione di commerciante.

Concerne infine il settore dell'intermediazione l'art. 13 della legge n. 475 del 1968, secondo il quale "il titolare di una farmacia ed il direttore responsabile...non possono...esercitare la professione di propagandista di prodotti medicinali".

8. - Illuminante, nel descritto quadro normativo, appare il divieto di cui al citato art. 8 della legge n. 362 del 1991, secondo il quale la partecipazione a società di persone ed a società cooperative a responsabilità limitata, che siano titolari dell'esercizio di una farmacia privata, è incompatibile "con qualsiasi altra attività esplicata nel settore della produzione, distribuzione, intermediazione e informazione scientifica del farmaco". La formulazione usata, come è agevole osservare, risulta indicativa e comprensiva delle varie incompatibilità che sopra si sono enumerate e che riguardano i singoli farmacisti.

Di qui scaturisce chiara la *ratio* della norma: quella di rendere applicabile anche nei confronti

dei partecipanti alle società di persone o alle società cooperative a responsabilità limitata le incompatibilità previste per i farmacisti persone fisiche titolari o gestori di farmacie, incompatibilità che, come si è visto, sono disseminate in numerose disposizioni di legge.

In questa prospettiva, come si nota, l'utilizzo di una formula onnicomprensiva per le incompatibilità in questione, conferisce alla norma il valore di un principio generale applicabile a tutti i soggetti che, in forma singola o associata, siano titolari o gestori di farmacie.

9. - E deve pertanto riconoscersi che la mancata previsione per le farmacie comunali di un tale tipo di incompatibilità appare del tutto irragionevole, specie ove si consideri che il divieto in questione è stato posto dal legislatore proprio al fine di evitare eventuali conflitti di interesse, che possano ripercuotersi negativamente sullo svolgimento del servizio farmaceutico e, quindi, sul diritto alla salute.

Per tali ragioni, la norma censurata va dichiarata costituzionalmente illegittima nella parte in cui non prevede che la partecipazione a società di gestione di farmacie comunali è incompatibile con qualsiasi altra attività nel settore della produzione, distribuzione, intermediazione ed informazione scientifica del farmaco.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, comma 1, lett. *a*), della legge 8 novembre 1991, n. 362 (Norme di riordino del settore farmaceutico), nella parte in cui non prevede che la partecipazione a società di gestione di farmacie comunali è incompatibile con qualsiasi altra attività nel settore della produzione, distribuzione, intermediazione e informazione scientifica del farmaco.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, l'8 luglio 2003.

(All.2)

Circolare del Ministero della salute del 3 ottobre 2006, n. 3

Vendita di alcune tipologie di medicinali ad di fuori della farmacia:

«applicazione dell'articolo 5, commi 1, 2, 3, 3 bis e 4 del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248».

1. Introduzione

L'art. 5 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», entrato in vigore lo stesso 4 luglio, ha previsto la possibilità di vendita di alcuni tipi di medicinali al di fuori delle farmacie. Nel testo modificato dalla legge di conversione (4 agosto 2006, n. 248, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale 11 agosto 2006, n. 186, S.O., entrata in vigore il giorno dopo la sua pubblicazione), il predetto articolo così stabilisce, al comma 1:

«Gli esercizi commerciali di cui all'art. 4, comma 1, lettere d), e) e f), del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114, possono effettuare attività di vendita al pubblico dei farmaci da banco

o di automedicazione, di cui all'art. 9-bis del decreto legge 18 settembre 2001, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla legge 16 novembre 2001, n. 405, e di tutti i farmaci o prodotti non soggetti a prescrizione medica, previa comunicazione al Ministero della salute e alla regione in cui ha sede l'esercizio e secondo le modalita' previste dal presente articolo. E' abrogata ogni norma incompatibile.».

Gli esercizi commerciali di cui all'art. 4, comma 1, lettere d), e) e f), del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114, sono i seguenti:

- i. esercizi di vicinato: aventi superficie di vendita non superiore a 150 mq. nei comuni con popolazione residente inferiore a 10.000 abitanti e a 250 mq. nei comuni con popolazione residente superiore a 10.000 abitanti;
- ii. medie strutture di vendita: gli esercizi aventi superficie superiore ai limiti di cui al punto precedente e fino a 1.500 mq. nei comuni con popolazione residente inferiore a 10.000 abitanti e a 2.500 mq. nei comuni con popolazione residente superiore a 10.000 abitanti;
- iii. grandi strutture di vendita: gli esercizi aventi superficie superiore ai limiti di cui al punto precedente.

Il comma 2 dell'art. 5 del decreto legge n. 223/2006 (sempre nel testo finale, risultante dalla legge di conversione) stabilisce che:

«La vendita di cui al comma 1 e' consentita durante l'orario di apertura dell'esercizio commerciale e deve essere effettuata nell'ambito di un apposito reparto, alla presenza e con l'assistenza personale e diretta al cliente di uno o piu' farmacisti abilitati all'esercizio della professione ed iscritti al relativo ordine. Sono, comunque, vietati i concorsi, le operazioni a premio e le vendite sotto costo aventi ad oggetto farmaci.»

Il comma 3 del medesimo articolo prevede che:

«Ciascun distributore al dettaglio puo' determinare liberamente lo sconto sul prezzo indicato dal produttore o dal distributore sulla confezione del farmaco rientrante nelle categorie di cui al comma 1, purché lo sconto sia esposto in modo leggibile e chiaro al consumatore e sia praticato a tutti gli acquirenti.».

2. Prodotti che possono essere venduti negli esercizi diversi dalle farmacie

Possono essere venduti i medicinali industriali, non soggetti a prescrizione medica, comprendenti: medicinali da banco o di automedicazione e i restanti medicinali non soggetti a prescrizione medica menzionati agli articoli 87, comma 1, lettera e) e all'art. 96 del decreto legislativo 24 aprile 2006, n. 219, recante «attuazione della direttiva 2001/83/CE (e successive direttive di modifica) relativa ad un codice comunitario concernente i medicinali per uso umano, nonché della direttiva 2003/94/CE».

Al momento alcuni farmaci industriali vendibili senza obbligo di ricetta medica, sono inseriti per tutte le loro indicazioni terapeutiche (Narcan, Sodio cloruro 0,9%, Glicerina fenica, Argento proteinato 0,5%, Acqua PPI), o per alcune patologie (Tautux, Sicaflud, Salvituss, Levotuss, Danka) in fascia A e quindi dispensati in farmacia a carico del Servizio sanitario nazionale.

In attesa di una eventuale riclassificazione, si fa presente che anche tali farmaci possono essere venduti negli esercizi commerciali diversi dalle farmacie, ma non a carico del Servizio sanitario nazionale. Si ricorda, infatti, che le ricette del Servizio sanitario nazionale possono essere accettate esclusivamente dalle farmacie.

Poiché l'art. 5 del decreto legge n. 223/2006, come modificato dalla legge di conversione n.

248/2006, non fa esplicito riferimento ai soli medicinali per uso umano, e' da ritenere che anche i medicinali per uso veterinario che possono essere acquistati senza ricetta medica rientrano nell'ambito di tale previsione normativa.

Anche i prodotti omeopatici (che la normativa comunitaria ricomprende nella nozione di «medicinale»), come chiaramente precisato anche dal decreto legislativo n. 219/2006) possono essere venduti negli esercizi commerciali previsti dal predetto art. 5, quando sono classificati come medicinali vendibili senza presentazione di ricetta medica. Si fa presente, tuttavia, che al momento, in base ad una disciplina transitoria richiamata dall'art. 20 del predetto n. 219/2006, i medicinali omeopatici (per uso umano) vengono venduti in confezioni conformi a quelle esistenti sul mercato alla data del 6 giugno 1995 (si veda al riguardo l'art. 5 del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 185, come modificato dall'art. 2 della legge 8 ottobre 1997, n. 347, dall'art. 5 della legge 14 ottobre 1999, n. 362, dal comma 32 dell'art. 85 della legge 23 dicembre 2000, n. 388 e dal comma 12 dell'art. 52 della legge 27 dicembre 2002, n. 289).

Per questi prodotti in disciplina transitoria non si rinvencono elementi normativi sul regime di fornitura. Anche tali prodotti, peraltro, se venduti finora nelle farmacie senza ricetta (eventualmente in base a una dicitura sulla confezione apposta dal produttore sotto la propria responsabilità), possono essere venduti negli esercizi commerciali previsti dal predetto art. 5, essendo evidente che il decreto legge n. 223/2006 ha inteso consentire la vendita in esercizi diversi dalla farmacia, alle condizioni indicate nello stesso decreto, di tutti i medicinali finora acquistabili esclusivamente in farmacia senza prescrizione medica.

Si ricorda che per la provincia di Bolzano, e' fatta salva la vigente normativa in materia di bilinguismo e di uso della lingua italiana e tedesca per le etichette e gli stampati illustrativi delle specialita' medicinali (comma 3-bis del medesimo art. 5)

La possibilita' di vendita in esercizi diversi dalle farmacie non riguarda, invece, le preparazioni medicinali non industriali. Infatti il decreto-legge, non prevedendo specifiche deroghe alle norme vigenti, non consente ne' alcuna preparazione farmaceutica, ne' la vendita di "formule officinali" anche qualora siano preparate in una farmacia aperta al pubblico e, per composizione, risultino vendibili senza ricetta medica. Si ricorda a tal riguardo che, come stabilito dall'art. 3, comma 1, lettera b) del decreto legislativo 24 aprile 2006, n. 219, per «formule officinali» si intendono medicinali preparati in farmacia in base alle indicazioni della Farmacopea europea o delle Farmacopee nazionali e destinati ad essere forniti direttamente ai pazienti della medesima farmacia.

3. Presenza del farmacista

La presenza del farmacista deve essere garantita per tutto l'orario di apertura dell'esercizio commerciale. Anche se non e' tenuto a consegnare personalmente a tutti i clienti ogni singola confezione di medicinale, il farmacista e' obbligato ad una assistenza "attiva" al cliente, mediante consigli, ove richiesti, ma anche ove riscontri un'incertezza nel comportamento del cliente.

E' opportuno che il farmacista indossi il distintivo professionale adottato dalla Federazione nazionale degli ordini dei farmacisti che riporta il caduceo. In ogni caso il farmacista deve distinguersi chiaramente da eventuale altro personale che lavori nell'apposito spazio. E' opportuno che il titolare dell'esercizio commerciale comunichi all'ordine dei farmacisti territorialmente competente le generalita' del farmacista o dei farmacisti che svolgono le attivita' di cui all'art. 5, comma 2, del decreto-legge n. 223/2006, provvedendo in seguito agli eventuali,

necessari aggiornamenti della comunicazione inviata.

4. *Self service*

La norma contenuta nell'art. 9-bis del decreto legge 18 settembre 2001, n. 347, per la parte in cui stabilisce che «E' ammesso il libero e diretto accesso da parte dei cittadini ai medicinali di automedicazione in farmacia», deve intendersi operante anche negli esercizi commerciali previsti nell'art. 5. Pertanto, nell'apposito reparto, il farmaco puo' essere prelevato direttamente dal paziente, fermo restando l'obbligo per il farmacista di rispondere ad eventuali richieste da parte dei pazienti e di attivarsi nel caso risultasse opportuno il proprio intervento professionale.

5. Apposito reparto

Per «apposito reparto» deve intendersi uno spazio dedicato esclusivamente alla vendita e conservazione dei medicinali da banco o di automedicazione e di tutti i farmaci o prodotti non soggetti a prescrizione medica. Tale spazio dedicato puo' assumere forme diverse in base al tipo di esercizio commerciale in cui ha luogo la vendita. Puo' trattarsi di un apposito corner oppure di un singolo scaffale o anche di una parte di uno scaffale, purché gli spazi siano chiaramente separati in modo da escludere la commistione con altri tipi di prodotti.

6. Conservazione

Devono essere rispettate tutte le norme in vigore in materia di conservazione dei farmaci, sia nel locale di vendita che nell'eventuale magazzino annesso, ivi compresa la necessita' di stoccaggio separato da altri prodotti (anche nel caso in cui i medicinali debbano essere conservati in frigorifero). Nella conservazione dei medicinali, sia nel punto vendita che nell'eventuale magazzino annesso, e' obbligatorio attenersi alle condizioni di conservazione (indicazione di temperatura e condizioni ambientali) riportate in etichetta per ciascun farmaco. Ove necessario, in base alle condizioni ambientali, puo' essere opportuno prevedere la climatizzazione dell'intero esercizio commerciale.

Se sono richieste specifiche condizioni di temperatura, l'area di conservazione dei medicinali va equipaggiata, se necessario, con apparecchi idonei. Controlli adeguati assicurano che tutta l'area di conservazione pertinente e' mantenuta entro limiti di temperatura specificati.

Si ritiene opportuno evidenziare che, per l'eventuale allestimento di un magazzino-deposito posto all'esterno dell'esercizio commerciale, destinato alla conservazione dei medicinali prima dell'avvio alla struttura o alle strutture di vendita, e' necessaria l'autorizzazione alla distribuzione all'ingrosso prevista dall'art. 100 del decreto legislativo 24 aprile 2006, n. 219 (come modificato dal decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223).

7. Comunicazione di inizio attivita'

Come gia' ricordato, il decreto legge subordina l'inizio dell'attivita' di vendita dei farmaci non soggetti a prescrizione medica in esercizi commerciali diversi dalle farmacie a una preventiva comunicazione al Ministero della salute e alla Regione in cui ha sede l'esercizio.

Peraltro, tenuto conto che, a livello centrale, le attivita' di vendita dei medicinali interessano direttamente anche l'Agenzia italiana del farmaco, e' opportuno che la comunicazione inviata

al Ministero della salute, priva degli allegati, sia trasmessa anche a tale agenzia.

Poiché, inoltre, la vigilanza sulla vendita al pubblico negli esercizi commerciali, ai sensi della normativa sul commercio, e' di competenza dei comuni, appare necessario, al fine di consentire l'espletamento delle relative funzioni amministrative in materia di commercio, che la comunicazione di avvio dell'attività di vendita dei farmaci sia inviata per conoscenza anche al Comune dove ha sede l'esercizio.

Per evitare duplicazioni di attività, e' necessario che le modalità di invio della comunicazione prevista dall'art. 5 siano inquadrate nelle disposizioni sulla tracciabilità del farmaco.

8. Progetto tracciabilità del farmaco

Il decreto del Ministro della salute 15 luglio 2004 (Gazzetta Ufficiale n. 2, del 4 gennaio 2005) ha istituito presso l'Agenzia italiana del farmaco (AIFA) una banca dati centrale finalizzata a monitorare le confezioni dei medicinali all'interno del sistema distributivo (Progetto tracciabilità del farmaco).

Tale sistema di monitoraggio dei prodotti medicinali permetterà di localizzare in tempo reale la presenza di ogni singola confezione sul territorio nazionale e di tracciare i suoi percorsi nel sistema produttivo, distributivo e di smaltimento. L'utilizzo di questo sistema rafforza ed amplifica le misure di contrasto delle possibili frodi in danno della salute pubblica, del Servizio sanitario nazionale e dell'erario.

Il comma 1 dell'art. 3 del medesimo decreto prevede che a ciascuno dei soggetti di cui all'art. 5-bis del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 540, e successive modificazioni ed integrazioni, sia assegnato dal Ministero della salute un identificativo univoco da pubblicare sul sito internet del Ministero stesso.

Pertanto, i soggetti giuridici titolari di siti logistici in Italia, che effettuano la distribuzione finale di farmaci ai sensi dell'art. 5 del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, devono includere nella comunicazione di inizio attività i dati necessari all'assegnazione di detto identificativo univoco. Tale comunicazione, da effettuarsi utilizzando il facsimile disponibile sul sito internet del Ministero della salute (<http://www.ministerosalute.it>), nella sezione «Tracciabilità del farmaco», va inviata con raccomandata a/r al seguente indirizzo:

Ministero della salute — Progetto «Tracciabilità del farmaco» — Piazzale dell'Industria, 20 — 00144 Roma.

Si evidenzia la necessità di compilare tutti e tre gli allegati avendo cura di datare e firmare l'allegato 1 che costituisce la designazione della persona responsabile della comunicazione informatica.

Tutti coloro che hanno già inviato la comunicazione di inizio attività al Ministero della salute sono tenuti ad inviare una nuova comunicazione, secondo le modalità previste nella presente circolare, entro il 31 ottobre 2006.

Il responsabile della comunicazione designato, a seguito della registrazione nell'area riservata del Nuovo sistema informativo sanitario (NSIS) con le modalità disponibili sull'apposita sezione del sito internet del Ministero della salute, potrà provvedere, attraverso apposite funzioni web, all'inserimento dei dati riferiti ai siti logistici in modo da ottenere automaticamente l'identificativo univoco di ciascun sito logistico.

Sul sito internet del Ministero della salute saranno pubblicati quotidianamente gli identificativi univoci assegnati ai diversi siti logistici, al fine di renderli disponibili a tutti i soggetti interessati.

Tenuto conto che, come già detto, le attività di vendita dei medicinali interessano anche l'Agenzia italiana del farmaco, la comunicazione inviata al Ministero della salute, priva degli allegati, deve essere trasmessa anche al seguente indirizzo:

Agenzia italiana del farmaco — via della Sierra Nevada, 60 — 00144 Roma.

Con le stesse modalità, fatte salve eventuali istruzioni e richieste integrative diramate dalle regioni e dai comuni nell'ambito delle proprie competenze, tale comunicazione deve essere inviata anche alla regione e al comune in cui ha sede l'esercizio commerciale.

Ai fini del corretto funzionamento dell'intero sistema, è indispensabile comunicare tempestivamente, alle Autorità sopra indicate, ogni variazione intervenuta nei dati inviati, nonché la cessazione dell'attività di vendita. Anche il facsimile del modello di comunicazione della cessazione dell'attività è disponibile sul sito internet del Ministero della salute (<http://www.ministerosalute.it>), nella sezione «Tracciabilità del farmaco».

9. Insegna

Il legislatore non ha dato indicazioni sulle denominazioni che possono essere usate per individuare gli esercizi commerciali diversi dalle farmacie che vendono medicinali o il reparto «dedicato» all'interno dell'esercizio. In ogni caso non dovranno essere utilizzate denominazioni e simboli che possano indurre il cliente a ritenere che si tratti di una farmacia. Può essere consentito l'uso della denominazione «Parafarmacia», considerato che il termine è entrato nell'uso comune con riferimento ad esercizi diversi dalle farmacie in cui si vendono prodotti di interesse sanitario.

Non si ravvisano ostacoli all'utilizzazione nel punto di vendita del simbolo riportato nel bollo di riconoscimento per i medicinali non soggetti a prescrizione medica (decreto ministeriale 1° febbraio 2002, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 33, dell'8 febbraio 2002).

10. Pubblicità

Si ricorda che, ai sensi dell'art. 118 del decreto legislativo 24 aprile 2006, n. 219, nessuna pubblicità di medicinali presso il pubblico può essere effettuata senza autorizzazione del Ministero della salute. L'autorizzazione alla pubblicità di un medicinale di automedicazione può essere richiesta solo dal titolare dell'autorizzazione all'immissione in commercio; peraltro anche il titolare dell'esercizio commerciale è responsabile della pubblicità irregolare effettuata nel punto vendita (si ricorda che in base al comma 15 dell'art. 148 del decreto legislativo 24 aprile 2006, n. 219, chiunque effettua pubblicità presso il pubblico in violazione delle disposizioni del medesimo decreto legislativo è soggetto alla sanzione amministrativa da duecento euro a quindicimilaseicento euro)

11. Altri riferimenti normativi di interesse

La vendita di medicinali in esercizi commerciali diversi dalla farmacia comporta l'obbligo, per i titolari dei punti vendita e per i farmacisti che prestano la loro attività professionale nei medesimi, di rispettare la normativa vigente in materia di vendita al pubblico di medicinali. A questo riguardo si ritiene opportuno richiamare, innanzi tutto, l'attenzione sulle norme concernenti la farmacovigilanza, in particolare quanto previsto dall'art. 132 del decreto legislativo 24 aprile 2006, n. 219.

Si ritiene importante ricordare che l'art. 443 del codice penale stabilisce che chiunque detiene

per il commercio, pone in commercio o somministra medicinali guasti o imperfetti e' punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa non inferiore a lire duecentomila (valore oggi, ovviamente, da calcolare in euro). Sanzioni penali sono previste dal decreto legislativo n. 219/2006 per altri comportamenti di particolare gravita', quale ad esempio la vendita di medicinali privi di autorizzazione all'immissione in commercio.

Si ritiene opportuno sottolineare che il titolare dell'esercizio commerciale puo' acquistare i medicinali solo da soggetti autorizzati che siano regolarmente registrati nel sistema della tracciabilita' del farmaco e quindi in possesso dello specifico identificativo univoco. Questi ultimi, a loro volta, sono tenuti a rifornire gli esercizi commerciali che hanno regolarmente comunicato l'inizio dell'attivita' a questo Ministero ai sensi dell'art. 5 del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, essendo evidente l'intento del decreto legislativo n. 219/2006 (vedasi art. 105) di evitare che la non disponibilita' per il pubblico di un medicinale dipenda dalla mancata fornitura ai venditori al dettaglio.

12. Regime transitorio

Con riferimento al paragrafo della presente circolare concernente la Comunicazione di inizio attivita' - Progetto di tracciabilita' del farmaco, si fa presente quanto segue.

In sede di prima applicazione del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, i distributori autorizzati si sono trovati nella condizione di fornire i medicinali previsti dall'art. 5 del decreto legge citato, anche a titolari di esercizi commerciali diversi dalle farmacie sprovvisti dell'identificativo univoco che immette nel circuito della tracciabilita' del farmaco.

A partire dal 1° gennaio 2007, i distributori potranno vendere i medicinali menzionati dal predetto art. 5 solo agli esercizi commerciali che, avendo regolarizzato la loro posizione con il Ministero della salute, saranno provvisti dell'identificativo univoco.

Roma, 3 ottobre 2006

Il Ministro della salute: Turco

(All. 3)

Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza 8 maggio 2007 n. 2118 - Pres. Iannotta, Rel. Russo - R. D.B. (Avv.ti Duchi, Paoletti, Cavallaro) c. A.S.L. L'Aquila e Gestione liquidatoria A.S.L. L'Aquila Legge 549/95 (n. c.) e nei confronti Regione Abruzzo, Farmacia F. (n.c.) - Riforma sentenza TAR Abruzzo - L'Aquila n. 435/02.

(...*Omissis*)

DIRITTO

L'appello è infondato e va, pertanto, respinto.

L'appellante rivendica il riconoscimento del diritto all'indennità di residenza, prevista dall'art.115 del T.U.LL.SS. di cui al R.D. 27.7.1934, n.1265, nella sua pretesa qualità di titolare di farmacia rurale e si oppone, pertanto, agli atti impugnati con cui l'Azienda Unità locale sanitaria n.4 dell'Aquila ha negato tale diritto, chiedendo, altresì, la restituzione delle somme a tale titolo erogate (£. 4.860.000) per i periodi 1° e 2° semestre 1993 e 1° semestre 1994.

In proposito il TAR, dopo aver giustamente rilevato che l'indennità in argomento com-

pete ai titolari delle farmacie rurali ubicate in località con popolazione inferiore ai 3.000 abitanti, ovvero al farmacista direttore responsabile che sostituisca il titolare nei casi consentiti, nonché al farmacista che abbia la gestione provvisoria dell'esercizio (artt. 2 e 3 L. 8.3.1968, n.221 e art.1 L.R. 14.8.1981, n.28), ha correttamente chiarito che, quando la normativa discorre di titolare di farmacia, cui spetti l'indennità, intende riferirsi al farmacista iscritto all'albo relativo e che conduce in concreto l'esercizio farmaceutico (cfr. art.7, comma 7°, L.8.11.1991, n.362).

Nella specie, in tale condizione non versa la ricorrente, odierna appellante, la quale è subentrata, insieme ai di lei figli, nella titolarità della farmacia *jure successionis* dal proprio marito, deceduto nel 1992, e ha dovuto conferire incarico lavorativo ad un farmacista sostituto che ha assunto la responsabilità della gestione dell'esercizio e al quale, in tale veste, compete l'indennità di residenza, in quanto in concreto gestisce la farmacia, in cui è tenuto a garantire la sua presenza.

Contrariamente all'assunto dell'appellante, la gestione di una farmacia non può che essere curata da un soggetto in possesso del relativo diploma di laurea e della iscrizione al relativo albo.

Ciò trova conferma proprio nella norma invocata dall'appellante, vale a dire l'art. 12 della L. 2.4.1968, n. 475, il quale stabilisce che *"nel caso di morte del titolare gli eredi possono entro un anno effettuare il trapasso della titolarità della farmacia ...a favore di farmacista iscritto nell'albo professionale, che abbia conseguito la titolarità o che sia risultato idoneo in un precedente concorso. Durante tale periodo gli eredi hanno diritto di continuare l'esercizio in via provvisoria sotto la responsabilità di un direttore"*.

Né può sostenersi, come pure fa l'appellante, che l'indennità in questione spetti al direttore responsabile che sostituisce il titolare "nei casi consentiti" (ex art.3 L. n. 221/1968), che sarebbero solo e tassativamente quelli di cui all'art. 11 L. n. 475/1968 (che contempla la possibilità della sostituzione temporanea del titolare con altro farmacista iscritto all'Ordine nei casi d'infermità, gravi motivi di famiglia, gravidanza, parto e allattamento, adozione di minori e affidamento familiare, servizio militare, chiamata a pubbliche funzioni elettive, ferie), in quanto, come correttamente rilevato dal Tribunale, in base ad una lettura logico-sistematica delle varie disposizioni in materia, non può che concludersi nel senso che tra "i casi consentiti" di sostituzione rientra anche quello del farmacista che assume la direzione di una farmacia acquisita da altri *jure haereditatis*.

Per le ragioni che precedono l'appello va respinto, con conseguente conferma della sentenza impugnata.

Si ravvisano, tuttavia, giusti motivi per disporre la compensazione integrale tra le parti delle spese, competenze ed onorari del presente grado di giudizio.

P. Q. M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso indicato in epigrafe, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

(All. 4)

Corte dei Conti, Sez. regionale di controllo per la Regione Puglia, deliberazione 27 febbraio 2008 n. 3 - Pres. Grasso, Rel. Petrucci. Richiesta di parere formulata dal Sindaco del Comune di Bitonto.

(Omissis...)

La Sezione rileva che la richiesta di parere avente ad oggetto l'interpretazione e la concreta applicazione della recente normativa introdotta dall'art. 3 comma 27 e seguenti della L. 24/12/2007 n. 244 in materia di società partecipate da amministrazioni pubbliche possa inquadrarsi nella materia di contabilità pubblica rilevato che, come già evidenziato da questa Sezione nelle deliberazioni n. 99/2006 e n. 65/2007, sugli equilibri di bilancio degli Enti locali finiscono per incidere direttamente i risultati degli organismi partecipati spesso destinatari di cospicui trasferimenti dagli Enti e che possono anche produrre eventuali utili o dividendi in favore dell'Ente partecipante.

Inoltre, il risultato economico finale della gestione degli enti locali deve comprendere anche il risultato della gestione operativa che comprende i costi sostenuti ed i ricavi conseguiti dall'esercizio di attività esterne svolte attraverso aziende speciali o società partecipate.

Il quesito attiene, pertanto, alla materia della contabilità pubblica e presenta, inoltre, carattere generale ed astratto essendo rivolto all'interpretazione di specifica normativa.

Passando all'esame del quesito, il Sindaco richiede se la nuova disciplina introdotta dall'art. 3, commi 27-32, della L. 24/12/2007 n. 244, recante la legge finanziaria per l'esercizio 2008, debba essere interpretata nel senso che impedisca al Comune di assumere, ai sensi dell'art. 9, comma 1, lett. d) della L. 02/04/1968 n. 475 come sostituito dall'art. 10 della L. 08/11/1991 n. 362, la gestione delle farmacie di cui l'Ente abbia la titolarità mediante la costituzione di società di capitali.

L'art. 3, comma 27, della legge finanziaria per il 2008 così dispone: "al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza in tali società. E' sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza".

L'assunzione di nuove partecipazioni e il mantenimento delle attuali deve essere autorizzata, secondo il disposto del comma 28, dall'Organo Consiliare con delibera motivata che accerti la sussistenza dei presupposti di cui al comma 27.

La L. 244/2007 fissa, quindi, un termine di diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della legge entro il quale le amministrazioni pubbliche devono cedere a terzi le società e le partecipazioni vietate ai sensi del comma 27.

La novella legislativa in materia di società partecipate, tesa ad operare una riduzione del fenomeno della proliferazione di società pubbliche o miste considerato una delle cause dell'incremento della spesa pubblica degli enti locali, individua, pertanto, due tipologie di società partecipate espressamente consentite: società che svolgono attività strettamente necessarie alle finalità istituzionali degli Enti e società che producono servizi di interesse generale.

La richiesta di parere si incentra proprio sulla concreta qualificazione dell'attività di gestione delle farmacie comunali mediante l'utilizzo del modello societario previsto dal citato art. 9 della L. n. 475/1968 che consente ai comuni di ottenere, per metà, la titolarità delle farmacie che si rendono vacanti e di quelle di nuova istituzione a seguito di revisione della pianta organica.

La gestione di tali farmacie può avvenire in economia, a mezzo di aziende speciali o di consorzi tra comuni e mediante società di capitali.

La Sezione ritiene che l'attività di gestione delle farmacie comunali costituisca esercizio di un pubblico servizio trattandosi, in particolare, di un'attività rivolta a fini sociali, secondo il disposto dell'art. 112 del D. Lgs. 18/08/2000 n. 267 che consente agli Enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, di provvedere alla gestione dei servizi pubblici che abbiano ad oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali.

Il concreto inquadramento della farmacia comunale tra le società che perseguono finalità istituzionali dell'Ente o tra le società rivolte alla produzione di servizi di interesse generale è rimessa all'esclusiva valutazione dell'Organo Consiliare; tuttavia, ad avviso della Sezione, l'evidente connotazione delle farmacie comunali destinate a fornire un pubblico servizio in favore della collettività generale esclude che tale partecipazione possa ritenersi vietata.

PQM

Nelle su esposte considerazioni è il parere di questa Sezione Regionale di Controllo per la Puglia.

(All. 5)

Corte di Giustizia delle Comunità europee, Grande Sezione, sentenza 19 maggio 2009 nella causa C-531/06 - Ricorso per inadempimento della Commissione delle Comunità europee/Repubblica italiana. (Avvocato dello Stato G. Fiengo - AL 6524/07).

«Inadempimento di uno Stato – Libertà di stabilimento – Libera circolazione dei capitali – Artt. 43 CE e 56 CE – Sanità pubblica – Farmacie – Disposizioni che riservano ai soli farmacisti il diritto di gestire una farmacia – Giustificazione – Rifornimento di medicinali alla popolazione sicuro e di qualità – Indipendenza professionale dei farmacisti – Imprese di distribuzione di prodotti farmaceutici – Farmacie comunali»

(Omissis...)

41 Nel caso in esame si deve rilevare che la Commissione considera, nel suo ricorso, due fattispecie diverse che possono rientrare nell'ambito di applicazione della normativa nazionale di cui trattasi. Da un lato, la Commissione considera la situazione in cui tale normativa impedisce ai non farmacisti di detenere, in società di gestione di farmacie, partecipazioni rilevanti che conferiscano loro una sicura influenza sulle decisioni di queste ultime. Dall'altro, gli addebiti della Commissione riguardano la situazione in cui tale normativa impedisce ad investitori di altri Stati membri che non siano farmacisti di acquisire, in tali società, partecipazioni di minore rilevanza che non attribuiscono una tale influenza.

42 La normativa nazionale dev'essere pertanto esaminata alla luce sia dell'art. 43 CE sia dell'art. 56 CE.

– Sull'esistenza di restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione dei capitali

43 Con riferimento all'art. 43 CE, risulta da una costante giurisprudenza che tale disposizione osta a qualsiasi provvedimento nazionale che, anche se si applica senza discriminazioni in base alla cittadinanza, possa ostacolare o scoraggiare l'esercizio, da parte dei cittadini comunitari, della libertà di stabilimento garantita dal Trattato (v., in particolare, sentenze 31 marzo 1993, causa C-19/92, Kraus, Racc. pag. I-1663, punto 32, e 14 ottobre 2004, causa C-299/02, Commissione/Paesi Bassi, Racc. pag. I-9761, punto 15).

44 Costituisce in particolare una restrizione ai sensi dell'art. 43 CE una normativa che subordina lo stabilimento, nello Stato membro ospitante, di un operatore economico di un altro Stato membro al rilascio di un'autorizzazione preventiva e che riserva l'esercizio di un'attività autonoma a taluni operatori economici che rispondono a esigenze predeterminate al cui rispetto è subordinato il rilascio di questa autorizzazione. Una siffatta normativa scoraggia, se non addirittura ostacola, operatori economici di altri Stati membri nell'esercizio, nello Stato membro ospitante, delle loro attività tramite un istituto di cura stabile (v., in tal senso, sentenza Hartlauer, cit., punti 34, 35 e 38).

45 La norma di esclusione dei non farmacisti costituisce una siffatta restrizione poiché riserva la gestione delle farmacie ai soli farmacisti, impedendo agli altri operatori economici di accedere a questa attività autonoma nello Stato membro interessato.

46 Riguardo all'art. 56 CE, si deve ricordare che devono essere qualificate come restrizioni, ai sensi del n. 1 di tale articolo, misure nazionali idonee a impedire o a limitare l'acquisizione di partecipazioni nelle imprese interessate o che possano dissuadere gli investitori degli altri Stati membri dall'investire nel capitale di queste ultime (v. sentenze 23 ottobre 2007, causa C-112/05, Commissione/Germania, Racc. pag. I-8995, punto 19, e 6 dicembre 2007, cause riunite C-463/04 e C-464/04, Federconsumatori e a., Racc. pag. I-10419, punto 21).

47 Nel caso di specie la normativa nazionale prevede che i soci di società di gestione di farmacie possano essere soltanto farmacisti. Tale normativa impedisce pertanto agli investitori di altri Stati membri che non sono farmacisti di acquisire partecipazioni in questo tipo di società.

48 Di conseguenza questa normativa introduce restrizioni ai sensi degli artt. 43 CE e 56, n. 1, CE.

– Sulla giustificazione delle restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione dei capitali

49 Le restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione dei capitali, che siano applicabili senza discriminazioni basate sulla nazionalità, possono essere giustificate da motivi imperativi di interesse pubblico, a condizione che siano atte a garantire la realizzazione dello scopo perseguito e non vadano oltre quanto necessario al raggiungimento di tale scopo (v. sentenze 25 gennaio 2007, causa C-370/05, Festersen, Racc. pag. I-1129, punto 26, e Hartlauer, cit., punto 44).

50 Nella fattispecie si deve constatare, in primo luogo, che la normativa nazionale si applica senza discriminazioni basate sulla nazionalità.

51 In secondo luogo, la tutela della sanità pubblica figura tra i motivi imperativi di interesse pubblico che possono giustificare restrizioni alle libertà di circolazione garantite dal Trattato quali la libertà di stabilimento (v., in particolare, sentenza Hartlauer, cit., punto 46) e la libera

circolazione dei capitali.

52 Più precisamente, restrizioni a dette libertà di circolazione possono essere giustificate dallo scopo di garantire un rifornimento di medicinali alla popolazione sicuro e di qualità (v., in tal senso, citate sentenze *Deutscher Apothekerverband*, punto 106, e 11 settembre 2008, Commissione/Germania, punto 47).

53 Si deve esaminare, in terzo luogo, se la disposizione di esclusione dei non farmacisti sia adeguata ad assicurare tale scopo.

54 Al riguardo occorre che, qualora sussistano incertezze circa l'esistenza o l'entità dei rischi per la salute delle persone, lo Stato membro possa adottare misure di tutela senza dover aspettare che la concretezza di tali rischi sia pienamente dimostrata. Inoltre lo Stato membro può adottare misure che riducano, per quanto possibile, il rischio per la sanità pubblica (v., in tal senso, sentenza 5 giugno 2007, causa C-170/04, *Rosengren e a.*, Racc. pag. I-4071, punto 49), compreso, più precisamente, il rischio per il rifornimento di medicinali alla popolazione sicuro e di qualità.

55 In tale contesto si deve sottolineare il carattere molto particolare dei medicinali, che si distinguono sostanzialmente dalle altre merci per i loro effetti terapeutici (v., in tal senso, sentenza 21 marzo 1991, causa C-369/88, *Delattre*, Racc. pag. I-1487, punto 54).

56 In ragione di tali effetti terapeutici, i medicinali possono nuocere gravemente alla salute se assunti senza necessità o in modo sbagliato, senza che il paziente possa esserne consapevole al momento della loro somministrazione.

57 Un consumo eccessivo o un uso sbagliato di medicinali comporta inoltre uno spreco di risorse finanziarie, tanto più grave se si considera che il settore farmaceutico genera costi considerevoli e deve rispondere a bisogni crescenti, mentre le risorse finanziarie che possono essere destinate alla sanità, qualunque sia il modo di finanziamento utilizzato, non sono illimitate (v., per analogia, riguardo alle cure ospedaliere, sentenze 13 maggio 2003, causa C-385/99, *Müller-Fauré e van Riet*, Racc. pag. I-4509, punto 80, nonché *Watts*, cit., punto 109). Al riguardo si deve rilevare che esiste un nesso diretto tra tali risorse finanziarie e gli utili di operatori economici attivi nel settore farmaceutico poiché la prescrizione di medicinali è presa in carico, nella maggior parte degli Stati membri, dagli organismi di assicurazione malattia interessati.

58 Con riguardo a tali rischi per la sanità pubblica e per l'equilibrio finanziario dei sistemi di sicurezza sociale, gli Stati membri possono sottoporre le persone che si occupano della distribuzione dei medicinali al dettaglio a condizioni severe, con riferimento in particolare alle modalità di commercializzazione di questi ultimi e alla finalità di lucro. In particolare, essi possono riservare la vendita di medicinali al dettaglio, in linea di principio, ai soli farmacisti, in considerazione delle garanzie che questi ultimi devono offrire e delle informazioni che essi devono essere in grado di dare al consumatore (v., in tal senso, sentenza *Delattre*, cit., punto 56).

59 Al riguardo, e tenuto conto della facoltà riconosciuta agli Stati membri di decidere il grado di tutela della sanità pubblica, si deve ammettere che questi ultimi possano esigere che i medicinali vengano distribuiti da farmacisti che godano di un'effettiva indipendenza professionale. Essi possono altresì adottare misure idonee ad eliminare o ridurre il rischio che tale indipendenza sia compromessa, dal momento che ciò potrebbe pregiudicare il livello di sicurezza e la qualità del rifornimento di medicinali alla popolazione.

60 In tale contesto si devono distinguere tre categorie di potenziali gestori di farmacia, vale a dire la categoria delle persone fisiche che rivestono la qualità di farmacisti, quella delle

persone operanti nel settore dei prodotti farmaceutici quali produttori o grossisti, e quella delle persone che non hanno la qualità di farmacisti né svolgono un'attività in detto settore.

61 Riguardo al gestore che possiede la qualità di farmacista, non si può negare che esso persegua, come altre persone, una finalità di lucro. Tuttavia, in quanto farmacista di professione, si ritiene che quest'ultimo gestisca la farmacia in base non ad un obiettivo meramente economico, ma altresì in un'ottica professionale. Il suo interesse privato, connesso alla finalità di lucro, viene quindi temperato dalla sua formazione, dalla sua esperienza professionale e dalla responsabilità ad esso incombente, considerato che un'eventuale violazione delle disposizioni normative o deontologiche comprometterebbe non soltanto il valore del suo investimento, ma altresì la propria vita professionale.

62 A differenza dei farmacisti, i non farmacisti non hanno, per definizione, una formazione, un'esperienza e una responsabilità equivalenti a quelle dei farmacisti. Pertanto si deve constatare che essi non forniscono le stesse garanzie fornite dai farmacisti.

63 Di conseguenza uno Stato membro può ritenere, nell'ambito del suo margine di discrezionalità richiamato al punto 36 della presente sentenza, che la gestione di una farmacia da parte di un non farmacista, a differenza della gestione affidata ad un farmacista, possa rappresentare un rischio per la sanità pubblica, in particolare per la sicurezza e la qualità della distribuzione dei medicinali al dettaglio, poiché la finalità di lucro, nell'ambito di una siffatta gestione, non incontra elementi temperanti quali quelli, ricordati al punto 61 della presente sentenza, che caratterizzano l'attività dei farmacisti (v., per analogia, riguardo alla prestazione di servizi di assistenza sociale, sentenza 17 giugno 1997, causa C-70/95, Sodemare e a., Racc. pag. I-3395, punto 32).

64 Uno Stato membro può pertanto, in particolare, nell'ambito di detto margine di discrezionalità, valutare se un tale rischio esista con riferimento ai produttori e ai commercianti all'ingrosso di prodotti farmaceutici, per il motivo che questi ultimi potrebbero pregiudicare l'indipendenza dei farmacisti stipendiati incitandoli a promuovere i medicinali da essi stessi prodotti o commercializzati. Del pari, uno Stato membro può valutare il rischio che i gestori non farmacisti compromettano l'indipendenza dei farmacisti stipendiati, incitandoli a smerciare medicinali il cui stoccaggio non sia più redditizio, o procedano a riduzioni di spese di funzionamento che possono incidere sulle modalità di distribuzione al dettaglio dei medicinali.

65 In subordine, la Commissione sostiene che, nel caso di specie, la disposizione di esclusione dei non farmacisti non può essere giustificata dall'interesse pubblico, per l'incoerenza del modo in cui tale obiettivo è perseguito.

66 Al riguardo, risulta dalla giurisprudenza della Corte che una normativa nazionale è idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo addotto solo se risponde realmente all'intento di raggiungerlo in modo coerente e sistematico (v. sentenze 6 marzo 2007, cause riunite C-338/04, C-359/04 e C-360/04, Placanica e a., Racc. pag. I-1891, punti 53 e 58; 17 luglio 2008, causa C-500/06, Corporación Dermoestética, non ancora pubblicata nella Raccolta, punti 39 e 40, nonché Hartlauer, cit., punto 55).

67 In questo contesto si deve rilevare che la normativa nazionale non esclude in modo assoluto la gestione di farmacie da parte di soggetti non farmacisti.

68 Infatti l'art. 7, nn. 9 e 10, della legge n. 362/1991 prevede, eccezionalmente, che gli eredi di un farmacista che non possiedono essi stessi la qualità di farmacisti possano gestire la farmacia ereditata per un periodo di uno, tre o dieci anni secondo la situazione personale degli eredi.

69 Tuttavia la Commissione non ha dimostrato che tale eccezione renderebbe la normativa nazionale incoerente.

70 Anzitutto, quest'ultima si rivela giustificata riguardo alla tutela dei diritti e degli interessi patrimoniali legittimi dei familiari del farmacista deceduto. Al riguardo si deve constatare che gli Stati membri possono considerare che gli interessi degli eredi di un farmacista non siano tali da rimettere in discussione le esigenze e le garanzie derivanti dai loro rispettivi ordinamenti giuridici, cui i gestori che hanno la qualità di farmacisti devono rispondere. In tale contesto si deve soprattutto prendere in considerazione la circostanza che la farmacia ereditata deve essere gestita, per tutto il periodo transitorio, sotto la responsabilità di un farmacista laureato. Pertanto, gli eredi non possono, in tale concreto contesto, essere assimilati ad altri gestori che non possiedono la qualità di farmacisti.

71 Si deve inoltre rilevare che detta eccezione ha soltanto effetti temporanei. Infatti gli eredi devono effettuare, di regola, il trasferimento dei diritti di gestione della farmacia ad un farmacista nel termine di un solo anno. Soltanto nel caso di una partecipazione ad una società di gestione di una farmacia costituita da farmacisti gli aventi diritto dispongono di un termine più lungo per la sua cessione, poiché quest'ultimo è di tre anni a decorrere dall'acquisto di tale partecipazione.

72 Tali eccezioni sono quindi volte a consentire agli aventi diritto di cedere la farmacia ad un farmacista entro un termine che non risulta irragionevole.

73 Infine, anche se l'art. 7, nn. 9 e 10, della legge n. 362/1991 consente ad alcuni eredi un termine di dieci anni per la cessione della farmacia, termine che potrebbe rivelarsi irragionevole, si deve rilevare che, tenuto conto del suo campo di applicazione particolarmente ristretto, limitato al caso in cui l'avente causa sia il coniuge ovvero l'erede in linea retta entro il secondo grado del farmacista deceduto e al fatto che tale avente causa deve iscriversi, entro un anno dalla data di acquisizione della farmacia, ad una facoltà di farmacia in qualità di studente, tale disposizione non potrebbe essere sufficiente a concludere che la normativa nazionale in parola è incoerente.

74 La Commissione non ha neppure dimostrato che la normativa nazionale è incoerente nel consentire a taluni non farmacisti di gestire farmacie comunali, dal momento che prevede la possibilità per i comuni di costituire, per la gestione di queste farmacie, società per azioni i cui soci non sono necessariamente farmacisti.

75 Anzitutto, non vi sono elementi agli atti che permettano di affermare che i comuni, che beneficiano dello statuto di detentori di prerogative di potere pubblico, rischiano di lasciarsi guidare da uno scopo commerciale particolare e di gestire farmacie comunali a scapito delle esigenze della sanità pubblica.

76 Inoltre la Commissione non ha contestato gli elementi, sottoposti alla Corte dalla Repubblica italiana, volti a dimostrare che i comuni hanno estesi poteri di controllo sulle società incaricate della gestione delle farmacie comunali e che tali poteri permettono loro di salvaguardare il perseguimento dell'interesse pubblico.

77 Secondo queste indicazioni, il comune interessato resta titolare di tali farmacie, definisce le modalità concrete della gestione in esse del servizio farmaceutico e bandisce una gara di appalto per scegliere il socio della società incaricata della gestione della farmacia, fermo restando che le disposizioni dirette ad assicurare il rispetto di tali modalità sono inserite sia nel bando di gara di appalto, sia negli strumenti contrattuali che disciplinano i rapporti giuridici tra il comune e la società interessata.

78 Risulta inoltre dalle indicazioni non contestate della Repubblica italiana che il comune

conserva la competenza a designare uno o più amministratori e revisori contabili della società incaricata della gestione della farmacia comunale e partecipa così all'elaborazione delle decisioni e al controllo interno delle attività di quest'ultima. Le persone in tal modo designate hanno il potere di controllare che detta farmacia comunale persegua sistematicamente l'interesse pubblico e di evitare che l'indipendenza professionale dei farmacisti stipendiati venga compromessa.

79 Infine, secondo queste stesse indicazioni, il comune interessato non rimane privato della possibilità di modificare o sciogliere il rapporto giuridico con la società incaricata della gestione della farmacia comunale al fine di realizzare una politica commerciale che ottimizzi il perseguimento dell'interesse pubblico.

80 Di conseguenza, in assenza di elementi di prova sufficienti da parte della Commissione, la normativa nazionale riguardante le farmacie comunali non può essere considerata incoerente.

81 Tenuto conto di quanto precede, si deve constatare che la normativa oggetto dell'invalidazione contestata è atta a garantire la realizzazione dell'obiettivo volto ad assicurare un rifornimento di medicinali alla popolazione sicuro e di qualità e, pertanto, la tutela della sanità pubblica.

82 In quarto luogo, si deve esaminare se le restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione dei capitali vadano oltre quanto necessario al fine di raggiungere detto obiettivo, vale a dire se non esistano misure meno restrittive delle libertà garantite dagli artt. 43 CE e 56 CE che consentano di raggiungerlo in modo altrettanto efficace.

83 Al riguardo la Commissione sostiene che detto obiettivo potrebbe essere raggiunto da misure meno restrittive, quali l'obbligo di presenza di un farmacista nella farmacia, l'obbligo di stipulare un'assicurazione o un sistema di controlli adeguati e di sanzioni efficaci.

84 Tuttavia, tenuto conto del margine di discrezionalità lasciato agli Stati membri, ricordato al punto 36 della presente sentenza, uno Stato membro può ritenere sussistente il rischio che le disposizioni normative dirette a garantire l'indipendenza professionale dei farmacisti non vengano in realtà osservate, tenuto conto che l'interesse di un non farmacista alla realizzazione di utili non sarebbe temperato come quello dei farmacisti indipendenti e che la subordinazione dei farmacisti, quali dipendenti stipendiati, ad un gestore potrebbe rendere difficile per essi opporsi alle istruzioni fornite da quest'ultimo.

85 Orbene, la Commissione non ha presentato, al di fuori di considerazioni generali, alcun elemento atto a dimostrare quale sia il sistema concreto idoneo a garantire, con la stessa efficacia della disposizione preventiva di esclusione dei non farmacisti, che dette disposizioni normative vengano effettivamente osservate nonostante le considerazioni enunciate al punto precedente della presente sentenza.

86 Inoltre, contrariamente a quanto sostiene la Commissione, i rischi per l'indipendenza della professione di farmacista non possono neppure essere esclusi, con la stessa efficacia, attraverso l'imposizione dell'obbligo di stipulare un'assicurazione, quale l'assicurazione della responsabilità civile per fatto altrui. Infatti, anche se tale misura potrebbe permettere al paziente di ottenere un risarcimento finanziario per il danno da esso eventualmente subito, essa interviene a posteriori e sarebbe meno efficace rispetto a detta disposizione nel senso che non impedirebbe in alcun modo al gestore interessato di esercitare un'influenza sui farmacisti stipendiati.

87 Pertanto, non è accertato che una misura meno restrittiva delle libertà garantite dagli artt. 43 CE e 56 CE, diversa dalla disposizione di esclusione dei non farmacisti, permetterebbe

di garantire, in modo altrettanto efficace, il livello di sicurezza e di qualità di rifornimento di medicinali alla popolazione che risulta dall'applicazione di tale disposizione.

88 Di conseguenza, la normativa nazionale risulta idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo da essa perseguito e non va oltre quanto necessario per raggiungerlo. Pertanto si deve ammettere che le restrizioni derivanti da tale normativa possono essere giustificate da questo obiettivo.

89 Tale conclusione non è rimessa in discussione dalla sentenza 21 aprile 2005, causa C-140/03, Commissione/Grecia (Racc. pag. I-3177), richiamata dalla Commissione, nella quale la Corte ha dichiarato che la Repubblica ellenica non ha adempiuto agli obblighi ad essa incombenti, ai sensi degli artt. 43 CE e 48 CE, adottando e mantenendo in vigore disposizioni nazionali che subordinano la possibilità per una persona giuridica di aprire un negozio di ottica, in particolare, alla condizione che l'autorizzazione ad aprire e gestire il negozio di ottica sia rilasciata a nome di un ottico autorizzato, persona fisica, e che la persona titolare dell'autorizzazione a gestire il negozio partecipi per almeno il 50% al capitale sociale, nonché ai profitti e alle perdite.

90 Tenuto conto del carattere particolare dei prodotti medicinali nonché del loro mercato, e allo stato attuale del diritto comunitario, le considerazioni della Corte nella citata sentenza Commissione/Grecia non sono trasponibili nel settore della distribuzione di medicinali al dettaglio. Infatti, a differenza dei prodotti ottici, i medicinali prescritti o utilizzati per ragioni terapeutiche possono, malgrado tutto, rivelarsi gravemente nocivi per la salute se assunti senza necessità o in modo sbagliato, senza che il paziente possa esserne consapevole al momento della loro somministrazione. Inoltre, una vendita di medicinali che non sia giustificata dal punto di vista medico comporta uno spreco di risorse pubbliche finanziarie non comparabile a quello risultante da vendite ingiustificate di prodotti ottici.

91 Alla luce di quanto precede, il primo motivo del ricorso deve essere respinto in quanto infondato.

Sul secondo motivo

Argomenti delle parti

92 Con il secondo motivo la Commissione sostiene che il regime delle farmacie comunali viola gli artt. 43 CE e 56 CE. È vero che, da un lato, tale regime consentirebbe a soggetti non farmacisti di gestire, a talune condizioni, farmacie comunali, dal momento che prevede la possibilità di costituire, per la loro gestione, società per azioni i cui soci non sono necessariamente farmacisti. Tuttavia, dall'altro, la normativa nazionale impedirebbe alle imprese di distribuzione di prodotti farmaceutici di acquisire partecipazioni in queste società, laddove una siffatta restrizione non può in alcun modo essere giustificata dagli obiettivi connessi alla tutela della sanità pubblica.

93 Infatti, in primo luogo, una normativa del genere non sarebbe adeguata al raggiungimento di tali obiettivi. Da un lato, essa si fonderebbe su un'errata presunzione secondo la quale un'impresa di distribuzione sarebbe maggiormente indotta, nella gestione di una farmacia comunale, a privilegiare il proprio interesse personale a scapito dell'interesse pubblico rispetto a persone non operanti nel settore della distribuzione farmaceutica.

94 Dall'altro lato, detta normativa sarebbe incoerente, in quanto ammette deroghe di considerevole portata. In particolare, una persona potrebbe associarsi ad un'impresa di distribuzione e, ciò nonostante, gestire una farmacia comunale, a condizione che non occupi in quest'impresa una posizione cui siano connessi poteri di decisione e controllo.

95 In secondo luogo, il divieto per le imprese di distribuzione di acquisire una partecipa-

zione nelle farmacie comunali non sarebbe necessario, poiché l'obiettivo invocato potrebbe essere raggiunto con altre misure meno restrittive, quali l'obbligo di presenza di un farmacista nella farmacia, l'obbligo di stipulare un'assicurazione o la realizzazione di un sistema di controlli adeguati e di sanzioni efficaci.

96 La Repubblica italiana controbatte rilevando che il secondo motivo sarebbe privo di fondamento, in quanto il decreto Bersani avrebbe soppresso il divieto per le imprese di distribuzione di acquisire partecipazioni nelle farmacie comunali.

97 In ogni caso, un siffatto divieto non violerebbe l'art. 43 CE, in quanto potrebbe essere giustificato dall'interesse pubblico di tutela della sanità pubblica. Tale divieto si applicherebbe indiscriminatamente e sarebbe diretto, infatti, ad impedire alle imprese di distribuzione di promuovere, tramite le farmacie comunali, i medicinali da esse commercializzati. Orbene, altre misure meno vincolanti non raggiungerebbero questo obiettivo di interesse pubblico con la stessa efficacia.

Giudizio della Corte

98 Riguardo, anzitutto, all'argomento della Repubblica italiana relativo all'adozione del decreto Bersani, si deve ricordare che, secondo una giurisprudenza costante, l'esistenza di un inadempimento dev'essere valutata in relazione alla situazione dello Stato membro quale si presentava alla scadenza del termine stabilito nel parere motivato e che i mutamenti intervenuti in seguito non possono essere presi in considerazione dalla Corte (v., in particolare, sentenze 30 gennaio 2002, causa C-103/00, Commissione/Grecia, Racc. pag. I-1147, punto 23, e 17 gennaio 2008, causa C-152/05, Commissione/Germania, Racc. pag. I-39, punto 15).

99 Nel caso di specie è pacifico che, alla data di scadenza del termine stabilito nel parere motivato, la normativa nazionale non consentiva alle imprese di distribuzione di acquisire una partecipazione nelle società di gestione delle farmacie comunali, in quanto il decreto Bersani è stato adottato solo dopo tale data.

100 Si deve inoltre constatare che la normativa nazionale, considerata la giurisprudenza citata ai punti 43 e 46 della presente sentenza, comporta restrizioni ai sensi degli artt. 43 CE e 56 CE. Infatti essa impedisce a taluni operatori economici, ossia quelli che esercitano un'attività di distribuzione di prodotti farmaceutici, di svolgere contemporaneamente un'attività nell'ambito di farmacie comunali. Del pari, una tale normativa impedisce ad investitori provenienti da Stati membri diversi dalla Repubblica italiana, costituiti da imprese di distribuzione, di acquisire partecipazioni in determinate società, vale a dire quelle cui è stata affidata la gestione di farmacie comunali.

101 Con riferimento all'eventuale giustificazione di tali restrizioni, si deve anzitutto rilevare che la normativa nazionale si applica senza discriminazioni relative alla nazionalità e che essa persegue l'obiettivo di assicurare un rifornimento di medicinali alla popolazione sicuro e di qualità.

102 Inoltre questa normativa è idonea a garantire la realizzazione di tale obiettivo. In primo luogo, come risulta dai punti 62-64 della presente sentenza, uno Stato membro può considerare che le imprese di distribuzione sono in grado di esercitare una certa pressione sui farmacisti stipendiati allo scopo di privilegiare l'interesse consistente nella realizzazione di utili.

103 In secondo luogo, tenuto conto delle considerazioni enunciate in questi stessi punti della presente sentenza, lo Stato membro interessato può ritenere, nell'ambito del suo margine di discrezionalità, che i poteri di controllo dei comuni sulle società cui è affidata la gestione delle farmacie comunali non siano adeguati ad evitare l'influenza delle imprese di distribuzione sui farmacisti stipendiati.

104 In terzo luogo, si deve rilevare che la Commissione non ha fornito elementi concreti e precisi in base ai quali la Corte potrebbe concludere che la normativa indicata nel secondo motivo è incoerente rispetto ad altre disposizioni nazionali, come quella che consente ad una persona di associarsi ad un'impresa di distribuzione nonché ad una società cui è affidata la gestione di una farmacia comunale, a condizione che essa non occupi nella prima impresa una posizione cui siano connessi poteri di decisione e di controllo.

105 Infine, riguardo al carattere necessario della normativa nazionale, si deve constatare che, come enunciato ai punti 84-86 della presente sentenza, uno Stato membro può considerare esistente il rischio che disposizioni normative dirette a garantire l'indipendenza professionale dei farmacisti possano, nella pratica, essere violate o eluse. Del pari, i rischi per la sicurezza e la qualità del rifornimento di medicinali alla popolazione non possono essere esclusi, con la stessa efficacia, attraverso l'imposizione dell'obbligo di stipulare un'assicurazione, in quanto un siffatto strumento non impedirebbe necessariamente al gestore interessato di esercitare un'influenza sui farmacisti stipendiati.

(...*Omissis*)

(*All. 6*)

Corte di Giustizia delle Comunità europee, conclusioni dell'Avvocato Generale M. Poiares Maduro presentate il 30 settembre 2009 (1) nelle cause riunite C-570/07 e C-571/07 - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Spagna) - Ricorrenti José Manuel Blanco Pérez e María del Pilar Chao Gómez - (Avvocato dello Stato G. Fiengo - AL 16694/08).

1. Non è nuovo il timore che i farmacisti in cerca di guadagni possano compromettere i loro obblighi professionali. È un problema che risale almeno ai tempi di Romeo e Giulietta di Shakespeare, quando Romeo convinceva un «povero diavolo» di speziale a vendergli il veleno con questi versi:

*«Sulle tue guance si legge la fame,
negli occhi t'agonizza la miseria
ed il bisogno; porti appesi al collo
visibilmente il disprezzo del prossimo
e la più misera pezzenteria;
il mondo non t'è amico,
né ti fu mai amica la sua legge;
il mondo non ha legge
che faccia ricco uno come te.
Allora, perché vuoi restare povero?
Infrangila, la legge, e prendi questo!» (2).*

1 – Lingua originale: l'inglese.

2 – William Shakespeare, Romeo e Giulietta, atto V, scena prima.

2. Per riprendere i versi di Shakespeare, potremmo dire che il nodo della presente controversia è in che misura per garantire la qualità dei servizi farmaceutici si debba prevedere l'arricchimento di alcuni farmacisti. Le autorità asturiane, nonché quelle di altri Stati membri con normative analoghe, giustificano infatti le proprie regole che limitano l'apertura di nuove farmacie essenzialmente con la necessità di salvaguardare i giusti incentivi economici affinché la fornitura di servizi farmaceutici avvenga nella maniera più ampia e migliore possibile. A loro avviso, ciò richiede, da un lato, una protezione delle farmacie esistenti dai «pericoli» della concorrenza e, dall'altro, uno stimolo per i farmacisti a orientarsi verso zone meno redditizie, ottenuto limitando l'accesso a quelle più redditizie. Non dubito che le condizioni economiche in cui viene fornito un servizio possano influire sulla fornitura del servizio stesso. Gli Stati possono legittimamente fondare le proprie normative su tali preoccupazioni laddove esse siano strumentali al perseguimento di un fine pubblico come quello della tutela della salute pubblica. Per contro, gli Stati non possono limitarsi semplicemente a invocare tale nesso eventuale per giustificare qualsiasi regime. Le leggi che concedono vantaggi economici speciali ad alcuni operatori economici rispetto ad altri devono essere sottoposte a un'accurata verifica. La questione di cui si discute nel caso di specie non si presta ad una soluzione semplice. Da un lato, la tutela della salute umana è di primaria importanza e la Corte è tenuta a rispettare le decisioni degli Stati membri in questo complesso settore. Dall'altro, è compito di codesto giudice porre rimedio a situazioni in cui le attività politiche locali siano state indotte a fornire vantaggi economici a determinati cittadini a discapito, tra l'altro, di cittadini di altri Stati membri. A tale compito non è possibile rinunciare solo perché una controversia solleva questioni di salute pubblica. Invero, la necessità dell'intervento di un arbitro imparziale è maggiore laddove gli interessi in gioco riguardano non solo un vantaggio economico, ma anche la salute umana. Conseguentemente, in risposta alle questioni sottoposte nella fattispecie, cercherò di ponderare gli interessi contrapposti sia adeguandomi alle valutazioni politiche degli Stati membri, sia esaminandone attentamente le modalità di attuazione, alla ricerca di eventuali segnali di uno sviamento politico alla luce dei requisiti di unità e coerenza sviluppati nella giurisprudenza della Corte relativamente alla normativa nazionale che ostacola la libera circolazione.

I – Contesto fattuale e giuridico

3. I ricorrenti nelle presenti cause sono entrambi cittadini spagnoli, farmacisti laureati ma non autorizzati ad aprire una farmacia e con un'esperienza pluriennale di esercizio della professione presso farmacie veterinarie. Poiché intendono gestire una farmacia propria, essi chiedono alla Comunità autonoma delle Asturie, in Spagna, l'autorizzazione per aprire una nuova farmacia. L'autorizzazione viene loro negata con decisione del Ministero della salute e dei servizi sanitari del Principato delle Asturie, adottata in data 14 giugno 2002. Detta decisione è stata confermata dal Consiglio di governo delle Asturie il 10 ottobre 2002. I ricorrenti hanno impugnato la suddetta decisione dinanzi al Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

4. Le decisioni delle autorità asturiane si basano sul decreto 19 luglio 2001, n. 72/01 che disciplina le farmacie e i servizi farmaceutici nel Principato delle Asturie e che istituisce un regime di autorizzazioni che comprende alcune restrizioni all'apertura di farmacie nella suddetta Comunità autonoma, nonché un regime che regola la concessione di licenze mediante concorso. I ricorrenti sostengono che questo decreto violi il loro diritto alla libertà di stabilimento sancito dall'art. 43 CE. Visti i dubbi sulla legittimità del decreto ai sensi del diritto

comunitario, il giudice nazionale ha sottoposto le due seguenti questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia:

«Se l'art. 43 CE osti a quanto stabilito agli artt. 2-4 del decreto del Principato delle Asturie 19 luglio 2001, n. 72, sull'apertura e l'esercizio di farmacie e dispensari, nonché ai punti 4, 6 e 7 dell'allegato a tale decreto» (Causa C-570/07)»

e

«Se l'art. 43 CE osti alle disposizioni normative della Comunità autonoma del Principato delle Asturie in materia di autorizzazione all'apertura di farmacie» (Causa C-571/07)».

5. Come sopra osservato, la normativa impugnata prevede restrizioni all'apertura di nuove farmacie e stabilisce criteri per selezionare i candidati a un concorso per l'assegnazione di licenze di apertura di nuove farmacie. Le limitazioni più importanti consistono in una restrizione in termini quantitativi, che definisce il numero di farmacie in una data area facendo riferimento alla relativa popolazione, e nel limite geografico che impedisce l'apertura di una farmacia a meno di 250 metri da un'altra. Le disposizioni specifiche sono le seguenti:

«Articolo 2. Rapporto numero di farmacie/abitanti

1. Per ogni zona farmaceutica il numero delle farmacie è stabilito in modo che vi sia una farmacia ogni 2 800 abitanti. Quando tale rapporto è superato, una nuova farmacia può essere aperta per la frazione superiore a 2 000 abitanti.

2. In tutte le zone base del sistema sanitario e in tutte le entità municipali può essere istituita almeno una farmacia.

Articolo 3. Computo della popolazione

Ai fini del presente decreto la popolazione è computata sulla base dei dati risultanti dall'ultimo censimento comunale.

Articolo 4. Distanze minime

1. La distanza tra le farmacie non può, di norma, essere inferiore a 250 metri, in qualunque zona farmaceutica esse siano ubicate.

2. La distanza di 250 metri andrà osservata anche rispetto ai presidi sanitari delle zone farmaceutiche, sia pubblici sia privati convenzionati per l'assistenza extraospedaliera o ospedaliera, dotati di ambulatori o di Pronto soccorso, già in funzione o in costruzione.

Non valgono distanze minime tra i presidi sanitari nelle zone farmaceutiche con un'unica farmacia né nelle località dove esiste attualmente un'unica farmacia e nelle quali, considerate le caratteristiche del luogo, non è da prevedere l'apertura di nuove farmacie.

Nell'uno come nell'altro caso occorre indicare le ragioni per l'inosservanza delle distanze minime da un presidio sanitario» (3).

6. La normativa stabilisce diversi criteri per selezionare i candidati alle licenze. All'esperienza professionale e scolastica viene assegnato un punteggio in base a una molteplicità di criteri. In caso di esperienza professionale maturata in centri con meno di 2 800 abitanti, viene attribuito un punteggio più elevato rispetto ad altri tipi di attività. La legge prevede altresì quanto segue:

«1. Il possesso dei requisiti e dei titoli stabiliti dalla presente Tabella deve essere formalmente certificato dall'Amministrazione o dalla persona competente.

2. L'esperienza professionale e scolastica viene calcolata in mesi interi, anche se i periodi di attività sono discontinui. Periodi discontinui possono essere cumulati, per gruppi di 21

giorni o di 168 ore equivalenti ad un mese, fino al raggiungimento di tale minimo.

Nel caso di lavoro a orario ridotto, i meriti per esperienza professionale sono presi in conto come sopra, in proporzione al numero di ore previste per il lavoro a tempo pieno

3. Una sola attività professionale viene presa in considerazione per uno stesso periodo, salvo trattarsi di due attività a orario ridotto.

4. Non vengono presi in considerazione l'esperienza di farmacista titolare o contitolare di farmacia né altri titoli di merito allorché sono già valse ad ottenere un'autorizzazione all'installazione.

5. Sono considerati rispettivamente per il 50%, e poi sommati tra loro, i punteggi assegnati ai titoli dei candidati alla contitolarità di una farmacia, ove i contitolari siano solo due. In caso di più contitolari, sono considerati per il 50% e poi sommati tra loro solo i punteggi assegnati ai titoli dei due candidati col punteggio, rispettivamente, più alto e più basso.

6. Il punteggio per meriti professionali attribuito per l'attività svolta nel territorio del Principato delle Asturie è maggiorato del 20%.

7. Nel caso in cui, in applicazione della presente Tabella, si ottenga parità di punteggio, le autorizzazioni sono rilasciate secondo il seguente ordine di priorità:

- a) i farmacisti che non sono stati titolari di farmacia.
- b) i farmacisti che sono stati titolari di farmacie in zone farmaceutiche o in comuni con meno di 2 800 abitanti.
- c) i farmacisti che abbiano svolto attività professionale nel Principato delle Asturie.
- d) i farmacisti con più titoli accademici» (4).

II – Analisi

A – Ricevibilità

7. Alcune parti sostengono l'irricevibilità della presente causa in quanto i ricorrenti sono cittadini spagnoli che impugnano normative spagnole. Tuttavia, la Corte si è costantemente pronunciata a favore della ricevibilità di tale tipologia di cause (5). Spetta esclusivamente al giudice nazionale valutare la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di pronunciare la propria sentenza (6). La Corte fornisce l'interpretazione richiesta salvo che non risulti evidente la mancanza di relazione di quest'ultima con la causa a qua (7). Il giudice nazionale può necessitare dell'interpretazione richiesta del diritto comunitario anche se gli elementi di fatto in questione sono puramente interni, poiché «una risposta siffatta potrebbe essergli utile nell'ipotesi in cui il proprio diritto nazionale imporrebbe, in un procedimento come quello del caso di specie, di agire in modo che un produttore nazionale fruisca degli stessi diritti di cui godrebbe in base al diritto comunitario, nella medesima situazione, un produttore di un altro Stato membro» (8). Come ho già avuto modo di chiarire, ritengo che questa

4 – Allegato: Tabella dei criteri di selezione per l'accesso alla titolarità di una farmacia.

5 – Sentenze 5 dicembre 2000, causa C-448/98, Guimont (Racc. pag. I-10663, punto 23); 5 marzo 2002, cause riunite C-515/99, da C-519/99 a C-524/99 e da C-526/99 a C-540/99, Reisch e a. (Racc. pag. I-2157, punto 26); 11 settembre 2003, causa C-6/01, Anomar e a. (Racc. pag. I-8621, punto 41); 30 marzo 2006, causa C-451/03, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (Racc. pag. I-2941, punto 29); 5 dicembre 2006, cause riunite C-94/04 e C-202/04, Cipolla e a. (Racc. pag. I-11421, punto 30), e 31 gennaio 2008, causa C-380/05, Centro Europa 7 (Racc. pag. I-349, punto 69)

6 – V., per esempio, Centro Europa 7 (punto 52).

7 – Sentenza Centro Europa 7 (punto 53)

8 – Sentenza Guimont (punto 23).

tesi sia avallata dallo spirito di cooperazione tra i giudici nazionali e la Corte di giustizia e dall'esigenza di evitare situazioni in cui l'applicazione congiunta della legge nazionale e del diritto comunitario determinino un trattamento sfavorevole dei propri cittadini da parte di uno Stato membro (9). Pertanto, la Corte dovrebbe fornire l'interpretazione richiesta dell'art. 43 CE nel caso di specie.

B – *Sull'esistenza di una restrizione alla libertà di stabilimento*

8. Il diritto comunitario non incide sulla competenza degli Stati membri ad impostare i loro sistemi sanitari e di previdenza sociale (10). Sebbene le farmacie siano imprese commerciali, costituiscono anch'esse parte del sistema sanitario. Pertanto, gli Stati membri possono adottare, in particolare, norme destinate all'organizzazione di farmacie – così come fanno per altri servizi sanitari (11) – in quanto ciò rientra nella loro competenza ad impostare di tali sistemi.

9. Nondimeno, gli Stati membri sono tenuti ad esercitare la propria competenza in quest'ambito nel rispetto delle libertà garantite dal Trattato, tra cui figura la libertà di stabilimento (12). La giurisprudenza della Corte ha chiarito che ogni provvedimento nazionale che possa ostacolare o scoraggiare l'esercizio, da parte dei cittadini comunitari, della libertà di stabilimento garantita dal Trattato costituisce un'interferenza con i diritti garantiti dall'art. 43, pur se applicabile senza discriminazioni in base alla cittadinanza (13).

10. L'interferenza con le libertà fondamentali spesso si manifesta come un freno all'accesso al mercato nazionale, che deriva da provvedimenti posti a tutela delle quote di mercato di operatori già esistenti sul mercato nazionale (14). Costituisce una restrizione una previa autorizzazione che riserva l'esercizio di un'attività a taluni operatori economici che soddisfano requisiti predeterminati (15). Più in dettaglio, «qualora una disciplina nazionale subordini l'esercizio di un'attività ad una condizione connessa al fabbisogno economico o sociale di tale attività, essa costituisce una restrizione in quanto mira a limitare il numero dei prestatori di servizi» (16). Ciò detto, è stato ritenuto che la normativa nazionale che consentiva l'apertura di nuovi ambulatori dentistici autonomi solo qualora le autorità locali avessero riscontrato una necessità che giustificava l'apertura di nuovi ambulatori limitasse il diritto alla libertà di stabilimento (17). Siffatte limitazioni sono analoghe a quelle che sono state ritenute costituire un ostacolo alla libera circolazione delle merci in quanto intese a tutelare le posizioni di operatori economici esistenti, impedendo in tal modo l'accesso al mercato nazionale ai prodotti

9 – V. mie conclusioni nella causa Centro Europa 7 (paragrafo 30).

10 – Sentenze 19 marzo 2009, cause riunite C-171/07 e C-172/07, Apothekerkammer des Saarlandes e a., (Racc. pag. I-0000, punto 18), e 11 settembre 2008, causa C-141/07, Commissione/Germania (Racc. pag. I-6935, punto 22).

11 – Sentenze Apothekerkammer des Saarlandes e a. (punto 18) e causa Commissione/Germania (punto 22)

12 – Sentenze Apothekerkammer des Saarlandes e a. (punto 18) e causa C-141/07, Commissione/Germania (punti 22 e 23).

13 – Sentenze Apothekerkammer des Saarlandes e a. (punto 22), e 10 marzo 2009, causa C-169/07, Hartlauer (Racc. pag. I-0000, punto 33).

14 – V. le mie conclusioni in *Cipolla e a.*, paragrafo 59.

15 – Sentenze Apothekerkammer des Saarlandes e a. (punto 23); Hartlauer (punto 34) e 6 marzo 2007, cause riunite C-338/04, C-359/04 e C-360/04, Placanica e a. (Racc. pag. I-1891, punto 42).

16 – Sentenza Hartlauer (punto 36).

17 – Sentenza Hartlauer (punto 39).

provenienti da altri Stati membri (18).

11. Applicando i suddetti modelli alle norme di cui si discute nel caso di specie, le quali subordinano l'apertura di nuove farmacie unicamente alla loro ubicazione e al numero di abitanti della zona di riferimento, risulta chiaramente che dette norme costituiscono una limitazione alla libertà di stabilimento. Tali condizioni consentono l'apertura di nuove farmacie solo in presenza di previa autorizzazione, che viene concessa unicamente dietro il soddisfacimento dei requisiti relativi all'ubicazione e al numero di abitanti. In effetti, esse sono del tutto simili alla condizione trattata nella sentenza *Hartlauer*, che imponeva di dimostrare una necessità che giustificasse l'apertura di un nuovo ambulatorio. Qualora le autorità nazionali ritengano che il numero di abitanti non sia sufficiente per giustificare la necessità di una nuova farmacia, quest'ultima non potrà essere aperta. Congelando l'accesso al mercato, i provvedimenti in questione hanno l'effetto di impedire l'apertura di una nuova farmacia nelle Asturie a coloro che intendono farlo e, quindi, impediscono l'apertura di farmacie da parte di cittadini di altri Stati membri.

C – *Se una tale restrizione possa essere giustificata*

12. Dimostrare che la normativa nazionale limita la libertà di stabilimento è solo la prima fase della nostra indagine. Questi provvedimenti nazionali possono essere giustificati se soddisfano i seguenti quattro requisiti: «applicazione non discriminatoria, giustificazione per motivi imperativi di interesse pubblico, idoneità a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e limitazione a quanto necessario per il raggiungimento di questo» (19).

1. Applicazione non discriminatoria

13. Le disposizioni principali del decreto, ossia i requisiti riguardanti il numero di abitanti e la distanza minima, non sono discriminatorie e si applicano in egual misura a tutti i farmacisti (20). Ciò vale anche per i criteri stabiliti dalle autorità asturiane in merito alla valutazione dei candidati nei concorsi per ottenere l'autorizzazione ad aprire una farmacia, i quali attribuiscono più punti ai farmacisti che hanno svolto l'attività in zone scarsamente servite (21). In linea di principio, tutti i farmacisti, a prescindere dal luogo di provenienza, hanno pari possibilità di beneficiare di questa disposizione.

14. Tuttavia, i criteri che attribuiscono ulteriore priorità ai concorrenti che hanno svolto l'attività di farmacista nelle Asturie (22) costituiscono un'inammissibile discriminazione in base alla cittadinanza. Ciò è vero anche se, come nel caso della disposizione che favorisce i farmacisti che provengono da zone meno servite, essa non richiama apertamente il paese di origine e un farmacista di un altro Stato membro che lavora nelle Asturie potrebbe trarre vantaggio dalla suddetta disposizione; questo perché essa considera l'esperienza maturata nelle Asturie di valore maggiore rispetto alla stessa esperienza in altri Stati membri (23). Siffatto

18 – V., su questo punto, le mie conclusioni nelle cause riunite C-158/04 e C-159/04, *Alfa Vita Vassilopoulos e Carrefour-Marinopoulos* (Racc. pag. I-8135, paragrafo 47).

19 – Sentenza 30 novembre 1995, causa C-55/94, *Gebhard* (Racc. pag. I-4165). V. anche sentenza 21 aprile 2005, causa C-140/03, *Commissione/Grecia (Ottici)* (Racc. pag. I-3177).

20 – V., per esempio, sentenza C-141/07, *Commissione/Germania* (punto 33).

21 – V. punto 7, lett. b), c), dell'Allegato al decreto n. 72/01.

22 – V. punti 6 e 7, lett. c), dell'Allegato al decreto n. 72/01.

23 – V. sentenza *Gebhard* (punto 38). Si noti, altresì, che il vantaggio fornito ai farmacisti con esperienza maturata nelle Asturie non è connesso all'obiettivo di promuovere lo stabilimento in zone meno popolate, giacché esso viene attribuito a tutti i farmacisti stabiliti nelle Asturie, a prescindere dal fatto che essi ab-

criterio non può essere giustificato in base alla giurisprudenza della Corte, giacché l'attribuzione di pari valore alle qualifiche conseguite in altri Stati membri è un elemento cruciale per la libera circolazione.

15. Tale conclusione non viene confutata dal fatto che anche i farmacisti spagnoli non provenienti dalle Asturie sono sfavoriti da questa politica. La Corte ha indicato chiaramente che per dimostrare la presenza di discriminazione «[n]on è infatti necessario che tutte le imprese di uno Stato membro siano avvantaggiate rispetto alle imprese straniere: è sufficiente che il regime preferenziale instaurato favorisca un prestatore nazionale» (24). Il riconoscimento di una priorità da parte delle autorità asturiane a coloro che hanno esercitato la professione nelle Asturie sfavorisce chiaramente i farmacisti che non provengono dal Principato, compresi quelli di altri Stati membri, nonché i farmacisti asturiani che hanno scelto di esercitare la loro libertà di stabilimento in altri Stati membri. (25) Siffatta politica costituisce una restrizione discriminatoria alla libertà di stabilimento, che è vietata dal Trattato.

16. Conseguentemente, nella valutazione delle altre condizioni che devono essere soddisfatte affinché la normativa nazionale sia giustificata, limiterò la mia analisi agli elementi non discriminatori della suddetta normativa.

2. Obiettivo di interesse pubblico

17. L'obiettivo di interesse pubblico perseguito dalle restrizioni geografiche e da quelle sul numero di abitanti è quello di tutelare la salute pubblica fornendo servizi farmaceutici di qualità ovunque nel territorio delle Asturie. La tutela della salute pubblica è indubbiamente un motivo imperativo di interesse generale (26). Numerosi argomenti delle parti ruotano attorno alla questione su quale sia il migliore approccio per tutelare la salute pubblica e – in particolare nel caso di specie – per ottenere, a livello territoriale, la più vasta assistenza farmaceutica di qualità: quello che agevola l'apertura di nuove farmacie e promuove al contempo la concorrenza tra loro o quello che limita l'apertura di nuove farmacie in zone più popolate per limitare la concorrenza e favorirne l'apertura in zone meno popolate del paese. Le parti adducono elementi di prova in conflitto tra loro, tra cui l'esperienza maturata in Stati membri diversi, per dimostrare che l'approccio da esse preferito è il migliore per la tutela della salute pubblica.

18. Su tale questione ritengo sia sufficiente osservare che ogni Stato membro gode di discrezionalità nell'organizzare il proprio sistema di protezione della salute pubblica e la Corte è tenuta a rispettare la scelta dello Stato membro (27). Ciò è particolarmente vero quando l'assenza di consenso politico è corroborata dall'esistenza di importanti differenze tra le politiche condotte dagli Stati membri. Il fatto che uno Stato membro imponga norme meno severe di quelle imposte da un altro Stato membro o attribuisca priorità ad un interesse rispetto

biano o meno contribuito a tale obiettivo essendosi previamente stabiliti in zone meno popolate di tale regione.

24 – Sentenze C-141/07, Commissione/Germania (punto 38), e 25 luglio 1991, causa C-353/89, Commissione/Paesi Bassi (Mediawet) (Racc. pag. I-4069, punto 25).

25 – V. sentenze 6 dicembre 2007, causa C-456/05, Commissione/Germania (Racc. pag. I-10517, punto 58); 7 maggio 1991, causa C-340/89, Vlassopoulou (Racc. pag. I-2357), e 14 settembre 2000, causa C-238/98, Hocsmann (Racc. pag. I-6623).

26 – Sentenze Apothekerkammer des Saarlandes e a. (punto 27); Hartlauer (punto 46) e C-141/07, Commissione/Germania (punti 46 e 47).

27 – V. sentenza Apothekerkammer des Saarlandes e a. (punto 19).

ad un altro non significa che l'uno o l'altro insieme di norme sia incompatibile con il diritto comunitario (28). La Corte ha inoltre espressamente riconosciuto che la pianificazione di servizi medici, e in particolare la loro distribuzione nel territorio dello Stato, rientra nell'ambito della suddetta discrezionalità (29). Quando si è occupata di prodotti e servizi farmaceutici, la Corte ha stabilito che la fissazione dei prezzi (30) e la limitazione della concorrenza (31) costituiscono tecniche possibili per raggiungere gli anzidetti obiettivi di salute pubblica.

19. Sebbene obiettivi di natura puramente economica non possano giustificare la restrizione delle libertà fondamentali (32), essi possono essere giustificati se necessari al buon funzionamento, dal punto di vista finanziario, del sistema sanitario (33). In particolare, «interessi di ordine economico che hanno lo scopo di mantenere un servizio medico ed ospedaliero equilibrato e accessibile a tutti» possono rappresentare un giusto interesse pubblico. Ciò può comprendere la pianificazione della «ripartizione geografica, [dell']organizzazione e [del]le attrezzature di cui [tali servizi] sono dotat[i], o ancora la natura dei servizi medici che ess[i] sono in grado di fornire devono poter formare oggetto di una pianificazione, la quale, da un lato, risponde in linea di massima all'obiettivo di assicurare, nel territorio dello Stato membro interessato, la possibilità di un accesso sufficiente e permanente ad una gamma equilibrata di cure ospedaliere di qualità e, dall'altro, è espressione della volontà di garantire un controllo dei costi e di evitare, per quanto possibile, ogni spreco di risorse finanziarie, tecniche e umane» (34). Pertanto, concludo che assicurare una distribuzione di farmacie in tutto il territorio dovrebbe essere considerato un requisito imperativo di interesse generale e che lo Stato membro non è tenuto a utilizzare lo strumento della libera concorrenza per cercare di garantire servizi farmaceutici di qualità.

3. Se il decreto sia idoneo al conseguimento degli obiettivi enunciati e non vada oltre quanto necessario per raggiungerli.

20. Sebbene debba essere tenuta in debita considerazione la valutazione delle autorità legislative e regolamentari nazionali, la cui maggiore prossimità alle situazioni locali e alla conoscenza specialistica le colloca nella posizione ottimale per individuare il modo migliore di soddisfare gli obiettivi delle politiche pubbliche come quello della tutela della salute pubblica, attenersi al giudizio di tali organismi non è privo di rischi (35). Questa stessa prossimità potrebbe altresì creare situazioni in cui tali organismi costituiscano oggetto di uno «sviamento regolamentare» da parte degli interessi particolari dominanti in quella zona a discapito degli interessi dei consumatori e di potenziali concorrenti nazionali ed esteri. Esiste un particolare motivo di preoccupazione in un caso quale la presente fattispecie, ove la scelta politica compiuta dal governo locale assicura vantaggi economici a operatori già stabiliti a discapito di nuovi operatori.

21. È proprio a tal riguardo che si può comprendere l'accresciuta importanza che il requisito

28 – Sentenza 11 luglio 2002, causa C-294/00, Gräbner (Racc. pag. I-6515, punto 46).

29 – Sentenza C-141/07, Commissione/Germania (punto 61).

30 – Sentenza 11 dicembre 2003, causa C-322/01, Deutscher Apothekerverband (Racc. pag. I-14887, punto 122).

31 – Causa C-141/07, Commissione/Germania (punto 59).

32 – V. nota 29 supra.

33 – Sentenza 13 maggio 2003, causa C-385/99, Müller-Fauré e van Riet (Racc. pag. I-4509, punto 73).

34 – Causa C-141/07, Commissione/Germania (punti 60 e 61).

35 – V. sentenza Apothekerkammer des Saarlandes e a. (punto 19).

di unità e coerenza ha assunto nella giurisprudenza della Corte in sede di riesame delle modalità con cui la normativa nazionale persegue i propri obiettivi dichiarati. Il requisito di unità e coerenza prevede che «una normativa nazionale è atta a garantire la realizzazione dell'obiettivo fatto valere solo qualora risponda effettivamente all'intento di realizzarlo in modo coerente e sistematico» (36). Esso consente alla Corte di distinguere tra una normativa che persegue realmente un fine pubblico legittimo e una normativa che, in origine, avrebbe anche potuto avere quale scopo quello del perseguimento di tale obiettivo, ma che è stata deviata da determinati interessi particolari. Si può affermare al riguardo che si tratta di un requisito a tutela dell'integrità dell'iter legislativo e regolamentare e della responsabilità politica vera e propria. A mio avviso, questo requisito svolge un ruolo fondamentale nella valutazione che dev'essere effettuata nella fattispecie.

22. Nella sentenza *Hartlauer*, la Corte ha dunque accolto la tesi dello Stato, secondo cui potrebbe essere necessario limitare il numero di studi medici al fine di mantenere un sistema medico efficiente. Tuttavia, essa ha osservato che la normativa non rifletteva realmente la preoccupazione di conseguire tale obiettivo, in quanto ambulatori autonomi e studi associati possono avere un impatto identico e solo i primi rientravano nella previsione normativa. Analogamente, anche se la Corte non ha contestato che i limiti alla pubblicità televisiva per prodotti medico-chirurgici potrebbero essere giustificati da motivi connessi alla salute pubblica, essa ha osservato che la specifica normativa discussa nella causa *Corporación Dermoestética* non era giustificata poiché si applicava a emittenti televisive nazionali ma non a quelle locali (37). Per contro, ritenendo giustificata la legge tedesca che prevede che le farmacie debbano essere gestite da farmacisti e che gli ospedali provvedano all'approvvigionamento di medicinali solo presso farmacie locali, la Corte si è pronunciata basandosi sostanzialmente sulla presunta unità e coerenza delle disposizioni (38).

23. La Corte ha applicato la stessa tecnica ad altri settori sensibili. Nell'ambito del gioco d'azzardo, per esempio, essa ha ritenuto che taluni limiti rigorosi imposti al numero delle licenze di gioco d'azzardo concesse da uno Stato fossero giustificati solo se coerenti rispetto all'obiettivo dichiarato di ridurre l'attività criminale e fraudolenta, incanalando i giocatori verso attività autorizzate (39). La Corte ha dichiarato che la legge non soddisferebbe tale requisito se il numero di licenze fissato fosse così esiguo che gli operatori autorizzati non costituirebbero un'alternativa attraente rispetto a quelli non autorizzati (40).

24. Occorre pertanto valutare la misura in cui la normativa promuove effettivamente, in maniera costante e coerente, gli obiettivi che lo Stato membro ha addotto per giustificarla. Due giustificazioni principali sono fornite a sostegno delle restrizioni. Innanzitutto si sostiene che limitare l'accesso al mercato garantisce la presenza di servizi farmaceutici di qualità. In secondo luogo si sostiene che le limitazioni fondate sul numero di abitanti e sulla zona geografica garantiscono a tutti l'accesso alle farmacie, costringendone la diffusione sull'intero territorio. Mi occuperò di ciascuna di esse nell'ordine.

36 – *Ibid.* (punto 42).

37 – Sentenza 17 luglio 2008, causa C-500/06, *Corporación Dermoestética* (Racc. pag. I-5785, punti 37-39).

38 – Sentenze C-141/07, *Commissione/Germania* (punti 51-57), e *Apothekerkammer des Saarlandes e a.* (punti 41-50).

39 – Sentenza *Placanica* (punto 55)

40 – Sentenza *Placanica* (punto 55).

a) Qualità dei servizi farmaceutici

25. La prima tesi, che appariva dominante nel corso dei dibattiti nelle recenti sentenze *Apothekerkammer des Saarlandes e a. e Commissione/Italia* (41), riguardante le disposizioni legislative tedesche e italiane secondo cui le farmacie devono essere gestite da farmacisti, svolge un ruolo meno importante nelle cause in esame. Tuttavia, alcune parti del procedimento indicano – e ciò sembra connesso al rischio – che una maggiore concorrenza tra farmacie può, per usare un'espressione colloquiale, indurre i farmacisti a «prendere scorciatoie».

26. In via preliminare, desidero osservare che spetta allo Stato dimostrare che la misura adottata è adeguata e necessaria per fornire un servizio di qualità superiore (42). A parte *Shakespeare*, non sembra esservi alcun fondamento negli atti di causa per affermare che una maggiore concorrenza indurrebbe i farmacisti a diminuire la qualità dei servizi da essi prestati. A tal riguardo, posso solo constatare che esiste un certo numero di contraddizioni nelle ipotesi che sono alla base di ampie sezioni del ragionamento di alcune parti e degli Stati membri. Talvolta, i farmacisti sono descritti come essenzialmente motivati dal guadagno economico, giacché tutti mirerebbero a esercitare la professione solo in zone densamente popolate e, se soggetti al regime di concorrenza, sarebbero pronti a far prevalere il profitto sui loro obblighi professionali. Talaltra, quando in possesso di posizione «monopolista» in un'area densamente popolata, si ritiene che i farmacisti conducano la propria attività secondo gli obblighi professionali e si dedichino principalmente a fornire servizi farmaceutici di qualità. Secondo le tesi di diverse parti, pare che la concorrenza trasformi i santi in peccatori.

27. Va altresì rammentato che la natura dei servizi farmaceutici ha subito sostanziali modifiche: una volta il farmacista «faceva» i medicinali; oggi il farmacista si limita a dispensare farmaci «fatti» altrove nel rispetto di requisiti giuridici molto rigorosi relativi, per esempio, alla possibilità di distribuire farmaci con o senza prescrizione. La Corte ha essa stessa ammesso ciò acconsentendo alla vendita su internet di medicinali senza obbligo di prescrizione medica (43). Non ritengo, pertanto, che lo Stato membro abbia dimostrato che una limitazione alla concorrenza sia necessaria o proporzionata all'obiettivo di fornire servizi farmaceutici di elevata qualità.

28. Occorre riconoscere che nelle recenti sentenze *Apothekerkammer des Saarlandes e a. e Commissione/Italia*, che riguardavano normative nazionali che limitano ai farmacisti la proprietà delle farmacie, la Corte ha osservato che la necessità di garantire una fornitura di medicinali sicura e di qualità alla popolazione può giustificare restrizioni all'accesso alla proprietà di farmacie (44). Queste controversie, tuttavia, si riferivano alla questione della formazione professionale, dell'esperienza e della responsabilità dei farmacisti, che, secondo la Corte, potevano avere per effetto che altri interessi professionali potessero temperare l'interesse alla realizzazione di utili (45). La Corte ha altresì ammesso tale restrizione sul presupposto specifico che i farmacisti godessero di un'effettiva autonomia professionale (46). Siffatta indipendenza derivava dai loro obblighi professionali e dal fatto che non erano legati alla

41 – Sentenza 19 maggio 2009, causa C-531/06 (Racc. pag. I-0000) (Grande Sezione).

42 – Sentenza *Deutscher Apothekerverband* (punto 123).

43 – Sentenza *Deutscher Apothekerverband*.

44 – Sentenze *Apothekerkammer des Saarlandes e a.* (punti 28 e 39), e causa C-531/06, *Commissione/Italia* (punto 52).

45 – Sentenza *Apothekerkammer des Saarlandes e a.* (punti 37-39)

46 – *Ibid.* (punti 33-37).

produzione e alla distribuzione dei beni venduti nelle loro farmacie (47), il che avrebbe consentito loro di resistere maggiormente, rispetto ai non farmacisti, alle pressioni miranti ad un consumo eccessivo di medicinali e assicurava che la restrizione in questione sarebbe stata realmente strumentale all'obiettivo della sanità pubblica.

29. Tale argomentazione corrobora invero la tesi della incompatibilità della legge asturiana con il diritto comunitario. Poiché ai farmacisti nelle Asturie è richiesto di fornire un servizio di un certo livello, non solo in forza della legge ma anche secondo i loro obblighi professionali, non dovrebbe esservi motivo di temere che la concorrenza li induca a ridurre il livello del loro servizio, violando così i loro obblighi giuridici ed etici. Se fossero state necessarie ulteriori tutele per l'adempimento degli obblighi professionali da parte dei farmacisti, nelle sentenze *Apothekerkammer des Saarlandes* e *Commissione/Italia* la Corte non avrebbe potuto concludere che il requisito della proprietà del farmacista fosse appropriato rispetto all'obiettivo di fornire un'assistenza di qualità.

b) Assicurare un'ampia ed equilibrata distribuzione geografica delle farmacie

30. L'elemento più significativo invocato dalle parti a sostegno del decreto riguarda la necessità di assicurare un'ampia ed equilibrata distribuzione geografica delle farmacie. In altre parole, garantire il più possibile alla popolazione la totale disponibilità di servizi farmaceutici. Occorre distinguere tra i due criteri usati per raggiungere questo obiettivo: il requisito del numero di abitanti e quello della distanza minima tra farmacie. Entrambi devono essere valutati con riferimento alla relativa idoneità a conseguire l'obiettivo della distribuzione geografica e al fatto che non superino quanto necessario a raggiungere tale obiettivo.

31. I requisiti relativi al numero di abitanti possono, in linea di principio, essere idonei al conseguimento dell'obiettivo dell'ampia distribuzione di farmacie. Limitando la possibilità, per i farmacisti, di aprire farmacie in aree urbane maggiormente redditizie, la norma li induce a considerare altre opportunità. Tuttavia, questa non è una conseguenza automatica. Invero, se l'apertura di nuove farmacie in zone meno popolate fosse di per sé redditizia, ciò si verificherebbe, con ogni probabilità, a prescindere da qualsiasi limitazione geografica. L'incremento di nuove aperture sarebbe, infatti, direttamente proporzionale alla facilità con cui una farmacia può essere aperta e alla rilevanza della concorrenza per quote di mercato in zone più popolate. Al contrario, se, come alcune parti hanno sostenuto, il problema sta nel fatto che esiste una bassa probabilità di profitto nelle zone meno popolate, il rischio è che nessuno sarebbe in ogni caso interessato ad aprire una farmacia nelle suddette zone. Dopo tutto, mi chiedo per quale motivo una persona dovrebbe dedicarsi a un'attività che genera perdite semplicemente perché non ha accesso a un'attività che genera profitto. La mera limitazione delle aperture di nuove farmacie in zone più popolate non soddisferebbe il requisito di unità e coerenza nel perseguimento dell'obiettivo pubblico dichiarato. Nel complesso, il sistema ha senso solo se la politica della limitazione delle nuove aperture in zone più popolate è legata a quella di favorire le far-

47 – La separazione dalla produzione e dalla vendita all'ingrosso di prodotti farmaceutici costituisce, a mio avviso e alla luce della precedente giurisprudenza della Corte, il motivo fondamentale per cui detto giudice comunitario ha ammesso le norme dirette a limitare ai farmacisti l'accesso alla proprietà delle farmacie. Al punto 40 della suddetta sentenza, la Corte ha osservato che i farmacisti dipendenti di produttori o grossisti di prodotti farmaceutici potrebbero trovarsi in difetto del requisito di autonomia. Conseguentemente, si può ritenere che tali norme soddisfino il requisito di coerenza imposto dal diritto comunitario solo se è garantita l'autonomia dei farmacisti rispetto alla produzione o alla vendita all'ingrosso di prodotti farmaceutici.

macie già presenti in zone meno popolate. Attribuendo la priorità ai farmacisti che hanno aperto una farmacia in zone con meno di 2 800 abitanti, il decreto incentiva i farmacisti a stabilirsi in zone poco abitate che, diversamente, potrebbero non avere una farmacia, fornendo in contropartita maggiori probabilità di vedersi concedere, in futuro, l'autorizzazione alla gestione di una farmacia in una zona più popolata (resa più redditizia dalle restrizioni). È plausibile che la prospettiva di poter gestire una farmacia in una zona a elevata densità di popolazione in circostanze in cui ad altri sarebbe impedita l'apertura di una farmacia concorrente potrebbe effettivamente spingere i farmacisti a fornire i propri servizi, per un certo periodo di tempo, in zone poco abitate. Come ammesso in sede di udienza da alcune parti che sostengono l'attuale regime, è la prospettiva di un profitto monopolistico in una zona densamente abitata che induce i farmacisti a volersi stabilire inizialmente in zone meno popolate. Tuttavia, ciò si verificherà solo se il servizio in tali zone poco abitate attribuirà effettivamente a chi lo esercita la priorità nell'assegnazione delle autorizzazioni in zone fortemente abitate.

32. Come precedentemente esposto, è necessaria un'analisi più attenta dell'unità e della coerenza del decreto per essere certi che esso persegua effettivamente tale obiettivo e non sia il risultato di uno sviamento da parte degli interessi particolari dei farmacisti già stabiliti (48). Due elementi del decreto pongono problemi. In primo luogo, questo regime dovrebbe favorire coloro che aprono farmacie in zone scarsamente servite rispetto a quelli che aspettano semplicemente l'occasione di aprirne una in una zona redditizia. Il punto n. 7 dell'Allegato attribuisce, in ogni caso, priorità ai farmacisti non autorizzati rispetto a quelli autorizzati nella gestione di una farmacia in zone con meno di 2 800 abitanti. Inoltre, secondo il punto n. 4 dell'Allegato, quando un farmacista apre una farmacia in un'area insufficientemente coperta, egli perde il vantaggio della precedente esperienza professionale maturata se cerca di aprire un'altra farmacia. Le conseguenze di tali disposizioni sono in qualche maniera mitigate dalla disposizione di cui al n. 1, lett. a), dell'Allegato, la quale attribuisce più punti all'esperienza in un'area scarsamente servita. Tuttavia, tali disposizioni fanno sorgere dubbi sull'unità e coerenza della normativa.

33. In secondo luogo, per poter ritenere che le normative perseguano realmente l'obiettivo della copertura universale, è necessario che le autorizzazioni nelle zone densamente abitate siano disponibili per coloro che hanno maturato esperienza in zone con pochi abitanti nel momento in cui i titolari delle autorizzazioni più redditizie intendono cessare la gestione della propria farmacia. Un regime che attribuisca ai titolari di autorizzazioni per la gestione di farmacie in aree densamente abitate un diritto di proprietà su tali autorizzazioni e consenta loro di vendere o cedere tali autorizzazioni a chi desiderano avrebbe l'effetto di limitare il numero di autorizzazioni disponibili nei riguardi di coloro che hanno «scontato» il periodo necessario in zone insufficientemente coperte. A chi intendesse spostarsi da una farmacia posta in una zona poco abitata verso un'altra farmacia sita in una zona con maggiore densità di popolazione verrebbe richiesto il pagamento di un prezzo per la relativa autorizzazione, aumentato in funzione degli ulteriori utili che la farmacia sarebbe in grado di produrre grazie alle restrizioni

48 – Sentenze 7 dicembre 2000, causa C-324/98, *Telaustria e Telefonadress* (Racc. pag. I-10745); 21 luglio 2005, causa C-231/03, *Coname* (Racc. pag. I-7287); 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen* (Racc. pag. I-8585); 6 aprile 2006, causa C-410/04, *ANAV* (Racc. pag. I-3303); 13 settembre 2007, causa C-260/04, *Commissione/Italia* (Racc. pag. I-7083), e 17 luglio 2008, causa C-347/06, *ASM Brescia* (Racc. pag. I-5641).

sull'apertura di farmacie concorrenti (49). Tale regime indebolirebbe la struttura di incentivi che si ritiene sia a sostegno dell'approccio che limita l'apertura di nuove farmacie per incentivare la presenza di farmacie in aree poco abitate. Siffatto regime costituirebbe altresì un arricchimento per i singoli farmacisti in virtù della restrizione della concorrenza nel settore che li riguarda; questo è esattamente il tipo di sviamento regolamentare che le libertà garantite dal Trattato mirano a combattere. Le restrizioni al diritto di stabilimento devono essere giustificate da necessità di interesse generale e non devono essere uno strumento di arricchimento privato.

34. Passando alla questione se il requisito relativo al numero di abitanti oltrepasserebbe quanto necessario se fosse stato effettivamente strutturato in modo da rendere disponibili agli operatori in zone rurali i redditizi monopoli urbani, rilevo che le parti non hanno proposto nessun altro regime che sarebbe manifestamente preferibile. La Commissione sostiene che, invece di stabilire un numero massimo di farmacie, le Asturie dovrebbero imporre un numero minimo di farmacie pro capite e di opporsi all'apertura di nuove farmacie fino al raggiungimento di tale minimo. Tuttavia, il sistema anzidetto crea un problema di azione collettiva. Nessun singolo farmacista sarebbe incentivato ad aprire una farmacia rurale meno redditizia. Così com'è, questo sistema non sembra ben congegnato per generare un ampio incremento del numero di farmacie in zone poco abitate. La Commissione fa riferimento alla Navarra, ove tale progetto è stato temporaneamente attuato. Tuttavia, considerando che il progetto della Navarra è stato modificato nel senso che prevede un numero massimo di farmacie e che molte delle comunità più piccole in Navarra hanno perso le loro farmacie in base a detto progetto, non posso concludere che le Asturie abbiano ecceduto il loro potere discrezionale non adottando un siffatto modello.

35. È stato altresì fatto valere che un modello completamente liberalizzato ha funzionato bene in altri Stati membri (50). Tuttavia, quel modello ha costituito oggetto di un'accesa discussione tra le parti e, come sopra osservato, vi erano prove in conflitto al riguardo. In tale contesto avrei sostenuto che un regime che limita l'apertura di nuove farmacie in zone più

49 – In sede di udienza è stato fatto osservare che alcuni soggetti hanno pagato prezzi estremamente elevati per autorizzazioni a gestire farmacie in zone ad elevata densità di popolazione. Il fatto che tali autorizzazioni vengano negoziate a prezzi elevati indica che un regime che era forse all'inizio un mezzo per fornire un sistema di servizi farmaceutici equilibrato dal punto di vista geografico è stato trasformato in un mercato puramente economico, alquanto lontano dagli intendimenti originali. È ovvio che la liberalizzazione di tale sistema possa influire negativamente su coloro che hanno versato somme considerevoli per autorizzazioni il cui valore è stato gonfiato da misure restrittive imposte dalle autorità asturiane. Tuttavia, è sempre capitato che quando il diritto comunitario viene applicato in maniera da eliminare restrizioni alle libertà fondamentali, la conseguente liberalizzazione abbia fatto scaturire esiti negativi sui beneficiari di tali restrizioni. Nella sentenza Centro Europa 7 (causa C-380/05), per esempio, la Corte ha ritenuto che il diritto comunitario imponesse che a un'emittente fosse consentito trasmettere sulle frequenze ad essa attribuite da una normativa nazionale sulle licenze nonostante l'impatto che ciò aveva sugli interessi di utenti "de facto" delle stesse frequenze (v. punti 40 e 108-116 della sentenza). Se, in questa tipologia di cause, esista una possibile rivendicazione giuridica nei confronti dello Stato da parte di coloro che hanno investito in quel mercato in base a determinate aspettative sulla modalità di regolamentazione del mercato stesso è un tipico problema di diritto nazionale, che, tuttavia, non è di competenza della Corte.

50 – V. le osservazioni presentate da Blanco Pérez, Chao Gómez e Plataforma para la libre apertura de farmacias, pag. 38 (versione in lingua spagnola); v. anche le osservazioni scritte della Commissione, pagg. 27-28 (versione in lingua spagnola).

popolate per promuoverne l'apertura in zone meno popolate sarebbe stato giustificato se organizzato in maniera più coerente e sistematica. In ogni caso, per gli anzidetti motivi, ciò non vale per il regime in vigore nelle Asturie.

36. Riguardo al requisito geografico secondo cui non può essere aperta nessuna farmacia a meno di 250 metri di distanza da un'altra o da una clinica pubblica, occorre innanzi tutto esaminare se tale requisito sia idoneo al perseguimento dell'obiettivo di distribuzione delle farmacie sull'intero territorio. In primo luogo, va rilevato che tale politica incoraggerebbe detta distribuzione garantendo che le farmacie non si raggruppino in piccole aree commerciali centrali o nei pressi di centri sanitari, lasciando, così, sguarnite altre zone. Il provvedimento non è del tutto coerente, giacché non contiene requisiti di distanza minimi con riferimento a zone farmaceutiche in cui è presente una sola farmacia (51). Tuttavia, questa eccezione non pregiudica l'adeguatezza della disposizione, in quanto la concentrazione non costituirebbe un problema laddove vi fosse una sola farmacia. Per giunta, pare ragionevole riconoscere che in zone di dimensioni così esigue l'area commerciale sia troppo piccola per consentire alle farmacie di disseminarsi.

37. La seconda giustificazione consiste nel fatto che l'anzidetto requisito aumenta i profitti ricavabili da una farmacia che opera in un'area urbana, il che incentiva i farmacisti ad avviare attività in zone insufficientemente coperte allo scopo di ottenere, eventualmente, l'autorizzazione a operare in un'area densamente abitata. Riguardo a questo obiettivo, risulta che tale requisito sia stato applicato in maniera sistematica e coerente. Le parti non hanno apportato elementi di prova relativamente a deroghe recenti che avrebbero pregiudicato lo scopo dichiarato della norma.

38. Se la cifra di 250 metri superi o meno ciò che è necessario per raggiungere questo scopo è una questione più difficile. Alcune parti sostengono che tale cifra sia obsoleta e non si addica alla maggiore densità di popolazione oggigiorno riscontrata in molte zone. È anche possibile che il suddetto requisito avvantaggi alcune farmacie ben posizionate e presenti da lungo tempo a discapito di altre farmacie urbane, diminuendo in tal modo il potenziale utile futuro per la maggior parte dei singoli farmacisti che decidessero di esercitare la loro professione per un certo periodo in zone poco popolate. La valutazione del presente requisito dipende da diversi fattori, quali la densità di popolazione e la distribuzione della popolazione all'interno di una comunità e non sono stati portati sufficienti elementi di prova dinanzi alla Corte per consentirle di pronunciarsi su tale questione. Spetta al giudice nazionale valutare tale questione, alla luce della conoscenza più approfondita che egli possiede delle circostanze esistenti nelle Asturie, tenendo conto del livello di interferenza con il diritto di stabilimento, della natura dell'interesse pubblico invocato nonché – considerata la quantità e la distribuzione delle farmacie nelle Asturie e la distribuzione della popolazione – del livello di copertura universale che potrebbe essere raggiunto con sistemi meno restrittivi.

III – Conclusione

39. Alla luce di quanto sopra esposto, sono del parere che le questioni sottoposte alla Corte debbano essere risolte come segue:

– l'art. 43 CE osta a una normativa nazionale del tipo di quella oggetto della causa principale secondo cui è necessaria un'autorizzazione per l'apertura di una nuova farmacia e viene

51 – Art. 4, n. 2.

attribuita la priorità a coloro che hanno maturato esperienza in una zona del territorio di tale Stato membro.

– L'art. 43 CE osta ad una normativa nazionale del tipo di quella oggetto della causa principale secondo cui l'autorizzazione per l'apertura di una nuova farmacia è soggetta al soddisfacimento di un requisito connesso al numero di abitanti allo scopo di promuovere l'apertura di farmacie in zone meno popolate se tale scopo non è perseguito in maniera coerente e sistematica, in particolare se la medesima normativa non avvantaggia chiaramente coloro che aprono farmacie in zone insufficientemente servite rispetto a coloro che si limitano ad attendere di poter aprire una farmacia in una zona redditizia e conferisce un diritto di proprietà sulla licenza di apertura della farmacia in maniera da pregiudicare l'efficacia del regime di incentivi.

– Riguardo al requisito che impone una distanza minima tra le farmacie, spetta al giudice nazionale determinare se la distanza specifica imposta sia giustificata, tenendo conto del livello di interferenza con il diritto di stabilimento, della natura dell'interesse pubblico invocato nonché – considerata la quantità e la distribuzione delle farmacie nelle Asturie e la distribuzione e la densità della popolazione – del livello di copertura universale che potrebbe essere raggiunto con sistemi meno restrittivi.

(All. 7)

Cause pendenti avanti alla Corte di Giustizia in tema di farmacie

C-570/07 e C-571/07 Blanco Pérez et Chao Gómez/Consejería de salud y servicios sanitarios e.a.

(Contingentamento delle farmacie in funzione del numero di abitanti, obbligo di distanze minime e criterio preferenziale dell'esperienza maturata nel Principato delle Asturie)

C-315/08 Angelo Grisoli/Regione Lombardia e Comune di Roccafranca

(Contingentamento delle farmacie in funzione del numero di abitanti)

Il rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato mira ad un'interpretazione della Corte di giustizia sulla compatibilità della disciplina italiana (il Testo Unico delle leggi sanitarie – Regio decreto n. 1265/1934), con i principi del Trattato CE circa la protezione della salute pubblica e dei consumatori (artt. 152 e 153).

Le questioni riguardano le regole sulla presenza di un'unica sede farmaceutica nei comuni con popolazione inferiore a quattromila abitanti, e l'assoggettamento dell'istituzione della seconda sede farmaceutica nei comuni con popolazione inferiore a quattromila abitanti, a condizioni specifiche (l'eccedenza di popolazione di almeno il cinquanta per cento dei parametri, la distanza di almeno tremila metri dall'esercizio esistente, e la presenza delle particolari esigenze dell'assistenza farmaceutica in rapporto alle condizioni topografiche e di viabilità).

L'esistenza delle condizioni è valutata a cura sia delle aziende sanitarie locali sia nell'ordine professionale locale o comunque delle amministrazioni competenti in tema di organizzazione e controllo del servizio di assistenza farmaceutica.

(La causa è sospesa sino alla pronuncia delle cause riunite C-570/07 e C-571/07 Blanco Perez)

C-60/09 Lucio Rubano/ Regione Campania, Comune di Cusano Mutri

Il TAR Campania ha chiesto alla Corte di giustizia se siano compatibili con gli artt. 152 e 153 del Trattato dell'unione Europea

- la presenza di un'unica sede farmaceutica nei comuni con popolazione inferiore a quattromila abitanti.

- l'assoggettamento dell'istituzione della seconda sede farmaceutica, nei comuni con popolazione superiori ai quattromila abitanti, a condizioni quali l'eccedenza di popolazione di almeno il cinquanta per cento dei parametri, la distanza di almeno tremila metri dall'esercizio esistente, e la presenza delle particolari esigenze dell'assistenza farmaceutica in rapporto alle condizioni topografiche e di viabilità, da valutare a cura sia delle unità sanitarie (aziende sanitarie locali) sia dell'ordine professionale locale o comunque delle amministrazioni competenti in tema di organizzazione e controllo del servizio di assistenza farmaceutica.

C-217/09 Maurizio Polisseni contre A.S.L. N. 14 V.C.O. Omega

Domanda pregiudiziale del TAR Piemonte

C- 393/08 Sbarigia Emanuela/Azienda USL RM/A

La ricorrente, dott.ssa Sbarigia, in ragione dell'ubicazione nel centro storico della farmacia di cui è titolare, ha chiesto all'ASL RM/A l'esonero dal periodo di chiusura estiva per ferie 2006. Tale istanza è stata respinta.

Avverso il provvedimento la dott.ssa Sbarigia ha presentato ricorso, in pendenza del quale ha ulteriormente chiesto di essere autorizzata a non effettuare la chiusura annuale per ferie, ad effettuare un orario di apertura al pubblico più esteso e a non osservare il turno di chiusura estivo. Anche tale istanza è stata respinta.

Il TAR del Lazio, al quale la dott.ssa Sbarigia ha richiesto l'annullamento della deliberazione dell'AUSL ROMA A, propone alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale vertente sui divieti imposti dalla legge regionale Lazio n. 26/2002 sull'assoggettamento alla previa discrezionale valutazione dell'amministrazione, per poter ottenere nel Comune di Roma la deroga ai suddetti divieti.

Si pone il dubbio della compatibilità dei vincoli normativi in questione da un lato con i principi comunitari di tutela della libera concorrenza e della libera prestazione dei servizi, dall'altro con gli artt. 152 e 153 CE, nei quali si prevede un'azione della CE volta alla tutela della salute.

(Procedura scritta in corso)

Il caso Guiso-Gallisay c. Italia. Intervento all'udienza del 17 giugno 2009 dinanzi alla Grande Camera della Corte dei diritti dell'uomo di Strasburgo*

COURT EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Requête n. 58858/00

Guiso Gallisay c. l'Italie

pour article 1 du Protocole n. 1 de la Convention

AUDIENCE DE GRANDE CHAMBRE DU 17 JUIN 2009

1. Il faut tout d'abord dissiper certains malentendus que la partie requérante a semé exprès, dans le but de détourner la Cour sur ce qui est réellement l'*occupazione acquisitiva* (ou expropriation indirecte, comme la Cour l'appelle). Cette forme d'expropriation se caractérise comme suit:

a) une occupation d'urgence du terrain a lieu sur la base d'une déclaration d'utilité publique tout à fait légitime et d'un acompte de l'indemnité;

b) cette occupation se prolonge au-delà de la période autorisée (qui est en général de 5 ans), mais, entre-temps, aucun décret formel d'expropriation n'est rendu, ou ce décret est émis en retard, à savoir au delà du délai prévu;

c) entre temps la construction de l'ouvrage public est achevée;

d) cette situation entraîne que les juridictions doivent nécessairement trouver une solution pour rétablir l'ordre juridique violé et reconduire la situation dans la sphère du droit: le terrain ne peut pas être rendu au particulier parce que sur le terrain litigieux un ouvrage d'utilité publique a été désormais réalisé par l'administration avec les ressources issues de la contribution fiscale et, par ailleurs, la procédure administrative a été entamée légitimement, ainsi qu'un acompte de l'indemnité a été déjà octroyé au particulier dans la plus grande partie des cas. Quelle est donc la solution trouvée par les juridictions nationales? Reconnaître l'illégalité de l'administration (sous l'angle de l'article 2043 du code civil), déclarer qu'un transfert de propriété doit se considérer comme ayant eu lieu (à cause de l'existence, sur le terrain litigieux, de l'ouvrage d'utilité publique), ainsi qu'octroyer au particulier une somme à titre de dédommagement ;

e) auparavant cette somme n'atteignait pas la valeur vénale du bien ex-

(*) Innovando nella tradizione che vuole presente all'udienza solo l'Agente, in questa causa - su richiesta della Presidenza del Consiglio - ha partecipato anche l'Avvocato dello Stato.

propriété mais, en vertu d'une loi de 1996, seulement 55% de cette dernière; par la suite le Gouvernement a entièrement résolu, sous l'angle des mesures générales, ce problème par l'intervention de la Cour Constitutionnelle (arrêt n° 349/2007) et du Législateur (article 2 §§ 89-90 loi de budget 2007), comme d'ailleurs reconnu par la Cour elle-même (voir, *ex pluribus*, § 31 de l'arrêt qui nous occupe).

2. Dans son opinion dissidente la juge Tulkens affirme textuellement que « il n'est pas contesté que la situation en l'espèce est celle de la *privation arbitraire de biens* »; au contraire, le Gouvernement conteste cette conclusion, étant donnée l'existence d'un arrêt déclarant qu'un transfert de propriété doit se considérer comme ayant eu lieu ainsi que d'un dédommagement. Or, pourriez vous réellement considérer qu'une telle situation, où les conséquences de l'ingérence litigieuse ont été toutes effacées au niveau national, sauf en ce qui concerne le montant de l'indemnité qui s'élève seulement au 55% de la valeur vénale, soit donc comparable à une « mainmise illicite » ? Une réponse positive équivaudrait à un attachement excessif à la forme, et par conséquent il faudrait aussi estimer que, par exemple, le non-respect d'une date butoir ou l'oubli d'un tampon sur une feuille serait plus grave qu'une expropriation décrétee dans le respect scrupuleux de toutes les formalités et de tous les délais, mais sans indemnité, laquelle chose représenterait le contraire d'un jugement basé sur l'équité ! En effet, ce qu'il est important de souligner, à propos de l'expropriation indirecte, est que le particulier ne subit pas un dommage matériel plus élevé du simple fait que l'expropriation s'est achevée avec un jugement plutôt qu'avec un acte administratif. Bien entendu, il y a les frais de la procédure, mais ces derniers sont à la charge de l'administration perdante; il pourrait y avoir un dommage résultant du retard dans le paiement de l'indemnité, mais celui-ci est couvert par les intérêts et la réévaluation; enfin il pourrait y avoir un dommage résultant de la durée excessive de la procédure, mais il s'agit d'un dommage moral qui peut être indemnisé par un moyen approprié, prévu par la loi nationale.

3. En effet, créer, comme le voudrait la partie requérante, une catégorie unique de « dépossession illicite », dans laquelle seraient insérés des cas tout à fait différents et non homogènes entre eux, et appliquer, de façon généralisée et automatique, les critères *Papamichalopoulos*, prônés par les requérants, à n'importe quelle affaire qui, d'après la Cour, entre dans cette catégorie de la « dépossession illicite », conduit, sans aucun doute, à des résultats déraisonnables, injustes et incompatibles avec l'esprit et le but de la Convention, alors que la procédure devant la Cour porte sur un jugement avec équité (et l'équité représente le contraire de l'automatisme et de l'attachement à la forme). Dans l'affaire italienne, en effet, nous avons a) un arrêt déclarant qu'un transfert de propriété, du particulier à l'administration, doit se considérer comme ayant eu lieu, arrêt qui a donc donné la « sécurité juridique » concernant la privation

du terrain (§ 88 arrêt au principal). Même au cas où l'arrêt serait appelé, l'appel concernerait exclusivement le montant de l'indemnité, alors que le point concernant le passage de propriété du bien acquiert l'autorité de la chose jugée tout de suite, sur la base du principe *tantum devolutum quantum appellatum*, tiré de l'article 342 c.p.c.; ainsi que b) un dédommagement; bref, une situation telle à éliminer la violation pour la plupart, à la lumière de la même jurisprudence de la Cour. Au contraire, la situation dans l'affaire *Papamichalopoulos* était tout à fait différente: il s'agissait d'un terrain de vastes dimensions qui avait été occupé par une dictature militaire, sans aucune base légale, sans indemnité, et en dehors d'un but d'utilité publique, et où la propriété était restée au particulier et celui-ci n'avait eu aucune possibilité juridique de redresser la situation incriminée, comme d'ailleurs l'arrêt sur le fond le montre (1).

4. Il est important de souligner aussi que, dans l'affaire *Papamichalopoulos*, les requérants grecs avaient un terrain qui possédait un « potentiel de développement touristique » considérable et, donc, pour cette raison, ils avaient conçu la construction d'un complexe hôtelier qui avait reçu l'assentiment de l'autorité administrative (cet élément avait joué un rôle dans la décision de la Cour sur la satisfaction équitable (*Papamichalopoulos*, art. 50, § 37). Dans les affaires italiennes, au contraire, et notamment dans notre affaire qui concerne un terrain dénué de tout intérêt, la partie requérante voudrait appliquer les mêmes critères sans nullement exiger la preuve de l'existence d'une situation comparable et voudrait donc transformer ainsi, en une présomption irréfragable, ce qui, dans l'affaire grecque, était un fait concrètement démontré. En définitive, il faut accepter l'idée de restituer à l'affaire *Papamichalopoulos* son caractère d'affaire singulière, non susceptible de poser un principe d'application générale.

5. Ceci dit, le Gouvernement Italien a, depuis toujours, pensé que la matière qui nous occupe mérite une réflexion mûre et profonde et que cette opinion soit bien fondée est démontré: a) par des nombreuses contradictions dans lesquelles la Cour, elle-même, est parfois tombée dans ses précédents en la matière, ainsi que b) par la circonstance très significative que les conclusions, dans la présente affaire, de la partie requérante et de la partie intervenue *ad adjuvandum* sont différentes.

6. Quant au premier aspect, que l'on songe à certaines affaires turques

(1) « 41. L'occupation des terrains litigieux par le Fonds de la marine nationale a représenté une ingérence manifeste dans la jouissance du droit des requérants au respect de leurs biens. Elle ne relevait pas de la réglementation de l'usage de biens, au sens du second alinéa de l'article 1 du Protocole no 1 (P1-1). D'autre part, les intéressés n'ont pas subi d'expropriation formelle: la loi no 109/1967 n'a pas transféré la propriété desdits terrains au Fonds de la marine nationale. 45. La Cour estime que la perte de toute disponibilité des terrains en cause, combinée avec l'échec des tentatives menées jusqu'ici pour remédier à la situation incriminée, a engendré des conséquences assez graves pour que les intéressés aient subi une expropriation de fait incompatible avec leur droit au respect de leurs biens ».

(*I.R.S. et autres*, 20 juillet 2004, *Kadriye Yıldız et autres*, 10 octobre 2006, *Börekçiogulları (Çökmez) et autres*, 19 octobre 2006, *Ari et autres*, 3 avril 2007) dont les circonstances de fait sont bien plus graves que celles des affaires italiennes. L'arrêt *I.R.S.* est significatif: l'Etat s'était emparé d'un terrain des requérants en dehors de toute légalité et sans aucune garantie procédurale et les propriétaires n'avaient eu aucune possibilité de réaction efficace; or, le simple fait que cette situation d'illégalité continue se fût prolongée pendant 20 ans ou plus avait permis aux juridictions internes d'appliquer une sorte d'usuca-pion (*sui generis*, en raison de l'impossibilité effective pour les propriétaires de faire valoir leurs droits en temps utile) et de déclarer après coup que la propriété des biens était passée à l'Etat en leur refusant en même temps toute indemnisation en application d'une loi rétroactive; cependant la Cour a cru voir une différence avec les affaires italiennes d'expropriation et a donc calculé autrement le dommage matériel.

7. C'est là un exemple qui montre le degré d'incertitude juridique qui découle de l'adoption du « critère de la mainmise ».

8. Quant au deuxième aspect (concernant les incohérences de nos contreparties), la partie requérante demande, seulement maintenant, la restitution du bien, y compris les ouvrages publics y construits, outre un dédommagement à titre de perte de jouissance, ou, faute de cette restitution, un dommage matériel correspondant à une somme couvrant la valeur actuelle du terrain (à la lumière d'une estimation *ad hoc* faite par un expert mandaté par la Cour), augmentée du coût de construction des bâtiments publics construits sur le terrain, outre la perte de jouissance, déduction faite de la somme déjà perçue au niveau national: celui-ci est le paramètre de dédommagement utilisé dans l'affaire *Papamichalopoulos*. Il faut enfin ajouter, d'après les requérants, les dommages moraux, aussi. Il faut ajouter que, pour ce qui est du dommage matériel, la partie requérante a, au cours de toute la procédure, changé bien trois fois ses prétentions: dans la requête introductive elle a prôné la même méthode de calcul recommandée par le Gouvernement et acceptée par la Chambre, dans les observations sur la satisfaction équitable devant la Chambre elle a demandé plus de 15 millions d'euro à titre de dommage matériel, devant la Grande Chambre ses prétentions en matière de dommage matériel descendent à presque 6 millions d'euro. Voilà un exemple qui démontre, à lui seul, les incohérences de la méthode de calcul prônée par les requérants.

9. La tierce partie, intervenue en soutien de la partie requérante, demande, au contraire, la valeur vénale du terrain, établie par les juridictions nationales, plus index du coût de la vie et intérêts-moratoires, plus le 10% à titre de perte de chance d'une possible cession volontaire, plus frais et dépens du litige national, plus le montant dû à titre d'impôts. D'après la tierce partie, il faut enfin ajouter les dommages moraux « en mesure adéquate par rapport à la gravité de la violation et en tenant compte de l'incidence que celle-ci a eu sur la vie

de la victime ».

10. Les thèses des deux contreparties ne sont pas simplement en contradiction entre elles: elles sont mal fondées aussi, comme le Gouvernement est en mesure de le démontrer.

11. Quant à la partie requérante, il faut dire que: a) elle n'a jamais demandé la restitution du terrain, ni au niveau national ni dans sa requête déposée à la Cour: même dans cette dernière, la partie requérante s'est bornée à demander un dédommagement à la hauteur de la différence entre la valeur vénale du bien et le montant perçu, à savoir le 45% de ladite valeur vénale; b) en tout cas, il serait difficile de restituer le bien, car la partie requérante était propriétaire seulement d'une petite partie indivisible du terrain (chacun des trois requérants était copropriétaire dans un pourcentage de 29/360); c) sur le terrain litigieux un ouvrage d'utilité publique a été désormais réalisé par l'administration avec les ressources issues de la contribution fiscale et donc, sur la base d'un principe fondamentale de droit, la restitution n'est pas praticable; d) l'existence d'un arrêt déclarant officiellement qu'un transfert de propriété doit se considérer comme ayant eu lieu est de nature à estimer hors de question toute hypothèse de restitution; e) enfin, comme la Cour l'a souligné à maintes reprises, elle n'a aucune compétence en matière de décision sur la restitution d'un bien litigieux (voir, *ex pluribus*, l'affaire *Jensen et Rasmussen c. Danemark*, dec. du 20 mars 2003). Il se pose, donc, un problème uniquement de qualité du redressement, attendu que le paramètre du dédommagement, prévu par la loi 662/96, n'était pas à la hauteur de la valeur pleine, établie par la jurisprudence européenne, et c'est donc exclusivement sur ce type de redressement qu'il faut se pencher au niveau européen.

12. Et du reste, que les prétentions de la partie requérante soient tout à fait absurdes est démontré par un calcul très simple: pour que le dédommagement soit raisonnable, les requérants doivent recevoir encore le restant 45% de la valeur vénale du bien, montant à actualiser par intérêts moratoires et index du coût de la vie: la somme qui en résulte s'élève presque à 900.000 euro (la somme de 1.800.000 euro, liquidée dans l'arrêt du 21 octobre 2008, est le résultat d'une erreur, à savoir de l'inclusion de l'indemnité d'occupation dans les calculs de la valeur marchande du bien, comme d'ailleurs la même partie requérante le relève, de façon indirecte, à la page 27 de son mémoire). D'après les observations de la partie requérante sur la satisfaction équitable, au contraire, la somme au titre du seul dommage matériel s'élèverait à 15.360.641 euro, donc plus de 15 millions d'euro pour un terrain de 18.000 mètres carrés (en tenant compte qu'il s'agissait de copropriété et que la quote-part des trois requérants était de 87/360 pour les trois): presque 1.000.000 par mètre carré, donc, pour un terrain, de surcroît, dénué de tout intérêt, situé dans une zone périphérique d'une petite ville peu connue. Une prétention, donc, qui à elle seule démontre son caractère absurde.

13. Quant à la partie intervenante, elle soutient qu'à la valeur vénale du terrain, établie par les juridictions nationales, augmentée de l'index du coût de la vie et des intérêts-moratoires, il faut ajouter:

a) 10% à titre de perte de chance d'une possible cession volontaire, mais, à ce propos, le Gouvernement fait remarquer que la cession volontaire du bien fait abstraction de la forme de l'expropriation, étant donné que ladite cession peut être conclue après la déclaration d'utilité publique et jusqu'à ce que le décret d'expropriation n'est pas émis (2), ainsi que l'augmentation de 10% de l'indemnité est accordée même si la cession n'a pas eu lieu à cause d'un fait non imputable au particulier (3). Par conséquent, il est faux de dire que l'expropriation indirecte empêche le particulier de conclure la cession volontaire du bien, étant donné qu'une des conditions de ladite cession est justement le manque du décret d'expropriation, condition qui s'avère en cas d'expropriation indirecte;

b) les frais et dépens du litige national, mais ces derniers sont imposés, par les juridictions nationales, à l'administration, en tant que partie perdante de la procédure; il n'y a pas donc lieu de les faire payer deux fois à l'Etat;

c) le montant dû à titre d'impôts, mais il faut souligner que les dispositifs des jugements de la Cour, en matière d'expropriation, se lisent toujours comme suit: « *l'Etat défendeur doit verser aux requérants la somme suivant ..., plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt* » ; la Cour tenant déjà en compte, donc, la possibilité d'impôts sur la somme, la partie intervenante voudrait encore une fois doubler les sommes à payer de la part de l'Etat.

14. Les prétentions de la tierce partie sont donc manifestement mal fondées, sauf en ce qui concerne les dommages moraux qu'elle demande soient liquidés « en mesure adéquate par rapport à la gravité de la violation et en tenant compte de l'incidence que celle-ci a eu sur la vie de la victime ». A ce sujet, le Gouvernement est d'accord avec la tierce partie: la majeure ou mineure gravité de la violation se répercute sur le dommage moral, mais non pas sur le dommage matériel; la nature ou la gravité « juridique » de la violation, que l'on peut appeler le critère de la « mainmise illégale » ou de la « dépossession illicite », n'est pas un critère approprié pour l'évaluation du dommage matériel, étant donné que la somme allouée au titre du dommage matériel a une fonction purement compensatoire pour le requérant. Du reste, aucun principe conventionnel, d'autant moins celui découlant de l'art. 1 du Prot. 1 n'éta-

(2) Art. 45 §1 Répertoire de l'expropriation: "*Fin da quando è dichiarata la pubblica utilità dell'opera e fino alla data in cui è eseguito il decreto di esproprio, il proprietario ha il diritto di stipulare col soggetto beneficiario dell'espropriazione l'atto di cessione del bene o della sua quota di proprietà*".

(3) Art. 37 §2 Répertoire de l'expropriation: "*Nei casi in cui è stato concluso l'accordo di cessione, o quando esso non è stato concluso per fatto non imputabile all'espropriato ovvero perché a questi è stata offerta un'indennità provvisoria che, attualizzata, risulta inferiore agli otto decimi in quella determinata in via definitiva, l'indennità è aumentata del 10 per cento*".

blit une hiérarchie entre les divers, possibles manquements, même parce que, s'il en fût ainsi, on aurait une incohérence évidente, à savoir: à préjudice économique égal, compensation différente en fonction d'un élément qui n'a aucune incidence sur l'ampleur du dommage. Que l'on songe, par exemple, au défaut de « base légale »; tout d'abord, même dans cette notion de « base légale », compte tenu de son ampleur, il pourrait y avoir manquement et manquement; en deuxième lieu, ce défaut n'autorise nullement l'octroi d'une satisfaction équitable, au titre du dommage matériel, supérieure à celle qui serait allouée en présence d'un autre manquement, par exemple le manque de proportionnalité. Eventuellement, le dommage moral pourrait jouer un rôle dans ce sens, mais jamais le dommage matériel. Le dommage moral pourrait y jouer un rôle et en effet il le joue: que l'on songe, en matière de dommage moral, à la différence très importante entre l'affaire d'expropriation directe *Scordino I* (euro 4.000, à titre de dommage moral, aux quatre requérants) et l'affaire d'expropriation indirecte *Carbonara et Ventura* (euro 200.000, à titre de dommage moral, aux quatre requérants). En effet, la méthode de calcul prévue en cas de « mainmise illicite » entraîne une multiplication de facteurs faisant double emploi et, par conséquent, une augmentation spectaculaire et immotivée du dédommagement.

15. Ce qu'il faut mettre en évidence est que la Cour risque de tomber dans une contradiction manifeste si elle affirme, d'une part, que « *l'indemnisation à fixer en l'espèce devra refléter l'idée d'un effacement total des conséquences de l'ingérence litigieuse* » et soutient, d'autre part, que « *le caractère illicite de pareille dépossession se répercute par la force des choses sur les critères à employer pour déterminer la réparation due par l'Etat défendeur; les conséquences financières d'une mainmise licite ne pouvant être assimilées à celles d'une dépossession illicite* » (§ 36 arrêt *Pasculli c. Italie*); contradiction manifeste, étant donné que, pour réparer intégralement le préjudice subi, il faut tenir compte de l'ampleur du préjudice et non pas de ce qui l'a causé.

En outre, on pourrait interpréter la deuxième phrase dans le sens que la Cour a tendance à attribuer à l'indemnisation pour dommage matériel un but punitif ou dissuasif à l'égard de l'État défendeur. Or, le Gouvernement est d'avis que la Convention, qui, à l'instar de tout traité, n'échappe pas à l'obligation d'interprétation littérale, n'assigne à la Cour aucun pouvoir de sanctionner l'Etat concerné par le biais d'une sur-évaluation du dommage matériel. Il y avait, certes, dans le passé, une jurisprudence de la Cour, par exemple en matière de durée de procédure, d'après laquelle l'accumulation de violations systématiques est constitutive d'une pratique incompatible avec la Convention et constitue une circonstance aggravante, mais pour parvenir à cela il faut non seulement une accumulation de violations identiques ou analogues, suffisamment nombreuses, mais une tolérance officielle, aussi, alors qu'en l'espèce, le Gouvernement a entièrement résolu ce problème, comme d'ailleurs reconnu

par la Cour elle-même (voir, *ex pluribus*, § 31 de l'arrêt qui nous occupe).

16. En outre, à l'appui de leurs thèses, aussi bien la Cour, dans l'arrêt *Papamichalopoulos*, que la partie requérante et la tierce partie mentionnent un vieil arrêt de 1928 de la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*; or, nous sommes en mesure de démontrer que l'interprétation, qui est donnée aux principes fondamentaux de droit international découlant de cet arrêt de la Cour de justice internationale, est une interprétation clairement incorrecte. En effet, d'après la CJI, la restitution en nature est valablement remplacée par le « *paiement d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en nature* », auquel pourrait s'ajouter, « *s'il y a lieu* » (c'est-à-dire, à condition qu'un préjudice ultérieur soit établi dans son existence et son ampleur), un dédommagement « *pour les pertes subies et qui ne seraient pas couvertes par la restitution en nature ou le paiement qui en prend la place* ». La Cour Européenne, au contraire, présume l'existence, outre le dommage lié à la perte de la propriété, d'un préjudice ultérieur de telle ampleur qu'il n'est pas compensé par l'actualisation et, donc, chiffre automatiquement ce préjudice ultérieur, lui-même hypothétique, à la hauteur de la valeur brute des œuvres réalisées par l'Etat ou de leur coût de construction, en l'ajoutant à la valeur actualisée du terrain. En bref, le dommage ultérieur, que la CJI exige soit spécifiquement prouvé par l'intéressé, est par la Cour Européenne automatiquement calculé en fonction de l'existence des constructions. Cette façon d'indemnisation est non seulement contraire aux principes de la CJI (de surcroît mentionnés par la même Cour Européenne), mais elle se heurte à un simple raisonnement d'ordre logique: d'après un principe général largement accepté dans les systèmes juridiques européens, la restitution en nature doit se faire après rétablissement des conditions dans lesquelles l'objet à restituer se trouvait au moment de la dépossession; il n'est donc pas correct, en droit, de dire que « *les bâtiments forment une composante de la restitutio in integrum* » (§ 40 de l'arrêt *Papamichalopoulos* sur la satisfaction équitable); bien au contraire, d'après un principe général et une logique banale, les bâtiments constituent un élément étranger par nature à la *restitutio in integrum*. Cette jurisprudence *Papamichalopoulos*, donc, n'est nullement cohérente avec le principe affirmé par la CJI, dont elle déclare s'inspirer.

17. D'après le Gouvernement, les critères *Papamichalopoulos* ne sont pas critiquables seulement par rapport à leur application aux affaires italiennes d'expropriation, ils sont critiquables aussi en soi: et en effet, dans son mémoire, le Gouvernement a énuméré bien 13 raisons pour lesquelles ces critères doivent être considérés critiquables en soi, 13 raisons qu'il serait impossible, pour des raisons de temps, de répéter de nouveau oralement. Il suffit de dire que lier la méthode de calcul du préjudice matériel à la gravité de la violation méconnaît le principe de subsidiarité, est mal fondé sous un angle logique, produit des inégalités injustifiées (par exemple, deux propriétaires expropriés

d'un bien parfaitement équivalent et dans des conditions identiques seront indemnisés de manière différente selon l'usage public qui est fait de leur bien: construction d'un édifice coûteux et de grande valeur ou, à l'inverse, réalisation d'une œuvre simple, peu coûteuse et dénuée d'intérêt commercial, donc à préjudice économique égal, compensation différente en fonction d'un élément aléatoire, comme aléatoire est d'ailleurs la date à laquelle la Cour rend son arrêt, date qui certes influence la valeur du terrain). Enfin ladite méthode ne correspond nullement aux principes juridiques en vigueur dans les Etats européens. En effet, d'après une règle générale d'économie et de droit largement partagée dans les Etats européens, la méthode normale de réévaluation d'un bien est l'actualisation de la valeur initiale, à partir du fait illicite ou de l'arrêt tranchant le différend, en proportion de la dépréciation de la monnaie: d'autre part celle-ci n'est que la méthode que la Cour, elle-même, utilise déjà lorsque il faut déduire, de la somme que l'Etat doit verser aux requérants, l'indemnité, à actualiser, obtenue par ces derniers au plan national en son temps (4). L'estimation *ex novo* de la valeur « actuelle » d'un bien à une date donnée, au contraire, ne se justifie qu'en présence d'un commencement de preuve indiquant de manière précise et concluante que des circonstances particulières ont influencé la hausse du marché de manière non proportionnelle à l'inflation.

18. Toujours à ce propos, les articles 934 et 936 du code civil italien, à l'instar de tous les codes européens, établissent que, dans les différends entre particuliers, le propriétaire de bonne foi d'un terrain peut retenir la construction sur son terrain, faite par un tiers, pourvu qu'il lui donne le coût de construction; la *ratio* sous-jacente de cette norme est d'éviter aussi bien un enrichissement illégitime du propriétaire du terrain (qui n'avait pas supporté les frais de l'investissement) qu'une perte injuste de la part du constructeur, alors que, d'après les critères *Papamichalopoulos*, l'Etat devrait dépenser deux fois la somme correspondant au coût de construction. Et d'autre part il ne saurait nullement se justifier sur le plan logique et de l'équité qu'un particulier obtienne gratuitement la valeur positive d'un investissement que d'autres ont réalisé (et payé) à sa place.

19. En conclusion, par le biais d'une multiplication de plusieurs facteurs faisant double emploi, la partie requérante voudrait obtenir un dédommagement spectaculaire qui, de façon immotivée, transforme une violation de la propriété, en grande partie déjà réglée au plan interne, dans une véritable au-

(4) Voir, à ce sujet, *ex pluribus*, arrêt *Pasculli c. Italie*, § 39. Elle décide que l'Etat devra verser à l'intéressé une somme correspondant à la valeur actuelle du terrain, augmentée de la plus-value apportée par la présence du bâtiment – qui en l'espèce a été estimée au même niveau que le coût de construction – et qui est susceptible de compenser le requérant également pour toute autre perte subie. De cette somme il convient ensuite de déduire l'indemnité se rapportant à la valeur du terrain obtenue par le requérants au plan national (à savoir 216 707 170 ITL de 1986, soit 111 919, 91 EUR, voir § 19 de l'arrêt au principal) et actualisée (soit environ 236 000 EUR).

baine injustifiée pour le requérant: ce qui se heurte aux principes de la logique, du droit et de l'équité et qui, en plus, tourne au détriment de la grande masse des particuliers, à savoir des contribuables, étant donné que ce sont les contribuables qui supporteront la charge des sommes, dont nous discutons.

20. Le Gouvernement est donc d'avis que la nouvelle méthode de dédommagement choisie par la Chambre est en soi conforme aux exigences de la Convention et, donc, qu'il ne faut pas la remettre en cause. Par conséquent, on demande à la Cour d'accepter les conclusions de la Chambre, en corrigeant l'erreur de calcul du dommage matériel faite dans l'arrêt de la Chambre et en fixant à 900.000 euro le montant du dommage matériel, et enfin de rejeter les prétentions de la partie requérante comme étant mal fondées.

Nicola Lettieri
co-Agent du Gouvernement

Giuseppe Albenzio
Avocat d'Etat

LE DECISIONI DELLA CORTE DI GIUSTIZIA CE

Prescrizione del diritto al risarcimento del danno nei confronti dello Stato per violazioni del diritto comunitario

(Corte di Giustizia delle Comunità europee, Grande Sezione, sentenza del 24 marzo 2009 nella causa C-445/06)

Con la sentenza resa dalla Grande Sezione il 24 marzo 2009, causa C-445/06, *Danske*, la Corte di giustizia delle Comunità europee ha affermato importanti principi in materia di prescrizione del diritto al risarcimento del danno nei confronti dello Stato per violazione del diritto comunitario ed in particolare per effetto dell'omessa, tardiva o errata trasposizione di una direttiva comunitaria.

Com'è noto, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia (sentenza 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich e Bonifaci*; sentenza 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93 *Brasserie du Pêcheur e Factortame*; sentenza 10 luglio 1997, causa C-261/95, *Palmisani*; sentenza 25 febbraio 1999, causa C-131/97, *Carbonari*; sentenza 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Köbler*; sentenza 13 giugno 2006, causa C-173/03, *Traghetti del mediterraneo*; ordinanza 23 aprile 2008, causa C-201/05, *The Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*) il principio della responsabilità degli Stati per violazione del diritto comunitario, pur non essendo espressamente previsto, trova il suo fondamento in due norme del Trattato: l'art. 10 che sancisce il principio di leale collaborazione degli Stati e l'art. 288 che prevede la responsabilità extracontrattuale della Comunità, conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri. Classico esempio di violazione, da parte degli Stati, del diritto comunitario è la mancata, tardiva o non corretta trasposizione di una direttiva, obbligo imposto dall'art. 249 del Trattato.

Ciò premesso, la citata sentenza del 24 marzo 2009 ha confermato innanzitutto che, in mancanza di una normativa comunitaria che regoli in modo diretto e puntuale la responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario, spetta ai singoli ordinamenti nazionali disciplinare le modalità procedurali dei ricorsi diretti a garantire la piena tutela dei diritti conferiti alle persone dal diritto comunitario, fermo restando che le condizioni e i termini stabiliti dalle legislazioni nazionali in materia di risarcimento del danno non

possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano azioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza) e non possono essere congegnate in modo da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento (principio di effettività).

A tale proposito, è stato ritenuto ragionevole il termine di decadenza triennale previsto dalla legislazione tedesca nella causa principale (punti 31 e 32). Al riguardo, va ricordato che la Corte di giustizia (sentenza del 10 luglio 1997, causa C-261/95, *Palmisani*, punto 29) aveva già ritenuto congruo il termine di decadenza annuale fissato dall'art. 2, comma 7 del d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 80 per il danno derivante dalla mancata attuazione della direttiva 80/987/CEE concernente la tutela dei lavoratori in caso di insolvenza del datore di lavoro.

Quanto all'interruzione o alla sospensione dei termini di prescrizione per effetto della presentazione di un ricorso per inadempimento, la Corte di giustizia ha inoltre affermato che spetta agli Stati membri disciplinare tali aspetti purché siano osservati i principi di equivalenza e di effettività, ribadendo che non si può subordinare il risarcimento del danno al presupposto di una previa constatazione, da parte della Corte, dell'inadempimento imputabile allo Stato membro per violazione del diritto comunitario, elemento significativo ma non indispensabile (punti 36 – 38). Sotto tale profilo, la Corte ha quindi concluso che la circostanza che un ricorso per inadempimento non abbia l'effetto di interrompere o di sospendere il termine di prescrizione non rende impossibile o eccessivamente difficile, per il soggetto, esercitare i diritti conferitigli dal diritto comunitario, né lede il principio dell'equivalenza, tenuto conto delle peculiarità della procedura *ex art. 226 CE* che non è tesa a tutelare diritti propri della Commissione e non è quindi assimilabile, sotto tale aspetto, al rimedio nazionale previsto per la responsabilità amministrativa, azionato dal soggetto leso (punti 39 e 45).

Quanto alla decorrenza della prescrizione, la Corte ha affermato che il diritto comunitario non osta a che il termine di prescrizione di un'azione di risarcimento nei confronti dello Stato, basata sulla carente trasposizione di una direttiva, inizi a decorrere dalla data in cui i primi effetti lesivi di detto scorretto recepimento si siano verificati, anche qualora tale data sia antecedente alla corretta e completa trasposizione della direttiva in questione nell'ordinamento nazionale, dovendosi ritenere che il principio contrario affermato nella sentenza del 25 luglio 1991, causa C-208/90, *Emmott*, fosse determinato dalle circostanze particolari di detta causa (punto 56).

La Corte ha infine chiarito che spetta al giudice nazionale stabilire la conformità al diritto comunitario di una legislazione, come quella tedesca, che esclude il risarcimento del danno ove il soggetto leso non abbia dato prova di una ragionevole diligenza, omettendo, dolosamente o colposamente, di evitare la realizzazione del danno mediante la proposizione delle azioni previste dal

diritto nazionale. Al riguardo, la Corte ha comunque escluso che la probabilità che in tale sede il giudice adito sollevi una questione pregiudiziale *ex art. 234 CE* renda non esigibile dai soggetti lesi l'esperienza dei mezzi di ricorso a loro disposizione in quanto l'utilizzo di tale strumento di cooperazione tra la Corte e i giudici nazionali non contribuisce assolutamente a rendere eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti al singolo dal diritto comunitario (punti 64 e 65).

Al riguardo, si ricorda che la recente sentenza delle SS.UU. della Corte di cassazione del 17 aprile 2009, n. 9147 ha stabilito che la domanda risarcitoria per tardiva trasposizione di direttiva comunitaria non rientra nello schema della responsabilità extracontrattuale ma in quello della responsabilità *ex lege* dello Stato inadempiente, di natura indennitaria per attività non antiggiuridica e sussistente a prescindere dalla sussistenza del dolo o della colpa e dal carattere non *self executing* della direttiva, con conseguente applicabilità della prescrizione decennale. La natura risarcitoria del diritto vantato nei confronti dello Stato per violazione del diritto comunitario era stata invece in precedenza affermata non solo dalla stessa Corte di cassazione (Cass. 9 novembre 1994, n. 9339) ma anche dalla Corte costituzionale (sentenza 16 giugno 1993, n. 285).

*Avv. Wally Ferrante**

Corte di Giustizia delle Comunità europee, Grande Sezione, sentenza 24 marzo 2009 nella causa C-445/06 - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Bundesgerichtshof (Germania) - Danske Slagterier/Bundesrepublik Deutschland. (Avvocato dello Stato W. Ferrante - AL 8375/07).

Misure di effetto equivalente – Polizia sanitaria – Scambi intracomunitari – Carni fresche – Controlli veterinari – Responsabilità extracontrattuale di uno Stato membro – Termine di prescrizione – Determinazione del danno.

(... *Omissis*)

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli artt. 5, n. 1, lett. o), e 6, n. 1, lett. b), sub iii), della direttiva del Consiglio 26 giugno 1964, 64/433/CEE, relativa alle condizioni sanitarie per la produzione e l'immissione sul mercato di carni fresche (GU 1964, n. 121, pag. 2012), come modificata dalla direttiva del Consiglio 29 luglio 1991, 91/497/CEE (GU L 268, pag. 69; in prosieguo: la «direttiva 64/433»), degli artt. 5, n. 1, 7 e 8 della direttiva del Consiglio 11 dicembre 1989, 89/662/CEE, relativa ai controlli veterinari applicabili negli scambi intracomunitari, nella prospettiva della realizzazione del mercato interno (GU L 395, pag. 13), nonché dell'art. 28 CE.

(*) Avvocato dello Stato.

2 Tale domanda è stata sottoposta nell'ambito di una controversia fra la Danske Slagterier e la Repubblica federale di Germania, vertente su una richiesta di risarcimento danni.

Contesto normativo

La normativa comunitaria

3 L'art. 5, n. 1, della direttiva 64/433 così prevede:

«Gli Stati membri provvedono affinché siano dichiarati non idonei al consumo umano dal veterinario ufficiale:

(...)

o) le carni che presentino intenso odore sessuale».

4 L'art. 6, n. 1, della medesima direttiva dispone quanto segue:

«Gli Stati membri provvedono affinché:

(...)

b) le carni:

(...)

iii) fatti salvi i casi di cui all'articolo 5, paragrafo 1, lettera o), di suini maschi non castrati di peso, espresso in carcassa, superiore a 80 chilogrammi, tranne qualora lo stabilimento sia in grado di garantire, in base a un metodo riconosciuto secondo la procedura di cui all'articolo 16 oppure, in mancanza di tale metodo, secondo un metodo riconosciuto dall'autorità competente interessata, che è possibile individuare le carcasse che presentano un intenso odore sessuale,

siano munite del bollo speciale stabilito dalla decisione 84/371/CEE [della Commissione 3 luglio 1984, che stabilisce le caratteristiche del bollo speciale per le carni fresche di cui all'articolo 5, lettera a), della direttiva 64/433/CEE del Consiglio (GU L 196, pag. 46)] e sottoposte al trattamento previsto dalla direttiva 77/99/CEE [del Consiglio 21 dicembre 1976, relativa a problemi sanitari in materia di scambi intracomunitari di prodotti a base di carne (GU 1977, L 26, pag. 85)];

(...)

g) i trattamenti previsti alle lettere precedenti siano effettuati nello stabilimento d'origine o in qualsiasi altro stabilimento designato dal veterinario ufficiale;

(...))».

5 Le disposizioni della direttiva 64/433 dovevano essere trasposte nel diritto nazionale entro il 1° gennaio 1993.

6 L'art. 5, n. 1, della direttiva 89/662 stabilisce che:

«Gli Stati membri destinatari adottano le seguenti misure di controllo:

a) la competente autorità può, nei luoghi di destinazione della merce, verificare tramite controlli veterinari per sondaggio non discriminatori il rispetto delle condizioni poste dall'articolo 3; in tale occasione essa può procedere a prelievi di campioni.

Inoltre, se la competente autorità dello Stato membro di transito o dello Stato membro destinatario dispone di elementi di informazione che consentano di ipotizzare un'infrazione, possono essere effettuati altresì controlli durante il trasporto della merce sul suo territorio, incluso il controllo di conformità dei mezzi di trasporto;

(...))».

7 Ai sensi dell'art. 7, n. 1, della direttiva in parola:

«Se, in occasione di un controllo effettuato nel luogo di destinazione della spedizione o durante il trasporto, la competente autorità di uno Stato membro constata:

(...)

b) che la merce non soddisfa le condizioni previste dalle direttive comunitarie o, in mancanza di decisioni sulle norme comunitarie previste dalle direttive, dalle norme nazionali, essa può lasciare allo speditore o al suo mandatario, se le condizioni di salubrità o di polizia sanitaria lo consentono, la scelta tra:

- la distruzione della merce, oppure
- la sua utilizzazione ad altri fini, compresa la rispedizione su autorizzazione della competente autorità del paese dello stabilimento d'origine.

(...)».

8 Infine, l'art. 8 della direttiva in questione così dispone:

«1. Nei casi previsti dall'articolo 7, la competente autorità di uno Stato membro destinatario si mette immediatamente in contatto con la competente autorità dello Stato membro speditore. Quest'ultima prende tutte le misure necessarie e comunica alla competente autorità del primo Stato membro la natura dei controlli effettuati, le decisioni prese e le relative motivazioni.

(...)

2. (...)

Le decisioni adottate dalla competente autorità dello Stato destinatario devono essere comunicate, con l'indicazione delle relative motivazioni, allo speditore o al suo mandatario, nonché alla competente autorità dello Stato membro speditore.

A richiesta dello speditore o del suo mandatario, le decisioni motivate devono essergli comunicate per iscritto con l'indicazione delle vie di ricorso offerte dalla legislazione vigente nello Stato membro di destinazione, nonché della forma e dei termini prescritti per il ricorso stesso.

(...)».

La normativa nazionale

9 Ai sensi dell'art. 839 del codice civile tedesco (Bürgerliches Gesetzbuch), nella versione in vigore fino al 31 dicembre 2001 (in prosieguo: il «BGB»):

«(1) Il pubblico ufficiale che, con un comportamento doloso o colposo, violi gli obblighi impostigli dal proprio ufficio nei confronti di un terzo è tenuto a risarcire al terzo il danno che ne deriva. Se il pubblico ufficiale ha agito solo colposamente, egli è tenuto al risarcimento solo se il soggetto leso non riesce ad ottenerlo in altro modo.

(2) Il pubblico ufficiale che violi gli obblighi imposti dal proprio ufficio nel giudizio in una causa è responsabile del danno derivante solo ove la violazione dell'obbligo costituisca un reato. La presente norma non è applicabile ad un rifiuto o ad un ritardo contrario al proprio dovere nell'esercizio dell'ufficio.

(3) L'obbligo di risarcimento non sussiste se il soggetto leso abbia ommesso, dolosamente o colposamente, di evitare il danno avvalendosi di un mezzo d'impugnazione».

10 L'art. 852 del BGB prevedeva:

«(1) Il diritto al risarcimento del danno derivante da un atto illecito si prescrive in tre anni dal momento in cui il soggetto leso viene a conoscenza del danno e dell'identità della persona obbligata al risarcimento; in trent'anni dalla commissione dell'atto, indipendentemente dalla suddetta conoscenza.

(2) Ove siano in corso trattative circa il risarcimento del danno da corrispondere fra l'obbligato al risarcimento e l'avente diritto allo stesso, la prescrizione è sospesa fino a quando una delle due parti non si rifiuti di continuare le trattative.

(3) Qualora l'obbligato al risarcimento abbia ottenuto un beneficio mediante l'atto illecito a spese del soggetto leso, egli è tenuto alla restituzione anche dopo il decorso della prescrizione in base alle disposizioni sulla restituzione dell'indebito».

Causa principale e questioni pregiudiziali

11 La Danske Slagterier, un'associazione di categoria di imprese danesi di macelli, organizzate in cooperative, e di allevatori di suini, che agisce sulla base del diritto ad essa delegato dai propri membri, chiede alla Repubblica federale di Germania il risarcimento dei danni dovuti per una violazione del diritto comunitario. Detta associazione addebita allo Stato in parola di avere, in violazione del diritto comunitario, imposto dal 1993 al 1999 un divieto all'importazione di carni di suini maschi non castrati. A suo parere siffatto divieto avrebbe causato agli allevatori di suini e ai macelli, nel corso del periodo menzionato, un danno pari ad almeno DEM 280 milioni.

12 All'inizio degli anni '90 è stato lanciato in Danimarca un progetto chiamato «Male-Pig-Projekt», diretto all'allevamento di suini maschi non castrati. Orbene, detto tipo di allevamento, interessante da un punto di vista economico, presenta il rischio che la carne, dopo essere stata riscaldata, emani un intenso odore sessuale. Secondo alcuni ricercatori danesi si può constatare detta intensità olfattiva già nel corso dell'operazione di macellazione, misurando il tenore di scatolo. Per tale ragione, in Danimarca, tutte le linee di macellazione sono state equipaggiate di strumenti di misurazione dello scatolo, al fine di consentire di individuare e scartare la carne che presentasse l'odore in questione. All'epoca la Repubblica federale di Germania ha ciò nondimeno ritenuto che detta intensità olfattiva fosse dovuta all'ormone androstenone, la cui formazione può essere evitata tramite la castrazione in una fase precedente, e che il tenore di scatolo, considerato isolatamente, non potesse costituire di per sé un metodo affidabile per identificare l'odore sessuale.

13 Nel gennaio 1993 la Repubblica federale di Germania ha informato le massime autorità veterinarie degli Stati membri che la norma di cui all'art. 6, n. 1, lett. b), della direttiva 64/433 era stata trasposta nel diritto nazionale in modo da fissare un valore di $\mu\text{g/g}$ 0,5 di androstenone, indipendentemente dal limite di peso. Qualora, infatti, detto valore fosse superato, la carne presenterebbe un intenso odore sessuale e pertanto sarebbe inidonea al consumo umano. Con ciò essa sottolineava che solo il test immuno-enzimatico modificato del prof. Claus era riconosciuto come metodo specifico che permette di evidenziare l'androstenone, e che le carni di suini maschi non castrati, che superassero tale valore limite, non potevano essere importate in Germania quali carni fresche.

14 Numerosi lotti di carni suine provenienti dalla Danimarca sono quindi stati esaminati dalle autorità tedesche e respinti a causa del superamento del valore limite di androstenone. Peraltro, gli allevatori di suini e le imprese di macelli che avevano praticamente interrotto la produzione di suini maschi castrati hanno dovuto riavviarla per non compromettere le esportazioni verso la Germania. La Danske Slagterier fa valere che, se le carni di suini esportate fossero provenute, come previsto dal Male-Pig-Projekt, da suini non castrati, sarebbe stato possibile realizzare un risparmio in termini di costi di almeno DEM 280 milioni.

15 Il Landgericht Bonn (Tribunale di Bonn), investito dalla Danske Slagterier, il 6 dicembre 1999, di un'azione di responsabilità civile nei confronti della Repubblica federale di Germania, ha ritenuto tale azione fondata per il periodo a partire dal 7 dicembre 1996, respingendola in quanto prescritta nella parte relativa alle richieste di risarcimento dei danni sorte anteriormente a detta data. L'Oberlandesgericht Köln (Corte d'appello di Colonia), adito in appello, ha dichiarato complessivamente giustificata nel merito la domanda. Con un ricorso per cassazione («Revision») dinanzi al Bundesgerichtshof (Corte federale di cassazione tedesca), la Repubblica federale di Germania vuole ottenere il rigetto integrale della domanda.

16 La Corte, peraltro, con la sentenza 12 novembre 1998, causa C-102/96,

Commissione/Germania (Racc. pag. I 6871), ha dichiarato che la Repubblica federale di Germania è venuta meno agli obblighi che le incombono ai sensi degli artt. 5, n. 1, lett. o), e 6, n. 1, lett. b), della direttiva 64/433, nonché ai sensi degli artt. 5, n. 1, 7 e 8 della direttiva 89/662, da un lato, avendo imposto l'obbligo di marchiare e sottoporre a trattamento termico le carcasce di suini maschi non castrati quando le carni, indipendentemente dal peso degli animali, presentino una concentrazione di androstenone superiore a $\mu\text{g/g}$ 0,5, individuata mediante il test immuno-enzimatico modificato del prof. Claus, e, dall'altro, avendo considerato che, in caso di superamento del limite di $\mu\text{g/g}$ 0,5 di androstenone, le carni presentino un intenso odore sessuale, il che ha come conseguenza di renderle inidonee al consumo umano.

17 In tale contesto il Bundesgerichtshof ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se il combinato disposto degli artt. 5, n. 1, lett. o), e 6, n. 1, lett. b), (...) sub iii), della direttiva [64/433] e degli artt. 5, n. 1, 7 e 8 della direttiva 89/662 (...) conferiscano ai produttori e ai commercianti di carni suine una posizione giuridica che, in caso di errori di trasposizione o di applicazione, possa far sorgere un diritto, fondato sull'ordinamento comunitario, ad un risarcimento da parte dello Stato.

2) Se i produttori e commercianti di carni suine possano, a prescindere dalla risposta alla prima questione, lamentare la violazione dell'art. 30 del Trattato CE [divenuto art. 28 CE] per motivare un diritto, fondato sull'ordinamento comunitario, ad un risarcimento da parte dello Stato in caso di trasposizione e applicazione della suddetta direttiva contrarie al diritto comunitario.

3) Se il diritto comunitario imponga che la prescrizione del diritto, fondato sull'ordinamento comunitario, ad un risarcimento da parte dello Stato venga interrotta in seguito a un procedimento per inadempimento ai sensi dell'art. 226 CE o se, comunque, venga sospesa fino alla conclusione di tale procedimento, quando manchi un rimedio giuridico interno efficace per costringere lo Stato membro a trasporre una direttiva.

4) Se il termine di prescrizione per un diritto, fondato sull'ordinamento comunitario, ad un risarcimento da parte dello Stato che si basi sulla carente trasposizione di una direttiva e su un conseguente divieto (di fatto) di importazione, cominci a decorrere, a prescindere dal diritto nazionale applicabile, solo a partire dalla completa trasposizione della direttiva, oppure se il termine di prescrizione possa cominciare a decorrere, conformemente al diritto nazionale, già dal momento in cui si sono prodotti i primi effetti lesivi e ne siano prevedibili altri. Qualora la completa trasposizione di una direttiva dovesse incidere sull'inizio del termine di prescrizione, se ciò valga in generale o soltanto nei limiti in cui la direttiva conferisca un diritto ai soggetti dell'ordinamento.

5) Se, considerato che gli Stati membri non devono stabilire condizioni per fare valere il diritto, fondato sull'ordinamento comunitario, ad un risarcimento del danno da parte dello Stato più sfavorevoli rispetto ad altre azioni del medesimo genere che coinvolgono solo il diritto interno e che l'attribuzione di un risarcimento non deve essere resa di fatto impossibile o oltremodo difficile, sussistano obiezioni di principio nei confronti di una normativa nazionale ai sensi della quale l'obbligo di risarcimento non sorge quando la persona lesa ha dolosamente o colposamente ommesso di far ricorso alle vie giudiziarie per evitare il danno. Se parimenti sussistano obiezioni nei confronti di questa "priorità di tutela del diritto primario", qualora essa sia sottoposta alla condizione di dovere essere ragionevolmente esigibile dall'interessato. Se sia irragionevole esigerla già ai sensi del diritto comunitario, qualora il giudice adito non possa presumibilmente risolvere le questioni controverse di diritto comunitario

senza un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (...), o qualora sia già pendente un procedimento per inadempimento ai sensi dell'art. 226 CE».

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla prima e seconda questione

18 Con le prime due questioni, che vanno trattate congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se il combinato disposto degli artt. 5, n. 1, lett. o), e 6, n. 1, lett. b), sub iii), della direttiva 64/433 e degli artt. 5, n. 1, 7 e 8 della direttiva 89/662 conferiscano ai produttori e ai commercianti di carni suine, qualora dette direttive non siano correttamente trasposte o applicate, una posizione giuridica tale da far sorgere un diritto, fondato sull'ordinamento comunitario, ad un risarcimento da parte dello Stato per violazione del diritto comunitario e se, in siffatte circostanze, possano far valere una violazione dell'art. 28 CE per motivare il diritto a un risarcimento, stante la menzionata responsabilità dello Stato.

19 In proposito occorre preliminarmente ricordare che, secondo una costante giurisprudenza, il principio della responsabilità dello Stato per danni causati ai soggetti dell'ordinamento da violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili è inerente al sistema del Trattato CE (sentenze 19 novembre 1991, cause riunite C 6/90 e C 9/90, Francovich e a., Racc. pag. I 5357, punto 35; 5 marzo 1996, cause riunite C 46/93 e C 48/93, Brasserie du pêcheur e Factortame, Racc. pag. I 1029, punto 31; 23 maggio 1996, causa C 5/94, Hedley Lomas, Racc. pag. I 2553, punto 24, nonché 8 ottobre 1996, cause riunite C 178/94, C 179/94 e da C 188/94 a C 190/94, Dillenkofer e a., Racc. pag. I 4845, punto 20).

20 La Corte ha dichiarato che ai soggetti lesi è riconosciuto un diritto al risarcimento purché siano soddisfatte tre condizioni, vale a dire che la norma giuridica comunitaria violata sia preordinata a conferire loro diritti, che la violazione di tale norma sia sufficientemente qualificata e, infine, che esista un nesso causale diretto tra la violazione in parola e il danno subito dai soggetti lesi (v. citate sentenze Brasserie du pêcheur e Factortame, punto 51; Hedley Lomas, punto 25, nonché Dillenkofer e a., punto 21).

21 Per quanto riguarda la prima condizione, la Corte ha avuto occasione di esaminare la responsabilità degli Stati membri per violazioni del diritto comunitario nei casi di mancata trasposizione di direttive tendenti a realizzare il mercato interno (v., in particolare, citate sentenze Francovich e a. nonché Dillenkofer e a.). Tuttavia, a differenza delle controversie all'origine delle due menzionate sentenze, ove solamente il diritto derivato aveva creato un contesto giuridico che conferiva diritti ai soggetti, la causa principale tratta di una situazione in cui una delle parti della causa principale, ossia la Danske Slagterier, afferma che l'art. 28 CE le attribuirebbe già i diritti che essa invoca.

22 A tal proposito occorre ricordare che è pacifico che l'art. 28 CE ha efficacia diretta, nel senso che conferisce ai soggetti diritti che gli stessi possono direttamente far valere davanti ai giudici nazionali e che la violazione di dette norme può dar luogo a risarcimento (sentenza Brasserie du pêcheur e Factortame, cit., punto 23).

23 La Danske Slagterier si avvale altresì delle disposizioni delle direttive 64/433 e 89/662. Come risulta dal tenore del titolo e dal primo 'considerando' della direttiva 89/662, quest'ultima è stata adottata nella prospettiva della realizzazione del mercato interno, proprio come la direttiva 91/497, che modifica la direttiva 64/433, così come precisa il terzo 'considerando' della stessa. La libera circolazione delle merci è quindi uno degli obiettivi delle direttive in parola che, attraverso l'eliminazione delle disparità esistenti fra gli Stati membri in materia di prescrizioni sanitarie per le carni fresche, sono dirette a favorire gli scambi intracomunitari. Il diritto conferito dall'art. 28 CE viene dunque precisato e concretizzato dalle direttive di cui

trattasi.

24 Relativamente al contenuto delle direttive 64/433 e 89/662, si deve rilevare che esse disciplinano, in particolare, i controlli sanitari e la certificazione delle carni fresche prodotte in uno Stato membro e consegnate in un altro. Come risulta, segnatamente, dall'art. 7, n. 1, lett. b), della direttiva 89/662, gli Stati membri possono opporsi alle importazioni di carni fresche solamente quando la merce non soddisfa le condizioni previste dalle direttive comunitarie o in talune circostanze molto particolari, come in caso di epidemie. Il divieto per gli Stati membri d'impedire l'importazione conferisce ai soggetti il diritto di commercializzare la carne fresca conforme alle prescrizioni comunitarie in un altro Stato membro.

25 Peraltro, dal combinato disposto delle direttive 64/433 e 89/662 emerge che le misure dirette ad individuare un intenso odore sessuale di suino maschio non castrato sono state oggetto di armonizzazione comunitaria (sentenza Commissione/Germania, cit., punto 29). Detta armonizzazione vieta pertanto agli Stati membri, nell'ambito tassativamente armonizzato, di giustificare l'ostacolo alla libera circolazione delle merci per ragioni diverse da quelle previste dalle direttive 64/433 e 89/662.

26 Di conseguenza, si devono risolvere le prime due questioni dichiarando che i soggetti lesi dalla trasposizione e dall'applicazione carenti delle direttive 64/433 e 89/662 possono avvalersi del diritto alla libera circolazione delle merci per chiamare in causa la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario.

Sulla terza questione

27 Con la sua terza questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se il diritto comunitario imponga che, quando la Commissione delle Comunità europee avvia un procedimento per inadempimento ex art. 226 CE, il termine di prescrizione del diritto al risarcimento nei confronti dello Stato che si sia reso responsabile di una violazione del diritto comunitario, previsto dalla normativa nazionale, sia interrotto o sospeso durante tale procedimento, quando nello Stato interessato non esistono rimedi giuridici efficaci che consentano di esigere da quest'ultimo la trasposizione di una direttiva.

28 Una cronologia dei fatti della causa principale consente di chiarire detta questione. Dalla decisione di rinvio risulta infatti che il procedimento per inadempimento nei confronti della Repubblica federale di Germania, all'origine della citata sentenza Commissione/Germania, è stato avviato il 27 marzo 1996. I primi effetti dannosi sono stati subiti dai soggetti lesi a partire dal 1993, ma è solamente nel dicembre 1999 che questi ultimi hanno proposto ricorso per far valere la responsabilità dello Stato. Se, come prospettato dal giudice del rinvio, si applicasse il termine di prescrizione di tre anni di cui all'art. 852, n. 1, del BGB, il decorso di detto termine inizierebbe dalla metà del 1996, data in cui, secondo tale giudice, i soggetti lesi hanno avuto conoscenza del danno e dell'identità della persona su cui gravava la responsabilità. Pertanto, nella causa principale, il diritto al risarcimento nei confronti dello Stato sarebbe prescritto. Alla luce di ciò, è rilevante per la soluzione della controversia accertare se il deposito di un ricorso per inadempimento da parte della Commissione abbia avuto effetti sul termine di prescrizione in parola.

29 Tuttavia, per poter fornire una risposta utile al giudice a quo occorre verificare, in via preliminare, la questione implicitamente sollevata da quest'ultimo, ossia se il diritto comunitario osti all'applicazione per analogia del termine di prescrizione di tre anni di cui all'art. 852, n. 1, del BGB nella causa principale.

30 Relativamente all'applicazione dell'art. 852, n. 1, del BGB, la Danske Slagterier ha, infatti, lamentato una mancanza di chiarezza dell'ordinamento giuridico tedesco quanto alla

norma nazionale sulla prescrizione applicabile al diritto al risarcimento nei confronti dello Stato che si sia reso responsabile di una violazione del diritto comunitario, dato che detta questione non è ancora stata oggetto di misure legislative né di decisioni delle corti supreme e che la dottrina è parimenti divisa su tale argomento, essendo ipotizzabili vari fondamenti giuridici. L'applicazione, per la prima volta e per analogia, del termine ex art. 852 del BGB ai ricorsi per far valere la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario costituirebbe una violazione dei principi di certezza e chiarezza del diritto, così come dei principi di effettività e di equivalenza.

31 In proposito si deve rilevare che, secondo costante giurisprudenza, in mancanza di una normativa comunitaria, spetta all'ordinamento giuridico nazionale di ogni Stato membro designare i giudici competenti e disciplinare le modalità procedurali dei ricorsi diretti a garantire la piena tutela dei diritti conferiti alle persone dal diritto comunitario. È quindi nell'ambito del diritto nazionale in tema di responsabilità che allo Stato incombe porre rimedio alle conseguenze del danno provocato, fermo restando che le condizioni, segnatamente quanto ai termini, stabilite dalle legislazioni nazionali in materia di risarcimento dei danni non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano azioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza) e non possono essere congegnate in modo da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento (principio di effettività) (v., in particolare, sentenze Francovich e a., cit., punti 42 e 43, nonché 10 luglio 1997, causa C 261/95, Palmisani, Racc. pag. I 4025, punto 27).

32 Per quanto concerne quest'ultimo principio, la Corte ha riconosciuto compatibile con il diritto comunitario la fissazione di termini di ricorso ragionevoli a pena di decadenza, nell'interesse della certezza del diritto, a tutela sia del contribuente sia dell'amministrazione interessata (v. sentenza 17 novembre 1998, causa C 228/96, Aprile, Racc. pag. I 7141, punto 19 e giurisprudenza ivi citata). Infatti, termini del genere non sono tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti dall'ordinamento giuridico comunitario. A tal proposito appare ragionevole un termine nazionale di decadenza triennale (v., in particolare, sentenze Aprile, cit., punto 19, nonché 11 luglio 2002, causa C 62/00, Marks & Spencer, Racc. pag. I 6325, punto 35).

33 Ciò posto, dal punto 39 della menzionata sentenza Marks & Spencer risulta parimenti che un termine di prescrizione, per adempiere la sua funzione di garantire la certezza del diritto, dev'essere stabilito previamente. Orbene, una situazione caratterizzata da un'incertezza normativa significativa può costituire una violazione del principio di effettività, poiché il risarcimento dei danni causati alle persone da violazioni del diritto comunitario imputabili ad un Stato membro potrebbe essere reso eccessivamente gravoso nella pratica, se detti soggetti non potessero determinare il termine di prescrizione applicabile con un ragionevole grado di certezza.

34 Spetta al giudice nazionale, tenuto conto del complesso degli elementi che caratterizzano la situazione di fatto e di diritto all'epoca dei fatti di cui alla causa principale, verificare, alla luce del principio d'effettività, se l'applicazione per analogia del termine ex art. 852, n. 1, del BGB alle domande di risarcimento dei danni provocati a seguito della violazione del diritto comunitario da parte dello Stato membro interessato fosse sufficientemente prevedibile dai soggetti.

35 Peraltro, relativamente alla compatibilità dell'applicazione per analogia del termine in parola con il principio di equivalenza, spetta parimenti al giudice nazionale accertare se, considerata siffatta applicazione, le condizioni per il risarcimento dei danni causati ai soggetti

dalla violazione del diritto comunitario da parte di detto Stato membro non siano state meno favorevoli rispetto a quelle applicabili al risarcimento di danni analoghi di natura interna.

36 Quanto all'interruzione o sospensione del termine di prescrizione in occasione della presentazione di un ricorso per inadempimento, dalle considerazioni che precedono risulta che spetta agli Stati membri disciplinare detto tipo di modalità procedurali, purché siano osservati i principi di equivalenza e di effettività.

37 Al riguardo va rilevato che non si può subordinare il risarcimento del danno al presupposto di una previa constatazione, da parte della Corte, di un inadempimento del diritto comunitario imputabile allo Stato (v. citate sentenze *Brasserie du pêcheur* e *Factortame*, punti 94-96, e *Dillenkofer e a.*, punto 28).

38 Infatti, la constatazione dell'inadempimento è certo un elemento significativo, ma non indispensabile per verificare che sia soddisfatta la condizione secondo cui la violazione del diritto comunitario dev'essere sufficientemente qualificata. Inoltre, i diritti conferiti ai soggetti non possono dipendere dalla valutazione della Commissione in ordine all'opportunità di avviare un procedimento ex art. 226 CE nei confronti di uno Stato membro, né dalle eventuali sanzioni della Corte che dichiara l'inadempimento (v. sentenza *Brasserie du pêcheur* e *Factortame*, cit., punti 93 e 95).

39 Un soggetto può quindi presentare una domanda di risarcimento osservando le modalità previste a tal fine dal diritto nazionale senza dover attendere la pronuncia di una sentenza che dichiara la violazione del diritto comunitario da parte dello Stato membro. Di conseguenza, la circostanza che un ricorso per inadempimento non abbia l'effetto di interrompere o sospendere il termine di prescrizione non rende impossibile o eccessivamente difficile, per il soggetto, esercitare i diritti conferitigli dal diritto comunitario.

40 La *Danske Slagterier*, peraltro, fa valere una violazione del principio di equivalenza, in quanto il diritto tedesco prevede l'interruzione del termine di prescrizione qualora venga azionato in parallelo un rimedio giuridico nazionale conformemente all'art. 839 del BGB; ebbene, un ricorso ex art. 226 CE dev'essere assimilato a siffatto genere di rimedio giuridico.

41 In proposito occorre rilevare che, al fine di una pronuncia sull'equivalenza delle norme procedurali, si deve accertare in modo oggettivo ed astratto l'analogia delle norme di cui trattasi in considerazione della loro rilevanza nel procedimento complessivamente inteso, dello svolgimento del procedimento medesimo e delle specificità di tali norme (v., in tal senso, sentenza 16 maggio 2000, causa C 78/98, *Preston e a.*, Racc. pag. I 3201, punto 63).

42 Nella valutazione dell'analogia delle norme in parola occorre tenere conto delle particolarità della procedura ex art. 226 CE.

43 A tale riguardo va ricordato che, nell'esercizio delle competenze di cui è investita in forza dell'art. 226 CE, la Commissione non è tenuta a dimostrare il proprio interesse ad agire (v. sentenze 4 aprile 1974, causa 167/73, *Commissione/Francia*, Racc. pag. 359, punto 15, e 10 aprile 2003, cause riunite C 20/01 e C 28/01, *Commissione/Germania*, Racc. pag. I 3609, punto 29). La Commissione, infatti, ha il compito di vigilare d'ufficio e nell'interesse generale sull'applicazione, da parte degli Stati membri, del diritto comunitario e di far dichiarare l'esistenza di eventuali inadempimenti degli obblighi che ne derivano, allo scopo di farli cessare (v. citate sentenze *Commissione/Francia*, punto 15, e 10 aprile 2003, *Commissione/Germania*, punto 29).

44 L'art. 226 CE non è dunque inteso a tutelare i diritti propri della detta istituzione. Spetta soltanto ad essa decidere se sia opportuno iniziare un procedimento per la dichiarazione di un inadempimento e, se del caso, per quale comportamento od omissione tale procedimento

debba essere intrapreso (sentenza 2 giugno 2005, causa C 394/02, Commissione/Grecia, Racc. pag. I 4713, punto 16 e giurisprudenza ivi citata). In proposito la Commissione dispone quindi di un potere discrezionale, che esclude il diritto dei soggetti di esigere dalla stessa istituzione di decidere in un senso determinato (v. sentenza 14 febbraio 1989, causa 247/87, Star Fruit/Commissione, Racc. pag. 291, punto 11).

45 Occorre, pertanto, constatare che il principio di equivalenza è rispettato da una normativa nazionale che non prevede l'interruzione o la sospensione del termine di prescrizione del diritto al risarcimento nei confronti dello Stato che si sia reso responsabile di una violazione del diritto comunitario quando la Commissione abbia avviato un procedimento ex art. 226 CE.

46 Alla luce di tutte le considerazioni precedenti si deve pertanto risolvere la terza questione dichiarando che il diritto comunitario non richiede che, quando la Commissione avvia un procedimento per inadempimento ex art. 226 CE, il termine di prescrizione del diritto al risarcimento nei confronti dello Stato che si sia reso responsabile di una violazione del diritto comunitario, previsto dalla normativa nazionale, sia interrotto o sospeso durante tale procedimento.

Sulla quarta questione

47 Con la quarta questione il giudice del rinvio chiede se il termine di prescrizione di un'azione di risarcimento nei confronti dello Stato, basata sulla carente trasposizione di una direttiva, inizi a decorrere, a prescindere dal diritto nazionale applicabile, unicamente a partire dalla completa trasposizione di tale direttiva, o se il termine in parola cominci a decorrere, conformemente al diritto nazionale, dalla data in cui i primi effetti lesivi di detta scorretta trasposizione si siano verificati e ne siano prevedibili altri. Qualora la completa trasposizione incida sul decorso del termine di prescrizione di cui trattasi, il giudice a quo chiede se ciò valga in generale o soltanto quando la direttiva attribuisca un diritto ai soggetti dell'ordinamento.

48 In proposito giova ricordare che, come menzionato ai punti 31 e 32 della presente sentenza, in mancanza di una normativa comunitaria, spetta agli Stati membri disciplinare le modalità procedurali dei ricorsi diretti a garantire la piena tutela dei diritti conferiti ai soggetti dal diritto comunitario, norme sulla prescrizione incluse, purché tali modalità rispettino i principi di equivalenza e di effettività. Occorre inoltre ricordare che la fissazione di termini di ricorso ragionevoli, a pena di decadenza, rispetta siffatti principi e, in particolare, non si può ritenere che renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti dall'ordinamento giuridico comunitario.

49 Nemmeno la circostanza che il termine di prescrizione previsto dal diritto nazionale inizi a decorrere dal momento in cui si sono verificati i primi effetti lesivi, e che siano prevedibili ulteriori effetti analoghi, è tale da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti dall'ordinamento giuridico comunitario.

50 La sentenza 13 luglio 2006, cause riunite da C 295/04 a C 298/04, Manfredi e a. (Racc. pag. I 6619), cui fa riferimento la Danske Slagterier, non è tale da inficiare detta conclusione.

51 Ai punti 78 e 79 della citata sentenza, la Corte ha considerato che non è da escludersi che un termine di prescrizione breve per la proposizione di un ricorso per risarcimento danni, decorrente dal giorno in cui un'intesa o una pratica concordata è stata posta in essere, possa rendere praticamente impossibile l'esercizio del diritto di chiedere il risarcimento del danno causato da tale intesa o pratica vietata. In caso di infrazioni continuate o ripetute, non è quindi impossibile che il termine di prescrizione si estingua addirittura prima che sia cessata l'infra-

zione e, in tal caso, chiunque abbia subito danni dopo la scadenza del termine di prescrizione si troverebbe nell'impossibilità di presentare un ricorso.

52 Orbene, ciò non si verifica nella fattispecie della causa principale. Dalla decisione di rinvio, infatti, risulta che il termine di prescrizione di cui trattasi nella presente controversia non può cominciare a decorrere prima che il soggetto leso abbia avuto conoscenza del danno e dell'identità della persona tenuta al risarcimento. In siffatte circostanze è quindi impossibile che un soggetto che ha subito un danno si trovi in una situazione nella quale il termine di prescrizione inizi a decorrere, e addirittura si estingua, senza che detto soggetto nemmeno sappia di essere stato leso, caso che invece si sarebbe potuto verificare nel contesto della controversia all'origine della citata sentenza *Manfredi e a.*, ove il termine di prescrizione cominciava a decorrere dal momento in cui veniva posta in essere l'intesa o la pratica concordata, e di cui taluni interessati potevano avere conoscenza unicamente in un momento decisamente successivo.

53 Quanto alla possibilità di stabilire il momento iniziale del termine di prescrizione prima della completa trasposizione della direttiva in parola, è vero che, al punto 23 della sentenza 25 luglio 1991, causa C 208/90, *Emmott* (Racc. pag. I 4269), la Corte ha dichiarato che, al momento della trasposizione corretta della direttiva, lo Stato membro inadempiente non può eccepire la tardività di un'azione giudiziaria avviata nei suoi confronti da un soggetto al fine di tutelare i diritti che ad esso riconoscono le disposizioni della direttiva, e che un termine di ricorso di diritto nazionale può cominciare a decorrere solo da tale momento.

54 Tuttavia, come confermato dalla sentenza 6 dicembre 1994, causa C 410/92, *Johnson* (Racc. pag. I 5483, punto 26), dalla sentenza 27 ottobre 1993, causa C 338/91, *Steenhorst-Neerings* (Racc. pag. I 5475), deriva che la soluzione elaborata nella menzionata sentenza *Emmott* era giustificata dalle circostanze proprie di detta causa, dove la decadenza dai termini arrivava a privare totalmente la ricorrente nella causa principale della possibilità di far valere il suo diritto alla parità di trattamento in virtù di una direttiva comunitaria (v., altresì, sentenze 17 luglio 1997, causa C 90/94, *Haahr Petroleum*, Racc. pag. I 4085, punto 52, e cause riunite C 114/95 e C 115/95, *Texaco e Oliegesellschaft Danmark*, Racc. pag. I 4263, punto 48, nonché 15 settembre 1998, cause riunite da C 279/96 a C 281/96, *Ansaldo Energia e a.*, Racc. pag. I 5025, punto 20).

55 Orbene, nella causa principale, né dal fascicolo né dai dibattimenti nel corso della fase orale risulta che l'esistenza del termine controverso abbia condotto, come nella causa all'origine della citata sentenza *Emmott*, a privare totalmente i soggetti lesi della possibilità di far valere i loro diritti dinanzi ai giudici nazionali.

56 La quarta questione va pertanto risolta dichiarando che il diritto comunitario non osta a che il termine di prescrizione di un'azione di risarcimento nei confronti dello Stato, basata sulla carente trasposizione di una direttiva, inizi a decorrere dalla data in cui i primi effetti lesivi di detta scorretta trasposizione si siano verificati e ne siano prevedibili altri, anche qualora tale data sia antecedente alla corretta trasposizione della direttiva in parola.

57 Alla luce della risposta data alla prima parte della quarta questione, non è necessario risolvere la seconda parte della stessa.

Sulla quinta questione

58 Con la quinta questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se il diritto comunitario osti ad una disposizione come quella di cui all'art. 839, n. 3, del BGB, la quale prevede che un soggetto non possa ottenere il risarcimento del danno di cui abbia omesso, dolosamente o colposamente, di evitare la realizzazione mediante le azioni in giudizio a sua disposizione. Il

giudice a quo precisa la sua questione, chiedendo se siffatta disciplina nazionale sia contraria al diritto comunitario nella misura in cui sia applicata a condizione che il ricorso a tale mezzo di tutela giuridica possa ritenersi ragionevolmente a disposizione dell'interessato. Il giudice del rinvio vorrebbe infine sapere se agire in giudizio possa considerarsi ragionevole qualora sia probabile che il giudice adito sollevi una questione pregiudiziale ex art. 234 CE, o qualora sia stato avviato un procedimento per inadempimento ex art. 226 CE.

59 Come ricordato nell'ambito delle soluzioni alle due questioni precedenti, in mancanza di una normativa comunitaria in materia, spetta agli Stati membri disciplinare le modalità procedurali delle azioni in giudizio dirette a garantire la tutela dei diritti conferiti ai soggetti dal diritto comunitario, purché tali modalità rispettino i principi di equivalenza e di effettività.

60 Relativamente all'impiego delle vie giudiziarie disponibili, la Corte ha dichiarato, al punto 84 della citata sentenza *Brasserie du pêcheur e Factortame*, per quanto riguarda la responsabilità di uno Stato membro per violazione del diritto comunitario, che il giudice nazionale poteva verificare se il soggetto leso avesse dato prova di una ragionevole diligenza per evitare il danno o limitarne l'entità e, in particolare, se esso avesse tempestivamente esperito tutti i rimedi giuridici a sua disposizione.

61 Invero, in forza di un principio generale comune agli ordinamenti giuridici degli Stati membri, la persona lesa, per evitare di doversi accollare il danno, deve dimostrare di avere agito con ragionevole diligenza per limitarne l'entità (sentenze 19 maggio 1992, cause riunite C 104/89 e C 37/90, *Mulder e a./Consiglio e Commissione*, Racc. pag. I 3061, punto 33, e *Brasserie du pêcheur e Factortame*, cit., punto 85).

62 Sarebbe tuttavia contrario al principio di effettività imporre ai soggetti lesi di esperire sistematicamente tutti i mezzi di tutela giudiziaria a loro disposizione, tenendo conto che ciò causerebbe difficoltà eccessive o non si potrebbe ragionevolmente esigerlo da loro.

63 Nella sua sentenza 8 marzo 2001, cause riunite C 397/98 e C 410/98, *Metallgesellschaft e a.* (Racc. pag. I 1727, punto 106), la Corte ha infatti dichiarato che l'esercizio dei diritti che le norme del diritto comunitario direttamente applicabili conferiscono ai privati sarebbe reso impossibile o eccessivamente difficoltoso se le loro domande di risarcimento, fondate sulla violazione del diritto comunitario, dovessero essere respinte o ridotte per il solo motivo che i privati non abbiano richiesto di beneficiare del diritto ad essi conferito dalle norme comunitarie, e negato loro dalla legge nazionale, impugnando il rifiuto dello Stato membro con i mezzi di ricorso previsti a tale scopo, richiamandosi al primato e all'applicabilità diretta delle disposizioni del diritto comunitario. In tal caso non sarebbe stato ragionevole esigere dai soggetti lesi che azionassero i mezzi di ricorso a loro disposizione, dal momento che dette persone avrebbero dovuto effettuare in ogni caso anticipatamente il pagamento controverso e che, anche qualora il giudice nazionale avesse dichiarato il carattere anticipato di tale pagamento incompatibile con il diritto comunitario, i soggetti di cui trattasi non avrebbero potuto ottenere gli interessi dovuti su detto importo e si sarebbero esposti ad un'eventuale sanzione (v., in tal senso, sentenza *Metallgesellschaft e a.*, cit., punto 104).

64 Di conseguenza si deve concludere che il diritto comunitario non osta all'applicazione di una disciplina nazionale quale quella ex art. 839, n. 3, del BGB, a condizione che si possa ragionevolmente esigere dal soggetto leso l'utilizzo dell'azione in giudizio in parola. Spetta al giudice del rinvio valutare, alla luce del complesso delle circostanze della causa principale, se tale caso si verifichi nella fattispecie.

65 Quanto alla possibilità che la via giudiziaria così intrapresa sia lo spunto per la proposizione di una domanda di pronuncia pregiudiziale e all'incidenza che ciò possa avere sulla

ragionevolezza di detta via giudiziaria, occorre ricordare che, secondo costante giurisprudenza, il procedimento ex art. 234 CE costituisce uno strumento di cooperazione tra la Corte e i giudici nazionali, per mezzo del quale la prima fornisce ai secondi gli elementi d'interpretazione del diritto comunitario necessari per risolvere le controversie dinanzi ad essi pendenti (v. sentenze 16 luglio 1992, causa C 83/91, Meilicke, Racc. pag. I 4871, punto 22, e 5 febbraio 2004, causa C 380/01, Schneider, Racc. pag. I 1389, punto 20). I chiarimenti così ottenuti dal giudice nazionale consentono quindi di agevolare ad esso l'applicazione del diritto comunitario, cosicché l'utilizzo di tale strumento di cooperazione non contribuisce assolutamente a rendere eccessivamente difficile per il soggetto l'esercizio dei diritti attribuitigli dal diritto comunitario. Non sarebbe pertanto ragionevole non utilizzare un'azione in giudizio per il solo motivo che in seguito ad essa venga probabilmente proposta una domanda di pronuncia pregiudiziale.

66 Ne risulta che la forte probabilità che in seguito a un'azione in giudizio venga proposta una domanda di pronuncia pregiudiziale non costituisce di per sé un motivo per concludere che l'utilizzo di detto mezzo non sia ragionevole.

67 Quanto alla ragionevolezza dell'obbligo di utilizzare i mezzi di ricorso disponibili quando un ricorso per inadempimento sia pendente dinanzi alla Corte, basti constatare che il procedimento ex art. 226 CE è assolutamente indipendente dai procedimenti nazionali e non li sostituisce. Come esposto relativamente alla soluzione della terza questione, un ricorso per inadempimento costituisce, infatti, un sindacato obiettivo di legittimità nell'interesse comune. Anche se il risultato di un ricorso del genere può essere funzionale agli interessi del soggetto, resta ciò nondimeno ragionevole che quest'ultimo cerchi di evitare la realizzazione del danno azionando tutti i mezzi a sua disposizione, ossia utilizzando le vie giudiziarie disponibili.

68 Da ciò deriva che l'esistenza di un ricorso per inadempimento pendente dinanzi alla Corte o la probabilità che la Corte sia investita di una domanda di pronuncia pregiudiziale non possono costituire, di per sé, un motivo sufficiente per concludere nel senso dell'irragionevolezza del ricorso ad un mezzo di tutela per via giudiziaria.

69 Si deve pertanto risolvere la quinta questione dichiarando che il diritto comunitario non osta all'applicazione di una disciplina nazionale, la quale prevede che un soggetto non possa ottenere il risarcimento del danno di cui abbia omesso, dolosamente o colposamente, di evitare la realizzazione mediante le azioni in giudizio a sua disposizione, a condizione che si possa ragionevolmente esigere dal soggetto leso l'utilizzo dell'azione in parola, il che spetta al giudice del rinvio valutare, alla luce del complesso delle circostanze della causa principale. La probabilità che il giudice nazionale proponga una domanda di pronuncia pregiudiziale ex art. 234 CE o l'esistenza di un ricorso per inadempimento pendente dinanzi alla Corte non possono costituire, di per sé, un motivo sufficiente per concludere che non sia ragionevole far ricorso a un'azione in giudizio.

Sulle spese

70 Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara:

1) I soggetti lesi dalla trasposizione e dall'applicazione carenti delle direttive del Consiglio 26 giugno 1964, 64/433/CEE, relativa alle condizioni sanitarie per la produzione e l'immissione sul mercato di carni fresche, come modificata dalla direttiva del Consiglio

29 luglio 1991, 91/497/CEE, e del Consiglio 11 dicembre 1989, 89/662/CEE, relativa ai controlli veterinari applicabili negli scambi intracomunitari, nella prospettiva della realizzazione del mercato interno, possono avvalersi del diritto alla libera circolazione delle merci per chiamare in causa la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario.

2) Il diritto comunitario non richiede che, quando la Commissione delle Comunità europee avvia un procedimento per inadempimento ex art. 226 CE, il termine di prescrizione del diritto al risarcimento nei confronti dello Stato che si sia reso responsabile di una violazione del diritto comunitario, previsto dalla normativa nazionale, sia interrotto o sospeso durante tale procedimento.

3) Il diritto comunitario non osta a che il termine di prescrizione di un'azione di risarcimento nei confronti dello Stato, basata sulla carente trasposizione di una direttiva, inizi a decorrere dalla data in cui i primi effetti lesivi di detta scorretta trasposizione si siano verificati e ne siano prevedibili altri, anche qualora tale data sia antecedente alla corretta trasposizione della direttiva in parola.

4) Il diritto comunitario non osta all'applicazione di una disciplina nazionale, la quale prevede che un soggetto non possa ottenere il risarcimento del danno di cui abbia omesso, dolosamente o colposamente, di evitare la realizzazione mediante le azioni in giudizio a sua disposizione, a condizione che si possa ragionevolmente esigere dal soggetto leso l'utilizzo dell'azione in parola, il che spetta al giudice del rinvio valutare, alla luce del complesso delle circostanze della causa principale. La probabilità che il giudice nazionale proponga una domanda di pronuncia pregiudiziale ex art. 234 CE o l'esistenza di un ricorso per inadempimento pendente dinanzi alla Corte non possono costituire, di per sé, un motivo sufficiente per concludere che non sia ragionevole far ricorso a un'azione in giudizio.

Un utile riassunto sul tema degli “appalti in house”

(Corte di Giustizia delle Comunità europee, Terza Sezione, sentenza 10 settembre 2009 nella causa C-573/07)

Il dibattito pubblicato in apertura della presente sezione della *Rassegna* ed, in ispecie, l'intervento del prof. Giampaolo Rossi, mostrano un particolare legame tra la problematica degli aiuti di Stato, soprattutto in relazione alle imprese che gestiscono servizi pubblici locali, ed il tema dell'*in house providing* e del partenariato pubblico/privato.

Le aperture da ultimo fatte dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia ad un più sereno rapporto con questi temi, non sembrano trovare tuttavia facile accoglienza nella legislazione nazionale e nella giurisprudenza del Consiglio di Stato. Questo orientamento in Italia potrebbe provocare quell'effetto di “disaiuto di Stato” che proprio il prof. Rossi mette in evidenza nel suo intervento: le imprese nazionali che gestiscono appalti *in house* e/o di partenariato restano penalizzate rispetto ad omologhe imprese che operano negli altri Stati membri (soprattutto in Francia e Spagna).

Si pubblica di seguito la decisione depositata dalla Corte di Giustizia il 10 settembre ultimo scorso su una questione pregiudiziale proposta dal TAR della Lombardia su un affidamento senza gara del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento di rifiuti solidi urbani in comuni in certa misura “consorziate”. L'importanza della decisione, che risolve la questione pregiudiziale, ritenendo gli affidamenti non ostativi con le norme comunitarie, consiste nell'aver raccolto in un unico documento, in relazione alle questioni poste dal giudice italiano, due anni di progressivo chiarimento/superamento delle tesi più radicali adombrate nelle celebri decisioni *Stadt Halle* e *Parking Brixen*. Il quadro che ne risulta conferisce agli appalti *in house* e alle società miste una dignità non residuale e notevoli spazi di intervento nel settore dei pubblici servizi, in relazione alle specifiche missioni che gli enti amministrativi intendono affidare a tali strutture. E' una rivincita dei “servizi pubblici” nel nuovo contesto dell'Europa che riscopre l'intervento pubblico nei settori in crisi.

Quasi da contrappunto a questa importante evoluzione della giurisprudenza europea, il nuovo testo dell'articolo 23 *bis* del D.L. 25 giugno 2008 n.112, introdotto dall'art. 15 del D.L. 25 settembre 2009 n. 135, *Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in G.U. n. 223 del 25 settembre 2009, sembra muoversi in direzione diversa dalla sentenza C-573/07, *Sea s.r.l.*, e dagli orientamenti europei che emergono in tema di impresa pubblica.

Corte di Giustizia delle Comunità europee, Terza Sezione, sentenza 10 settembre 2009 nel procedimento 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 - (Avv. dello Stato G. Fiengo - AL 9414/08).

«Appalti pubblici – Procedure di aggiudicazione – Appalto relativo al servizio di raccolta, trasporto e smaltimento di rifiuti urbani – Assegnazione senza gara d'appalto – Assegnazione ad una società per azioni il cui capitale sociale è interamente detenuto da enti pubblici, ma il cui statuto prevede la possibilità di una partecipazione di capitale privato»

(...*Omissis*)

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli artt. 12 CE, 43 CE, 45 CE, 46 CE, 49 CE e 86 CE.

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la Sea Srl (in prosieguo: la «Sea») e il Comune di Ponte Nossola, in merito all'assegnazione da parte di quest'ultimo di un appalto relativo al servizio di raccolta, trasporto e smaltimento di rifiuti urbani alla Servizi Tecnologici Comuni – Se.T.Co. SpA (in prosieguo: la «Setco»).

Contesto normativo

La normativa comunitaria

3 L'art. 1 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114), prevede quanto segue:

«(...)

2. a) Gli “appalti pubblici” sono contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi ai sensi della presente direttiva.

(...)

d) Gli “appalti pubblici di servizi” sono appalti pubblici diversi dagli appalti pubblici di lavori o di forniture aventi per oggetto la prestazione dei servizi di cui all'allegato II.

(...)

4. La “concessione di servizi” è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo».

4 Ai sensi dell'art. 20 di tale direttiva:

«Gli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II A sono aggiudicati secondo gli articoli da 23 a 55».

5 L'art. 28 di detta direttiva dispone che gli appalti sono aggiudicati, salvo eccezioni, mediante procedura aperta o mediante procedura ristretta.

6 Secondo l'art. 80 della direttiva 2004/18, gli Stati membri dovevano mettere in vigore entro il 31 gennaio 2006 le disposizioni necessarie per conformarsi a quest'ultima.

7 L'allegato II A di tale direttiva comprende una categoria 16 che contempla l'«Eliminazione di scarichi di fogna e di rifiuti; disinfestazione e servizi analoghi».

La normativa nazionale e l'ambito statuario

8 L'art. 2341 bis del codice civile italiano così dispone:

«I patti, in qualunque forma stipulati, che al fine di stabilizzare gli assetti proprietari o il go-

verno della società:

- a) hanno per oggetto l'esercizio del diritto di voto nelle società per azioni o nelle società che le controllano;
- b) pongono limiti al trasferimento delle relative azioni o delle partecipazioni in società che le controllano;
- c) hanno per oggetto o per effetto l'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante su tali società, non possono avere durata superiore a cinque anni e si intendono stipulati per questa durata anche se le parti hanno previsto un termine maggiore; i patti sono rinnovabili alla scadenza.

Qualora il patto non preveda un termine di durata, ciascun contraente ha diritto di recedere con un preavviso di centottanta giorni.

Le disposizioni di questo articolo non si applicano ai patti strumentali ad accordi di collaborazione nella produzione o nello scambio di beni o servizi e relativi a società interamente possedute dai partecipanti all'accordo».

9 L'art. 2355 bis del codice civile prevede quanto segue:

«Nel caso di azioni nominative ed in quello di mancata emissione dei titoli azionari, lo statuto può sottoporre a particolari condizioni il loro trasferimento e può, per un periodo non superiore a cinque anni dalla costituzione della società o dal momento in cui il divieto viene introdotto, vietarne il trasferimento.

Le clausole dello statuto che subordinano il trasferimento delle azioni al mero gradimento di organi sociali o di altri soci sono inefficaci se non prevedono, a carico della società o degli altri soci, un obbligo di acquisto oppure il diritto di recesso dell'alienante; resta ferma l'applicazione dell'articolo 2357. Il corrispettivo dell'acquisto o rispettivamente la quota di liquidazione sono determinati secondo le modalità e nella misura previste dall'articolo 2437 ter.

La disposizione del precedente comma si applica in ogni ipotesi di clausole che sottopongono a particolari condizioni il trasferimento a causa di morte delle azioni, salvo che sia previsto il gradimento e questo sia concesso.

Le limitazioni al trasferimento delle azioni devono risultare dal titolo».

10 Il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, recante testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (Supplemento ordinario alla GURI n. 227 del 28 settembre 2000), come modificato dal decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, recante disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici (Supplemento ordinario alla GURI n. 229 del 2 ottobre 2003), convertito in legge, a seguito di modifica, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326 (Supplemento ordinario alla GURI n. 274 del 25 novembre 2003; in prosieguo: il «decreto legislativo n. 267/2000»), stabilisce all'art. 113, quinto comma:

«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) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica;
- b) 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;
- 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».

11 L'art. 1, terzo comma, dello statuto della Setco, è così formulato:

«Stante la natura della società, possono essere soci enti pubblici locali così come individuati dall'articolo 2, comma 1, d.lgs. n. 267/2000, nonché altre pubbliche amministrazioni e imprese pubbliche dotate di personalità giuridica la cui attività e la cui esperienza possano offrire opportunità favorevoli al pieno raggiungimento degli scopi sociali».

12 Secondo l'art. 1, quarto comma, di detto statuto:

«Non è ammessa la partecipazione di privati o di enti diversi ed in ogni caso di soggetti la cui partecipazione, qualitativamente e/o quantitativamente anche minoritaria, possa determinare una alterazione dei meccanismi di "controllo analogo" (come definiti dalle successive disposizioni e dalla disciplina comunitaria e nazionale) ovvero una incompatibilità gestionale rispetto alla vigente normativa».

13 L'art. 3 dello statuto della Setco precisa quanto segue:

«1. La Società ha per oggetto la gestione dei servizi pubblici locali e dei servizi pubblici locali sovracomunali riguardanti esclusivamente gli enti pubblici locali affidanti i relativi servizi ai sensi degli articoli 113 e seguenti del d.lgs. n. 267/2000 (...) anche tramite convenzione tra Enti Locali.

(...)

3. I servizi e le attività sopra indicate:

– potranno essere svolti anche a favore di soggetti privati quando ciò non contrasti con gli obiettivi sociali ovvero sia funzionale al miglior conseguimento degli stessi;

(...))».

14 L'art. 6, quarto comma, di tale statuto così stabilisce:

«La società, per eventualmente favorire l'azionariato diffuso a livello locale (dei cittadini e/o degli operatori economici) o [l'azionariato] dei dipendenti, potrà emettere anche azioni privilegiate (...))».

15 L'art. 8 bis di detto statuto enuncia quanto segue:

«1. L'affidamento diretto di servizi pubblici locali alla società potrà essere disposto, nel rispetto della vigente normativa nazionale e comunitaria, da parte di soci rappresentanti enti locali ("soci affidanti") relativamente a tutti o alcuni dei settori specificati nell'art. 3 corrispondenti alle seguenti Divisioni: Divisione n. 1: Rifiuti; Divisione n. 2: Acqua; Divisione n. 3: Gas; Divisione n. 4: Turismo; Divisione n. 5: Energia; Divisione n. 6: Servizi di utilità generale.

2. La società gestisce i servizi in via esclusiva a favore dei soci affidanti ed in ogni caso nell'ambito dei territori di competenza di dette Amministrazioni.

3. I soci esercitano, congiuntamente e/o disgiuntamente, i più ampi poteri di direzione, coordinamento e supervisione sugli organi ed organismi societari ed in particolare: possono convocare gli organi societari per chiarimenti sulle modalità di svolgimento dei servizi pubblici locali; richiedono periodicamente e comunque almeno due volte l'anno relazioni sulla gestione dei servizi e sull'andamento economico finanziario; esercitano forme di controllo di gestione con le modalità stabilite dai regolamenti interni delle Amministrazioni affidanti; esprimono il proprio preventivo consenso, da intendersi quale condizione di legittimità, per ogni modifica statutaria inerente la gestione dei servizi pubblici locali.

4. Le divisioni determinano l'applicazione di meccanismi di controllo analogo, congiunto

e differenziato secondo le modalità previste dal presente atto e dai relativi contratti di servizio.

5. I soci affidanti esercitano i poteri relativamente alle divisioni per le quali hanno deliberato l'affidamento diretto dei servizi. Ai fini della efficace gestione dei citati servizi gli organi e dipendenti della società rispondono dell'attività svolta anche agli organismi individuati dal presente atto.

6. Il controllo da parte dei soci affidanti, oltre che mediante le prerogative di azionista della società così come definite dal diritto societario, viene svolto attraverso: un Comitato unitario di indirizzo e controllo politico-amministrativo (di seguito "Comitato unitario"); un Comitato tecnico di controllo per ogni divisione (di seguito "Comitato tecnico").

7. I soci non affidanti possono partecipare, senza diritto di voto, alle riunioni del Comitato unitario (...) e del Comitato tecnico (...) per ogni divisione. La maggioranza assoluta dei membri dei citati Comitati può disporre l'esclusione dalla partecipazione a singole riunioni ovvero a fasi di una riunione dei soci non affidanti dandone motivata giustificazione in sede di verbale di ogni riunione».

16 L'art. 8 ter dello statuto della Setco è così formulato:

«1. Il Comitato unitario (...) è formato: da un rappresentante per ogni socio affidante individuato fra il legale rappresentante dell'Ente, l'Assessore delegato o un Consigliere delegato pro-tempore in carica; da un funzionario, con compiti di supporto e verbalizzazione e senza diritto di voto, nominato congiuntamente dai soci affidanti nel corso della prima riunione ed individuato fra i segretari, direttori generali ovvero i dirigenti (o responsabili dei servizi negli enti privi di personale con qualifica dirigenziale) in servizio presso almeno uno degli enti affidanti.

2. Il Comitato unitario esercita funzioni consultive, di indirizzo e decisionali ai fini dell'esercizio del controllo analogo ed in particolare: a) esercita nei confronti degli organi e degli organismi della società le competenze e le prerogative riconosciute al Consiglio, alla Giunta ed al Sindaco/Presidente relativamente al controllo sui propri uffici e servizi. Il controllo si esplica su tutti gli aspetti di organizzazione e funzionamento dei servizi oggetto di affidamento; b) detta gli indirizzi ai Comitati di divisione ai fini della gestione coordinata ed unitaria dei servizi nonché nelle materie e per gli aspetti coinvolgenti più divisioni; c) designa i rappresentanti degli Enti locali in seno al Consiglio di Amministrazione della società; d) designa il Presidente del Consiglio di Amministrazione e del collegio sindacale e ne dispone la revoca nei casi indicati dal presente statuto; e) detta gli indirizzi per la nomina degli amministratori delegati e del Direttore generale della società; f) adotta la proposta del piano programma, del bilancio economico di previsione pluriennale, del bilancio economico di previsione annuale nonché del rendiconto consuntivo annuale; g) effettua audizioni degli organi di vertice della società sentendo, almeno una volta l'anno, il Presidente e/o il Direttore Generale; h) riceve periodiche relazioni sullo svolgimento dei servizi pubblici locali da parte degli organi di vertice della società con cadenza almeno semestrale; i) può delegare alcune delle proprie funzioni ad uno o più Comitati tecnici anche in modo differenziato in relazione alla specificità delle relative competenze; l) esprime il preventivo parere sugli atti degli amministratori oggetto di approvazione assembleare nei casi previsti dal presente statuto.

3. Il Comitato unitario si riunisce in via ordinaria almeno una volta l'anno e in via straordinaria su richiesta: a) di uno dei soci affidanti; b) del legale rappresentante della società».

17 Ai sensi dell'art. 8 quater di detto statuto:

«1. È istituito un Comitato tecnico (...) per ciascuna delle seguenti divisioni: Divisione n.

1: Rifiuti; Divisione n. 2: Acqua; Divisione n. 3: Gas; Divisione n. 4: Turismo; Divisione n. 5: Energia; Divisione n. 6: Servizi di utilità generale.

2. Il Comitato tecnico (...) è formato: da un rappresentante di ogni socio affidante individuato fra i segretari, direttori generali ovvero i dirigenti (o responsabili dei servizi negli enti privi di personale con qualifica dirigenziale), in servizio presso almeno uno degli enti affidanti. (...)

3. Uno stesso soggetto può far parte di Comitati tecnici di più divisioni.

4. Il Comitato tecnico, in particolare: a) esercita nei confronti degli organi e degli organismi della società le competenze e le prerogative riconosciute agli organi tecnici dell'Amministrazione sui propri uffici. Il controllo si esplica su tutti gli aspetti di organizzazione e funzionamento dei servizi oggetto di affidamento limitatamente alle materie di competenza della divisione e nel rispetto delle direttive del Comitato unitario; b) supporta il Comitato unitario nelle decisioni inerenti l'organizzazione ed il funzionamento dei servizi di competenza della divisione; c) esercita le funzioni delegate dal Comitato unitario; d) coordina i sistemi di controllo di gestione della società; e) propone al Comitato unitario o agli organi della società l'adozione degli atti necessari al coordinamento dell'azione societaria con gli obiettivi delle Amministrazioni affidanti come risultano dal Piano Esecutivo di Gestione e dal Piano degli Obiettivi; f) fornisce un supporto tecnico-amministrativo all'attività della società con le modalità stabilite dai regolamenti delle Amministrazioni affidanti e/o dalla convenzione di disciplina dei rapporti fra queste; g) segnala eventuali disfunzioni nella gestione dei servizi e propone i correttivi da apportare alla regolamentazione comunale ed agli atti di regolamentazione dei servizi pubblici locali».

18 L'art. 14 dello stesso statuto precisa quanto segue:

«1. L'Assemblea ordinaria, salve le prerogative degli organismi di controllo analogo, congiunto e differenziato di cui ai precedenti articoli 8 bis, 8 ter e 8 quater, delibera sulle materie previste dalla legge e dal presente statuto tenuto conto delle direttive, degli indirizzi e delle eventuali prescrizioni impartite dai citati organismi relativamente alla organizzazione e gestione dei servizi pubblici locali affidati direttamente alla società.

(...)

3. Sono sottoposti alla preventiva autorizzazione dell'Assemblea ordinaria, su conforme parere favorevole del Comitato unitario di cui al precedente art. 8 ter relativamente alle parti inerenti l'organizzazione ed il funzionamento dei servizi pubblici locali, i seguenti atti degli amministratori:

- a) piano programmatico, bilanci economici di previsione pluriennale ed annuale, nonché il bilancio infrannuale di assestamento del bilancio di previsione;
- b) costituzione di società di capitale aventi scopi strumentali o complementari a quello della società; acquisto di partecipazioni anche minoritarie in dette società, nonché loro dismissione;
- c) attivazione di nuovi servizi previsti dallo Statuto o dismissione di quelli già esercitati;
- d) acquisti ed alienazioni di immobili e di impianti, mutui ed altre operazioni similari, di qualsiasi tipo e natura, che comportino un impegno finanziario di valore superiore al 20% del patrimonio netto risultante dall'ultimo bilancio approvato;
- e) linee guida per la formulazione delle tariffe e dei prezzi dei servizi

erogati, qualora non soggetti a vincoli di legge o fissati da organi o autorità ad essi preposti.

(...)

5. L'Assemblea ed il Comitato unitario possono fornire il proprio assenso al compimento degli atti di cui ai precedenti punti anche condizionando lo stesso a determinate prescrizioni, vincoli o adempimenti a carico degli amministratori. In tal caso gli amministratori relazionano in merito al rispetto delle prescrizioni entro il termine stabilito nell'atto di autorizzazione o, in assenza, entro 30 giorni dal compimento dell'atto stesso.

6. Gli enti locali soci, che rappresentino almeno un ventesimo del capitale sociale, e ciascun socio affidante per il tramite del Comitato unitario, ove ritengano che la società non abbia eseguito o non stia eseguendo l'atto in conformità all'autorizzazione concessa, possono richiedere, ai sensi dell'art. 2367, comma 1, [del codice civile], l'immediata convocazione dell'Assemblea affinché adotti i provvedimenti che riterrà più opportuni nell'interesse della società.

7. L'esecuzione degli atti soggetti a preventiva autorizzazione senza che sia stato richiesto ed ottenuto il preventivo assenso assembleare ovvero il conforme parere del Comitato unitario nei casi previsti dallo statuto ovvero la mancata esecuzione dell'atto in conformità all'autorizzazione concessa potrà configurare giusta causa per la revoca degli amministratori.

8. Il consiglio di amministrazione che non intenda eseguire l'atto autorizzato dall'Assemblea, adotta, entro il termine di quindici giorni decorrenti dal giorno in cui è stata assunta la deliberazione assembleare, apposita motivata deliberazione, che deve essere immediatamente trasmessa agli Enti locali soci e, per le materie relative alla gestione dei servizi pubblici locali, al Comitato unitario. Il Comitato unitario, relativamente alle decisioni inerenti la organizzazione e/o la gestione dei servizi pubblici locali, entro 30 giorni dalla ricezione della comunicazione del consiglio di amministrazione può adottare una decisione di conferma del proprio parere e/o delle proprie prescrizioni. L'atto adottato sarà vincolante per l'organo di amministrazione.

(...))».

19 L'art. 16 di detto statuto enuncia quanto segue:

«1. La società è amministrata da un Consiglio di Amministrazione, con poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione, fatti salvi quelli, che per legge o per statuto:

- a) sono riservati all'Assemblea,
- b) sono soggetti a preventiva autorizzazione assembleare,
- c) sono riservati agli organismi di controllo analogo di cui agli articoli 8 bis e seguenti dello statuto.

2. Il Consiglio di Amministrazione è formato da n. 3 (tre) a 7 (sette) membri, nominati dall'Assemblea su designazione del Comitato unitario di cui all'art. 8 ter. In ogni caso ai soci affidanti spetta la nomina diretta, la revoca e la sostituzione di un numero di amministratori (ivi compreso il Presidente del consiglio di amministrazione) proporzionale all'entità della propria partecipazione e comunque superiore alla metà degli stessi.

(...)

6. Il Consiglio di Amministrazione adotta le decisioni inerenti l'organizzazione e/o la gestione dei servizi pubblici locali oggetto di affidamento diretto nel rispetto degli indirizzi adottati dagli organismi di controllo di cui agli articoli 8 bis e seguenti del presente atto.

(...))».

Causa principale e questione pregiudiziale

20 La Sea, aggiudicataria a seguito di pubblica gara dell'appalto del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti solidi urbani ed assimilati nel territorio del Comune di Ponte Nossola, ha fornito detto servizio per un periodo di tre anni, dal 1° gennaio 2004 al 31 dicembre 2006.

21 La Setco è una società per azioni partecipata da alcuni comuni della Val Seriana, il cui azionista di maggioranza è il Comune di Clusone.

22 Con decisione 16 dicembre 2006, il Comune di Ponte Nossola ha deciso di diventare socio minoritario della Setco in vista dell'affidamento diretto a quest'ultima del servizio di cui trattasi a decorrere dal 1° gennaio 2007.

23 Il 23 dicembre 2006 i comuni azionisti della Setco, tra cui il Comune di Ponte Nossola, hanno conformato lo statuto di tale società per sottoporla ad un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, conformemente all'art. 113, quinto comma, lett. c), del decreto legislativo n. 267/2000.

24 Con decisione 30 dicembre 2006, il Comune di Ponte Nossola ha assegnato direttamente alla Setco, dal 1° gennaio 2007, il servizio di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti solidi urbani ed assimilati nel suo territorio, senza previa gara pubblica.

25 Il 2 gennaio 2007 la Sea ha proposto ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia avverso le decisioni 16 e 30 dicembre 2006 del Comune di Ponte Nossola.

26 La Sea, in particolare, ha fatto valere che il Comune di Ponte Nossola, assegnando direttamente alla Setco il servizio di cui trattasi, ha violato l'art. 113, quinto comma, del decreto legislativo n. 267/2000, nonché gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE, in quanto esso non esercita sulla Setco un controllo analogo a quello che effettua sui propri servizi, così come richiesto per l'assegnazione diretta di un servizio ad un'impresa partecipata dall'amministrazione aggiudicatrice.

27 Il giudice del rinvio ritiene che taluni elementi potrebbero suscitare dubbi riguardo all'esercizio sulla Setco da parte del Comune di Ponte Nossola di un controllo analogo a quello effettuato sui propri servizi.

28 Da un lato, la partecipazione di privati al capitale della Setco, sebbene attualmente inesistente, sarebbe potenzialmente possibile. A tale riguardo, il giudice del rinvio precisa che tale partecipazione, nonostante l'espressa esclusione di soci privati dal capitale della Setco prevista all'art. 1, quarto comma, del suo statuto, sembrerebbe possibile in base all'art. 6, quarto comma, dello stesso statuto nonché in forza dell'art. 2355 bis del codice civile italiano.

29 Dall'altro, riguardo ai poteri di controllo effettivamente attribuiti al Comune di Ponte Nossola nei confronti della Setco, il giudice a quo si chiede se possa esistere un controllo analogo a quello che esso esercita sui propri servizi dal momento che possiede solo una partecipazione minoritaria in detta società.

30 Ciò considerato, il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente 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 CE, 43 CE, 45 CE, 46 CE, 49 CE e 86 CE, 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 del decreto legislativo n. 267/2000 – così come esposto in motivazione».

Sulla questione pregiudiziale

31 In via preliminare si deve rilevare che l'affidamento di un servizio di raccolta, trasporto e smaltimento di rifiuti urbani, come quello di cui trattasi nella causa principale, può rientrare, secondo le specificità della contropartita di tale servizio, nella definizione di appalto pubblico di servizi o in quella di concessione di servizi pubblici ai sensi, rispettivamente, dell'art. 1, n. 2, lett. d), o n. 4, della direttiva 2004/18.

32 In base agli elementi contenuti nella decisione di rinvio e nel fascicolo trasmesso alla Corte dal giudice del rinvio, il contratto in esame nella causa principale potrebbe costituire un appalto pubblico di servizi, in particolare per il fatto che il contratto intervenuto tra la Setco e il Comune di Ponte Nossa per la prestazione dei servizi in oggetto prevede che quest'ultimo versi alla Setco il corrispettivo per i servizi da essa forniti.

33 Un appalto siffatto potrebbe rientrare nella direttiva 2004/18, in quanto appalto di servizi di eliminazione di rifiuti appartenenti alla categoria 16 dell'allegato II A di tale direttiva.

34 La decisione di rinvio, tuttavia, non contiene le informazioni necessarie per determinare se si tratti di una concessione di servizi o di un appalto pubblico di servizi e, in quest'ultimo caso, se siano soddisfatte tutte le condizioni di applicazione di detta direttiva. In particolare, essa non precisa se l'importo dell'appalto di cui trattasi nella causa principale superi la soglia di applicazione di quest'ultima.

35 In ogni caso, la questione se la causa principale tratti di una concessione di servizi o di un appalto pubblico di servizi nonché la questione se, in quest'ultimo caso, un siffatto appalto di servizi rientri o meno nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/18 non influiscono sulla risposta che la Corte deve dare alla questione pregiudiziale sottoposta.

36 Infatti, secondo la giurisprudenza della Corte, una gara non è obbligatoria in caso di contratto a titolo oneroso concluso con un ente giuridicamente distinto dall'autorità locale che costituisce l'amministrazione aggiudicatrice, qualora tale autorità eserciti su detto ente un controllo, analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e, nel contempo, tale ente realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che lo controllano (v., in tal senso, sentenza 18 novembre 1999, causa C 107/98, Teckal, Racc. pag. I 8121, punto 50).

37 Orbene, detta giurisprudenza rileva sia per l'interpretazione della direttiva 2004/18 sia per quella degli artt. 12 CE, 43 CE e 49 CE nonché dei principi generali di cui essi costituiscono la specifica espressione (v., in tal senso, sentenze 11 gennaio 2005, causa C 26/03, Stadt Halle e RPL Lochau, Racc. pag. I 1, punto 49, nonché 13 ottobre 2005, causa C 458/03, Parking Brixen, Racc. pag. I 8585, punto 62).

38 Occorre ricordare che, nonostante il fatto che taluni contratti non rientrino nell'ambito di applicazione delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici che li stipulano sono tenute a rispettare i principi fondamentali del Trattato CE (v., in tal senso, sentenza 7 dicembre 2000, causa C 324/98, Telaustria e Telefonadress, Racc. pag. I 10745, punto 60, nonché ordinanza 3 dicembre 2001, causa C 59/00, Vestergaard, Racc. pag. I 9505, punto 20).

39 Per quanto concerne l'aggiudicazione di appalti pubblici di servizi, le amministrazioni aggiudicatrici devono rispettare, in particolare, gli artt. 43 CE e 49 CE nonché i principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla cittadinanza così come l'obbligo di trasparenza che ne discende (v., in tal senso, sentenze Parking Brixen, cit., punti 47-49, e 6 aprile 2006, causa C 410/04, ANAV, Racc. pag. I 3303, punti 19-21).

40 L'applicazione delle regole enunciate agli artt. 12 CE, 43 CE e 49 CE, nonché dei prin-

cipi generali di cui esse costituiscono la specifica espressione, è tuttavia esclusa qualora, al contempo, l'ente locale che costituisce l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sull'ente aggiudicatario un controllo analogo a quello che esso esercita sui propri servizi e detto ente realizzi la parte più importante della sua attività con l'autorità o le autorità che lo controllano (v., in tal senso, sentenze Teckal, cit., punto 50; Parking Brixen, cit., punto 62, nonché 9 giugno 2009, causa C 480/06, Commissione/Germania, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 34).

41 La circostanza che l'ente aggiudicatario si costituisca sotto forma di società di capitali non esclude in alcun modo l'applicazione dell'eccezione ammessa dalla giurisprudenza richiamata al punto precedente. Nella citata sentenza ANAV, la Corte ha riconosciuto l'applicabilità di tale giurisprudenza nel caso di una società per azioni.

42 Il giudice del rinvio rileva che, nonostante il fatto che l'art. 1, terzo e quarto comma, dello statuto della Setco riservi ad enti pubblici l'accesso al capitale di quest'ultima, l'art. 6, quarto comma, di tale statuto prevede che la Setco possa emettere azioni privilegiate per favorire eventualmente l'azionariato, a livello locale, dei cittadini e degli operatori economici o l'azionariato dei dipendenti.

43 Nel corso dell'udienza, il Comune di Ponte Nossola ha fatto valere che detto art. 6, quarto comma, avrebbe dovuto essere abrogato in sede di modifica dello statuto della Setco avvenuta il 23 dicembre 2006, ma vi è rimasto per errore. Sempre secondo il Comune di Ponte Nossola, tale art. 6, quarto comma, è stato abrogato successivamente. Spetta al giudice nazionale verificare la realtà di questi elementi, i quali potrebbero portare ad escludere la possibilità che il capitale della Setco sia aperto ad investitori privati.

44 La decisione di rinvio solleva la questione se un'amministrazione aggiudicatrice possa esercitare su una società di cui è azionista, con la quale intende concludere un contratto, un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi nel caso in cui esista la possibilità, sebbene non concretizzata, che investitori privati entrino nel capitale della società di cui trattasi.

45 Per risolvere tale questione va ricordato che la circostanza che l'amministrazione aggiudicatrice detenga, da sola o insieme ad altri enti pubblici, l'intero capitale di una società concessionaria potrebbe indicare, pur non essendo decisiva, che tale amministrazione aggiudicatrice esercita su detta società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi (v., in tal senso, sentenze 11 maggio 2006, causa C 340/04, Carbotermo e Consorzio Alisei, Racc. pag. I 4137, punto 37, nonché 13 novembre 2008, causa C 324/07, Coditel Brabant, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 31).

46 Per contro, la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare su detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi (v., in tal senso, citate sentenze Stadt Halle e RPL Lochau, punto 49, nonché Coditel Brabant, punto 30).

47 Di regola, l'esistenza effettiva di una partecipazione privata al capitale della società aggiudicataria deve essere verificata nel momento dell'affidamento dell'appalto pubblico di cui trattasi (v., in tal senso, sentenza Stadt Halle e RPL Lochau, cit., punti 15 e 52). Può anche assumere rilevanza tenere conto della circostanza che, nel momento in cui un'amministrazione aggiudicatrice affida un appalto ad una società di cui detiene l'intero capitale, la legislazione nazionale applicabile prevede l'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali (v., in tal senso, citata sentenza Parking Brixen, punti 67 e 72).

48 In via eccezionale, circostanze particolari possono richiedere che siano presi in consi-

derazione avvenimenti intervenuti successivamente alla data di aggiudicazione dell'appalto in esame. È quanto avviene, in particolare, nel caso in cui le quote della società aggiudicataria, precedentemente detenute interamente dall'amministrazione aggiudicatrice, vengano cedute ad un'impresa privata appena dopo l'aggiudicazione a tale società dell'appalto di cui trattasi nell'ambito di una costruzione artificiale diretta ad eludere le norme comunitarie in materia (v., in tal senso, sentenza 10 novembre 2005, causa C 29/04, Commissione/Austria, Racc. pag. I 9705, punti 38-41).

49 Certamente, non può escludersi che le quote di una società vengano vendute a terzi in qualunque momento. Tuttavia, il fatto di ammettere che questa mera possibilità possa sospendere indefinitamente la valutazione sul carattere pubblico o meno del capitale di una società aggiudicataria di un appalto pubblico non sarebbe conforme al principio di certezza del diritto.

50 Se il capitale di una società è interamente detenuto dall'amministrazione aggiudicatrice, da sola o con altre autorità pubbliche, al momento in cui l'appalto in oggetto è assegnato a tale società, l'apertura del capitale di quest'ultima ad investitori privati può essere presa in considerazione solo se in quel momento esiste una prospettiva concreta e a breve termine di una siffatta apertura.

51 Ne risulta che in una situazione come quella di cui trattasi nella causa principale, in cui il capitale della società aggiudicataria è interamente pubblico e in cui non vi è alcun indizio concreto di una futura apertura del capitale di tale società ad investitori privati, la mera possibilità per i privati di partecipare al capitale di detta società non è sufficiente per concludere che la condizione relativa al controllo dell'autorità pubblica non è soddisfatta.

52 Tale conclusione non è inficiata dalle considerazioni contenute nel punto 26 della sentenza 21 luglio 2005, causa C 231/03, Coname (Racc. pag. I 7287), in base alle quali il fatto che una società come quella in esame nella causa all'origine della citata sentenza sia aperta ai capitali privati impedisce di considerarla come una struttura di gestione interna di un servizio pubblico nell'ambito dei comuni che ne fanno parte. Infatti, in questa causa, il servizio pubblico era stato attribuito ad una società a prevalente capitale pubblico, e dunque misto, al momento di tale assegnazione (v. citata sentenza Coname, punti 5 e 28).

53 Va tuttavia precisato che, nell'ipotesi in cui un appalto fosse stato attribuito senza indicazione di una gara ad una società a capitale pubblico alle condizioni stabilite nel punto 51 della presente sentenza, il fatto che, successivamente, ma sempre durante il periodo di validità di tale appalto, gli azionisti privati siano ammessi a partecipare al capitale di detta società costituirebbe un cambiamento di una condizione fondamentale dell'appalto che necessiterebbe di un'indizione di gara.

54 Bisogna capire poi se, nel caso in cui un'autorità pubblica diventi socia di minoranza di una società per azioni a capitale interamente pubblico al fine di attribuire a quest'ultima la gestione di un servizio pubblico, il controllo che le autorità pubbliche socie di detta società esercitano su quest'ultima, per essere qualificato come analogo al controllo che esse esercitano sui propri servizi, debba essere esercitato individualmente da ognuna di queste autorità o possa essere esercitato congiuntamente dalle stesse.

55 La giurisprudenza non impone che il controllo esercitato in un siffatto caso sulla società aggiudicataria sia individuale (v., in tal senso, citata sentenza Coditel Brabant, punto 46).

56 Infatti, allorché varie autorità pubbliche scelgono di svolgere alcune delle loro missioni di servizio pubblico facendo ricorso ad una società che esse detengono in comune, è di norma escluso che una di tali autorità che possiede soltanto una partecipazione minoritaria in tale

società eserciti da sola un controllo determinante sulle decisioni di quest'ultima. Richiedere che il controllo esercitato da un'autorità pubblica in un caso del genere sia individuale avrebbe la conseguenza d'imporre una gara di appalto nella maggior parte dei casi in cui un'autorità siffatta intendesse associarsi ad una società detenuta da altre autorità pubbliche al fine di attribuirle la gestione di un servizio pubblico (v., in tal senso, citata sentenza Coditel Brabant, punto 47).

57 Un risultato simile non sarebbe conforme al sistema delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici e di concessioni. Si riconosce, infatti, che un'autorità pubblica ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi (citare sentenze Stadt Halle e RPL Lochau, punto 48; Coditel Brabant, punto 48, e Commissione/Germania, punto 45).

58 Detta possibilità per le autorità pubbliche di ricorrere ai propri strumenti per adempiere alle loro missioni di servizio pubblico può essere utilizzata in collaborazione con altre autorità pubbliche (v., in tal senso, sentenze 19 aprile 2007, causa C 295/05, Asemfo, Racc. pag. I 2999, punto 57, e Coditel Brabant, cit., punto 49).

59 Occorre quindi riconoscere che, nel caso in cui varie autorità pubbliche detengano una società cui affidano l'adempimento di una delle loro missioni di servizio pubblico, il controllo che dette autorità pubbliche esercitano sull'ente in parola può venire da loro esercitato congiuntamente (v., in tal senso, citata sentenza Coditel Brabant, punto 50).

60 Nel caso di un organo collegiale, la procedura utilizzata per adottare la decisione, segnatamente il ricorso alla maggioranza, non incide (v. citata sentenza Coditel Brabant, punto 51).

61 Neanche tale conclusione è inficiata dalla citata sentenza Coname. Di sicuro la Corte, al punto 24 di quest'ultima, ha considerato che una partecipazione dello 0,97% è talmente esigua da non consentire ad un comune di esercitare un controllo sul concessionario che gestisce un servizio pubblico. Tuttavia, in questo stralcio di detta sentenza, la Corte non affrontava la questione se un siffatto controllo potesse essere esercitato in maniera congiunta (v. citata sentenza Coditel Brabant, punto 52).

62 Del resto, la Corte ha dichiarato successivamente, nella citata sentenza Asemfo (punti 56 61), che, in talune circostanze, la condizione relativa al controllo esercitato dall'autorità pubblica aggiudicatrice poteva essere soddisfatta nel caso in cui quest'ultima detenesse solamente lo 0,25% del capitale di un'impresa pubblica (v. citata sentenza Coditel Brabant, punto 53).

63 Ne discende che se un'autorità pubblica diventa socia di minoranza di una società per azioni a capitale interamente pubblico al fine di attribuirle la gestione di un servizio pubblico, il controllo che le autorità pubbliche associate a detta società esercitano su quest'ultima può essere qualificato come analogo al controllo che esse esercitano sui propri servizi, qualora esso sia esercitato congiuntamente dalle stesse.

64 La questione pregiudiziale sottoposta dal giudice del rinvio è volta inoltre a determinare se strutture decisionali come quelle previste dallo statuto della Setco siano atte a consentire ai comuni azionisti di esercitare effettivamente sulla società che detengono un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

65 Per valutare se l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sulla società aggiudicataria un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi è necessario tener conto di tutte le disposizioni normative e delle circostanze pertinenti. Da questo esame deve risultare che la so-

cietà aggiudicataria è soggetta a un controllo che consente all'amministrazione aggiudicatrice di influenzarne le decisioni. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di detta società (v., in tal senso, citate sentenze Carbotermo e Consorzio Alisei, punto 36, nonché Coditel Brabant, punto 28).

66 Fra le circostanze pertinenti delineate dalla decisione di rinvio va considerata anzitutto la legislazione applicabile, in secondo luogo la questione se la società di cui trattasi abbia una vocazione commerciale e, infine, i meccanismi di controllo previsti dallo statuto della Setco.

67 Per quanto riguarda la legislazione applicabile, l'art. 113, quinto comma, lett. c), del decreto legislativo n. 267/2000 prevede che l'erogazione del servizio possa essere attribuito, nel rispetto della normativa dell'Unione europea, 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».

68 Adottando tali disposizioni, il legislatore italiano ha ripreso testualmente la formulazione delle condizioni enunciate al punto 50 della citata sentenza Teckal, e confermate in varie sentenze successive della Corte. Una siffatta legislazione nazionale è in linea di principio conforme al diritto comunitario, fermo restando che l'interpretazione di tale disciplina deve a sua volta essere conforme alle esigenze del diritto comunitario (v., in tal senso, citata sentenza ANAV, punto 25).

69 Peraltro, dalla decisione di rinvio emerge che i comuni azionisti della Setco hanno modificato lo statuto di tale società il 23 dicembre 2006, al fine di sottoporre quest'ultima ad un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, conformemente all'art. 113, quinto comma, lett. c), del decreto legislativo n. 267/2000.

70 Il fatto che detta modifica dello statuto della Setco miri a garantire il rispetto della normativa comunitaria in materia risulta altresì dall'art. 8 bis, primo comma, di tale statuto.

71 Del resto, nessun elemento del fascicolo indica che detto statuto sia stato modificato allo scopo di eludere le norme comunitarie in materia di appalti pubblici.

72 Infine, come risulta dalla decisione di rinvio, sia il contesto legislativo sia quello statutario pertinenti consentono agli enti locali minori di affidare direttamente la gestione di servizi pubblici locali di rilevanza economica a società a capitale interamente pubblico solo se tali enti esercitano sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ai sensi del diritto comunitario. Secondo il giudice nazionale, l'espressione «controllo analogo», tuttavia, non è ivi definita.

73 Per quanto concerne la questione se la società di cui trattasi abbia una vocazione commerciale che rende precario il controllo di enti che ne sono gli azionisti, occorre esaminare la portata geografica e materiale delle attività di tale società nonché la possibilità per quest'ultima d'instaurare relazioni con imprese private.

74 L'art. 3 dello statuto della Setco, intitolato «Oggetto sociale», prevede che quest'ultima gestisca i servizi pubblici locali riguardanti esclusivamente gli enti pubblici locali che affidano detti servizi.

75 Inoltre l'art. 8 bis, secondo comma, di tale statuto enuncia che la Setco gestisce i servizi in via esclusiva a favore dei soci affidanti e nell'ambito dei territori di competenza di questi ultimi.

76 Disposizioni siffatte, da un lato, indicano che l'ambito geografico delle attività della società aggiudicataria di cui trattasi nella causa principale non si estende oltre il territorio dei comuni che ne sono gli azionisti e, dall'altro, che questa società mira a gestire i servizi pubblici

soltanto riguardo a tali comuni.

77 Tuttavia, l'art. 3, terzo comma, di detto statuto prevede che la Setco possa svolgere servizi anche a favore di soggetti privati quando ciò non contrasti con gli obiettivi sociali ovvero sia funzionale al miglior conseguimento degli stessi.

78 Nel corso dell'udienza la Setco ha affermato che il potere di cui essa dispone di trattare con imprese private costituisce un accessorio indispensabile all'esecuzione delle proprie missioni di servizio pubblico. A titolo esemplificativo essa ha menzionato la raccolta differenziata dei rifiuti, la quale potrebbe rendere necessaria la rivendita ad enti specializzati di talune categorie di materiale recuperato a scopo di riciclaggio. Secondo la Setco, si tratterebbe di attività accessorie alla raccolta di rifiuti e non di attività che esulano dall'attività principale.

79 Si deve considerare che, anche se il potere riconosciuto alla società aggiudicataria di cui trattasi nella causa principale di fornire servizi ad operatori economici privati è meramente accessorio alla sua attività principale, il che deve essere verificato dal giudice del rinvio, l'esistenza di tale potere non impedisce che l'obiettivo principale di detta società rimanga la gestione di servizi pubblici. Pertanto, l'esistenza di un potere siffatto non è sufficiente per ritenere che detta società abbia una vocazione commerciale che rende precario il controllo di enti che la detengono.

80 Tale conclusione è confermata dal fatto che la seconda condizione posta al punto 50 della citata sentenza Teckal, in base alla quale la società aggiudicataria deve svolgere la parte più importante della sua attività con gli enti locali che la controllano, consente che questa società eserciti un'attività avente un carattere marginale con altri operatori diversi da questi enti (v., in tal senso, citata sentenza Carbotermo e Consorzio Alisei, punto 63). Tale condizione sarebbe priva di oggetto se la prima condizione di cui al punto 50 della citata sentenza Teckal fosse interpretata nel senso di vietare ogni attività accessoria, anche con il settore privato.

81 Per quanto concerne i meccanismi di controllo stabiliti dallo statuto della Setco, dal fascicolo risulta che i soci, con le modifiche apportate allo statuto il 23 dicembre 2006, hanno inteso sovrapporre all'assemblea generale e al consiglio di amministrazione, quali previsti dal diritto societario italiano, strutture decisionali non esplicitamente prescritte da tale diritto, dirette a garantire sulla Setco un controllo analogo a quello che essi esercitano sui propri servizi. Si tratta, in particolare, di assicurare un controllo rafforzato, da un lato, tramite il Comitato unitario e, dall'altro, tramite un Comitato tecnico per ogni divisione responsabile delle diverse attività della Setco.

82 Come emerge dagli artt. 8 ter e 8 quater di detto statuto, il Comitato unitario e i Comitati tecnici sono formati da rappresentanti degli enti azionisti. Ognuno di questi enti possiede un voto in seno a detti Comitati, indipendentemente dalle dimensioni dell'ente di cui trattasi o dal numero di azioni che esso detiene.

83 Peraltro, gli artt. 8 bis-8 quater dello statuto della Setco attribuiscono al Comitato unitario e ai Comitati tecnici ampi poteri di controllo e di decisione.

84 Parallelamente, l'art. 14 di tale statuto limita i poteri dell'assemblea generale imponendo a quest'ultima di tener conto degli indirizzi e delle prescrizioni impartite dai Comitati summenzionati e richiedendo un parere favorevole del Comitato unitario prima che l'assemblea generale possa autorizzare l'adempimento di taluni atti da parte degli amministratori della società.

85 Parimenti, l'art. 16 di detto statuto restringe l'autonomia decisionale del consiglio di amministrazione imponendogli di rispettare i poteri riservati a detti Comitati e subordinando le sue decisioni all'osservanza delle prescrizioni emanate da questi ultimi.

86 Tenuto conto della portata dei poteri di controllo e di decisione che esse attribuiscono ai Comitati istituiti nonché della circostanza che questi ultimi sono composti da rappresentanti degli enti azionisti, le disposizioni statutarie come quelle della società aggiudicataria di cui trattasi nella causa principale devono essere intese nel senso di mettere gli enti azionisti in grado di esercitare, tramite detti Comitati, un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di tale società.

87 Tuttavia, il giudice del rinvio ritiene che gli artt. 8 bis 8 quater dello statuto della Setco, laddove riguardano il Comitato unitario e i Comitati tecnici, siano assimilabili ai patti parasociali di cui all'art. 2341 bis del codice civile italiano. Esso ne deduce che il controllo analogo a quello che gli enti azionisti esercitano sui propri servizi, su cui verte il meccanismo di detti Comitati, potrebbe essere ininfluenza.

88 Si tratta di una questione interpretativa delle norme nazionali la cui soluzione incombe al giudice del rinvio.

89 Fatta salva la verifica da parte di quest'ultimo dell'operatività delle disposizioni statutarie in oggetto, ne risulta che in circostanze come quelle di cui alla causa principale il controllo esercitato attraverso organi statutari dagli enti azionisti sulla società aggiudicataria può essere considerato tale da consentire a tali enti di esercitare su detta società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

90 Alla luce delle suesposte considerazioni, occorre risolvere la questione pregiudiziale sottoposta nel seguente modo:

Gli artt. 43 CE e 49 CE, i principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla cittadinanza così come l'obbligo di trasparenza che ne discende non ostano all'affidamento diretto di un appalto pubblico di servizi ad una società per azioni a capitale interamente pubblico qualora l'ente pubblico che costituisce l'amministrazione aggiudicatrice eserciti su tale società un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e tale società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano. Fatta salva la verifica da parte del giudice del rinvio dell'operatività delle disposizioni statutarie di cui trattasi, il controllo esercitato dagli enti azionisti sulla detta società può essere considerato analogo a quello esercitato sui propri servizi in circostanze come quelle di cui alla causa principale, in cui:

- l'attività di tale società è limitata al territorio di detti enti ed è esercitata fondamentalmente a beneficio di questi ultimi, e
- tramite organi statutari composti da rappresentanti di detti enti, questi ultimi esercitano un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di detta società.

Sulle spese

91 Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice del rinvio, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Terza Sezione) dichiara:

Gli artt. 43 CE e 49 CE, i principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla cittadinanza così come l'obbligo di trasparenza che ne discende non ostano all'affidamento diretto di un appalto pubblico di servizi ad una società per azioni a capitale interamente pubblico qualora l'ente pubblico che costituisce l'amministrazione aggiudicatrice eserciti su tale società un controllo analogo a quello che esercita sui propri ser-

vizi e questa società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano.

Fatta salva la verifica da parte del giudice del rinvio dell'operatività delle disposizioni statutarie di cui trattasi, il controllo esercitato dagli enti azionisti sulla detta società può essere considerato analogo a quello esercitato sui propri servizi in circostanze come quelle di cui alla causa principale, in cui:

- l'attività di tale società è limitata al territorio di detti enti ed è esercitata fondamentalmente a beneficio di questi ultimi, e
- tramite organi statutari composti da rappresentanti di detti enti, questi ultimi esercitano un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di detta società.

** *** **

Il nuovo Art. 23-bis del Decreto Legge 25 giugno 2008 n. 112. Adeguamento alla disciplina comunitaria in materia di 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 alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed 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, *salve le disposizioni in materia di distribuzione del gas naturale, le disposizioni del d.lgs. 16 marzo 1999 n. 79 e della L. 23 agosto 2004 n. 239 in materia di distribuzione di energia elettrica, nonché quelle del d.lgs. 19 novembre 1997 n. 422, relativamente alla disciplina del trasporto ferroviario regionale.**

2. Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria:

- a) 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 e proporzionalità;
- b) a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento.

(*) Il testo in corsivo è stato ricostruito, non risultando univoco in G.U.

3. In deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2, per situazioni eccezionali 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 a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta "in house" e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

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 per l'espressione di un parere preventivo, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione. Decorso il termine, il parere, se non reso, si intende espresso in senso favorevole."

4-bis. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, in forza dell'autonomia organizzativa e funzionale attribuita dalla legge 10 ottobre 1990, n. 287, e successive modificazioni, individua, con propria delibera, le soglie oltre le quali gli affidamenti di servizi pubblici locali assumono rilevanza ai fini dell'espressione del parere di cui al comma 4."

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

6. E' 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. Il regime transitorio degli affidamenti non conformi a quanto stabilito ai commi 2 e 3 è il seguente:

a) le gestioni in essere alla data del 22 agosto 2008 affidate conformemente ai principi comunitari in materia di cosiddetta "in house" cessano, improrogabilmente e senza necessità di deliberazione da parte dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011;

b) le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a) del comma 2, le quali non abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011;

c) le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a) del comma 2, le quali abbiano avuto ad oggetto, al

tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio;

d) gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data e a quelle da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio, a condizione che la partecipazione pubblica, si riduca anche progressivamente, attraverso procedure ad evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, ad una quota non superiore al 30 per cento entro il 31 dicembre 2012; ove siffatta condizione non si verifichi, gli affidamenti cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2012;

e) le gestioni affidate che non rientrano nei casi di cui alle lettere da a) a d) cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante.

9. Le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, anche non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, che, in Italia o all'estero, gestiscono di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero ai sensi del comma 2, lettera b), 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 primo periodo opera per tutta la durata della gestione e 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.”

10. Il Governo, su proposta del Ministro per i rapporti con le regioni ed entro il 31 dicembre 2009, 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 cosiddetti in house di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno, tenendo conto delle scadenze fissate al comma 8, e l'osservanza da parte delle società in house e delle società a partecipazione mista pubblica e privata di procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi e 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) la lettera e) è soppressa;

- 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 ed 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, e' 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.

I GIUDIZI IN CORSO ALLA CORTE DI GIUSTIZIA CE

Causa C-229/08 - Materia trattata: politica sociale - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Verwaltungsgericht Frankfurt am Main (Germania) il 28 maggio 2008 - Colin Wolf/Stadt Frankfurt am Main). (Avvocato dello Stato W. Ferrante - AL 31235/08 - Disparità di trattamento in base all'età per l'assunzione nei pubblici impieghi).

L'INTERVENTO ORALE DEL GOVERNO ITALIANO*

Signor Presidente, signori Giudici, signor Avvocato Generale,

1. Le questioni pregiudiziali sono state sollevate nel corso di una controversia nella quale, è stata respinta la domanda del ricorrente di assunzione con contratto di formazione per tecnico di medio livello nei vigili del fuoco per superamento dell'età massima di trent'anni.

2. Il ricorrente chiede alla convenuta il risarcimento del danno ritenendo che il rifiuto costituisca una discriminazione diretta fondata sull'età mentre la convenuta considera legittimo detto rifiuto in quanto oggettivamente e ragionevolmente giustificato da una finalità legittima.

3. Come evidenziato anche nelle osservazioni scritte della Commissione, con le prime nove questione pregiudiziali, il Giudice del rinvio chiede nella sostanza alla Corte di precisare se l'articolo 6, n. 1, della direttiva 2000/78/CE permetta agli Stati membri di mantenere una legislazione che, pur prevedendo astrattamente delle disparità di trattamento, fissando un limite massimo di età per l'assunzione, non costituisca discriminazione in ragione dell'età perché mezzo proporzionato al conseguimento di finalità legittime.

4. Il riferimento alle finalità di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale, a giustificazione della disparità di trattamento in ragione dell'età, è rinvenibile non solo nell'art. 6 n. 1 della direttiva ma anche nel "considerando" 25, che riconosce espressamente che, in talune circostanze, delle disparità di trattamento in funzione dell'età possano essere giustificate.

5. Nella recente sentenza del 5 marzo 2009, causa C-388/07, *Age Concern England*, la Corte di giustizia ha affermato che l'art. 6, paragrafo 1 della direttiva 2000/78/CE deve essere interpretato nel senso che non osta ad un provvedimento nazionale che non contenga un elenco puntuale delle finalità

(*) V. Osservazioni del Governo italiano, *Rassegna* n. 2/09, 159-169.

che giustificano un'eventuale deroga al principio del divieto delle discriminazioni fondate sull'età e che spetta al giudice nazionale verificare se la normativa nazionale risponda ad una finalità legittima di politica sociale.

6. Per quanto riguarda in particolare l'attività lavorativa oggetto della causa principale e cioè quella di vigile del fuoco, il diciottesimo e il diciannovesimo considerando della direttiva fanno espresso riferimento ai requisiti necessari per svolgere efficientemente le funzioni cui sono chiamate, nell'interesse generale, le forze armate e di polizia, precisando che, per salvaguardare l'operatività del relativo servizio, gli Stati membri possono escludere l'applicabilità delle disposizioni della direttiva relative all'*handicap* o all'età.

7. Molto opportunamente quindi la Corte ha posto alcuni quesiti al Governo tedesco per accertare se la fissazione di un limite massimo di età per l'assunzione nel corpo dei vigili del fuoco risponda ad esigenze ulteriori rispetto alle due segnalate dal giudice del rinvio e cioè quella di assicurare una struttura dell'età equilibrata e quella di garantire un periodo di lavoro minimo prima del diritto al pensionamento.

8. Specificamente, la Corte ha chiesto al Governo tedesco di chiarire se una delle ragioni giustificative di tale limite di età siano collegate ad una particolare attitudine fisica alla funzione da svolgere.

9. Il Governo tedesco, con approfondita e motivata risposta ai quesiti, ha confermato che la fissazione di un limite massimo di età per l'assunzione è direttamente correlata a motivi di interesse generale per garantire l'operatività ed il buon funzionamento del corpo dei pompieri professionali.

10. Per quanto concerne il tecnico di medio livello dei vigili del fuoco, le mansioni espletate richiedono prestazioni fisiche eccezionalmente impegnative, con particolare riferimento agli interventi per sedare gli incendi e per portare soccorso alle persone.

11. Tali interventi, che richiedono l'utilizzo di un'attrezzatura protettiva del peso di almeno 30 kg e il dispiego di sforzi fisici molto rilevanti, richiedono capacità respiratorie, muscolari e di resistenza che possono essere assicurate solo da soggetti giovani.

12. Il Governo tedesco ha infatti precisato che, per tali tipi di intervento, non vengono mai utilizzati pompieri di età superiore ai 50 anni per il contrasto degli incendi e a 45 anni per il soccorso alle persone che spesso devono essere materialmente trasportate per essere tratte in salvo.

13. E' evidente quindi che se si assumessero vigili del fuoco anche di 40 anni, tenuto conto del periodo di formazione di due anni, alcuni di loro potrebbero essere utilizzati per tali delicate e fondamentali funzioni per la sicurezza dei cittadini per un periodo limitatissimo.

14. Non si può quindi concordare con quanto affermato dalla Commissione ai punti 53 e 54 delle osservazioni in ordine al fatto che l'esigenza di assicurare un'equilibrata distribuzione dell'età non costituirebbe un obiettivo

legittimo ai sensi dell'art. 6, paragrafo 1 della direttiva.

15. I pompieri più anziani hanno infatti il diritto di continuare a lavorare fino a sessant'anni ma dopo i quarantacinque o i cinquant'anni, a causa del fisiologico decadimento fisico, debbono necessariamente essere adibiti a mansioni meno faticose, come quelle della tutela dell'ambiente o del soccorso agli animali, che richiedono minore sforzo fisico.

16. Ove non vi fosse un ricambio generazionale che assicuri, per un periodo di tempo ragionevolmente lungo, la sostituzione dei pompieri più anziani nelle mansioni "sul campo" con l'assunzione di giovani di età non superiore ai trent'anni, il Governo tedesco ha convincentemente dimostrato che sarebbe gravemente compromessa la funzionalità del servizio di pubblico interesse svolto dai vigili del fuoco.

17. E' stato infatti posto in rilievo che l'attività di questi ultimi è particolarmente usurante e che l'esposizione al caldo, all'umidità, al rumore nonché il sollevamento di carichi pesanti e lo svolgimento di turni notturni possono anche comportare un invecchiamento precoce e l'accelerazione del processo di indebolimento fisico.

18. E' quindi tanto più necessario assicurare il reclutamento di forze giovani che possano svolgere le funzioni più delicate e pesanti per il maggior numero di anni possibile, compatibilmente con l'esigenza di garantire ai più anziani di poter continuare a lavorare con mansioni meno pesanti anche dopo il compimento dei quarantacinque o cinquant'anni.

19. Come ricordato dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Palacios de la Villa*, causa C-411/05, punto 71, spetta dunque alle autorità competenti degli Stati membri trovare un giusto equilibrio tra i differenti interessi in gioco.

20. Né si può condividere quanto affermato dalla Commissione al punto 56 delle proprie osservazioni.

21. Questa, pur riconoscendo che la necessità di assicurare un periodo di lavoro minimo prima del pensionamento costituisce una finalità legittima per giustificare una disparità di trattamento in ragione dell'età, alla luce di quanto previsto dall'art. 6, paragrafo 2, lettera c) della direttiva, ritiene che il mezzo utilizzato non sia proporzionato al fine perseguito in quanto potrebbero essere assunte anche persone di 35 o di 40 anni senza compromettere l'equilibrio finanziario del datore di lavoro.

22. Con tale assunto, la Commissione non solo si sostituisce al giudice nazionale nella valutazione dell'adeguatezza e proporzionalità dei mezzi per il raggiungimento di una finalità riconosciuta come legittima ma contravviene a quanto chiaramente affermato da codesta Corte nella citata sentenza *Age Concern England*, ove si dice appunto che spetta al giudice nazionale apprezzare se i mezzi prescelti siano appropriati e necessari, alla luce dell'ampio margine discrezionale di cui gli Stati membri dispongono in materia di politica sociale.

23. La posizione della Commissione appare tanto più contraddittoria considerando che essa stessa ha bandito dei concorsi per l'assunzione di funzionari, fissando dei limiti massimi di età.

24. Si veda in proposito la sentenza del Tribunale di primo grado del 8 ottobre 2004, cause riunite T-219/02 e T-337/02 che ha rigettato i ricorsi dei candidati esclusi dalla partecipazione al concorso per superamento del limite di età.

25. In particolare, ai punti da 95 a 100, il Tribunale di primo grado ha affermato che le ragioni addotte dalla Commissione per giustificare la fissazione di un limite massimo di età per il reclutamento e cioè la necessità di offrire prospettive di carriera adeguate e l'esigenza di un periodo minimo di attività prima accedere alla pensione sono conformi alla direttiva 2000/78/CE.

26. Tale secondo obiettivo in particolare consente di mantenere l'equilibrio finanziario del sistema previdenziale comunitario.

27. Il Tribunale soggiunge poi che la nomina dei funzionari deve tener conto dell'interesse del servizio pubblico e non di quello individuale del candidato.

28. Conclude quindi il Tribunale che la fissazione di limiti di età nelle procedure selettive bandite dalla Commissione è giustificata da obiettivi ragionevoli e non viola il principio generale di non discriminazione.

29. Come correttamente ricordato dall'Irlanda nelle proprie osservazioni scritte, la stessa Commissione, nella Comunicazione dell'8 luglio 2008 al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni sull'applicazione della direttiva 2000/78/CE riconosce che molti Stati membri prevedono nelle loro legislazioni nazionali deroghe generali al principio di non discriminazione fondate sull'età ed in particolare limiti di età per accedere all'impiego, soprattutto nel settore pubblico.

30. In tale Comunicazione, la Commissione ammette che i limiti di età possono rivelarsi necessari, in taluni settori, per assicurare il rinnovamento generazionale dei lavoratori e per incoraggiare l'assunzione in determinate professioni.

31. Alla luce di ciò, l'Irlanda ritiene correttamente che i limiti di età all'assunzione debbano essere accettati, in particolare per i servizi pubblici di soccorso e di sicurezza, al fine di garantire una prestazione efficace ed adeguata, tenuto conto della natura fisica di numerosi aspetti di tale attività lavorativa.

32. Per quanto riguarda infine la decima questione pregiudiziale e il sesto quesito posto dalla Corte con riferimento all'indicazione dei casi concreti in cui in Germania il datore di lavoro non è responsabile per la violazione del divieto di discriminazione e non è quindi tenuto ad alcun risarcimento, la Germania ha chiarito che l'art. 15, paragrafo 1 dell'AGG (legge generale sulla

parità di trattamento), relativo ai danni materiali, presuppone l'imputabilità del danno al datore di lavoro.

33. Secondo il Governo tedesco, tale norma prevede un'inversione dell'onere della prova e una presunzione di responsabilità in capo al datore di lavoro che, per esonerarsi da tale responsabilità, deve provare di non aver causato colpevolmente il danno all'istante.

34. Il Governo tedesco soggiunge inoltre di non avere conoscenza di casi in cui è stata esclusa la responsabilità del datore di lavoro, potendosi ipotizzare casi puramente teorici come quello del datore di lavoro affetto da una patologia mentale non diagnosticata o del datore di lavoro minore di età.

35. Il Governo tedesco precisa inoltre che la richiesta risarcitoria avanzata nella causa principale attiene ad un pregiudizio morale con conseguente applicazione dell'art. 15, paragrafo 2 dell'AGG che non prevede alcun esonero di responsabilità del datore di lavoro, contemplando al contrario tale norma un'ipotesi di responsabilità oggettiva.

36. Alla luce di tali chiarimenti, il predetto art. 15 non può che ritenersi pienamente conforme all'art. 17 della direttiva che, tra l'altro, come correttamente sottolineato dall'Irlanda, non prevede un obbligo, ma solo una facoltà, degli Stati membri di prevedere un risarcimento per le violazioni delle norme nazionali attuative della direttiva.

37. Si richiamano le conclusioni già rassegnate.

Lussemburgo, 7 luglio 2009

Avv. Wally Ferrante

Causa C-292/08 - Materia trattata: giustizia e affari interni - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Hoge Raad der Nederlanden (Paesi Bassi) il 2 luglio 2008 - German Graphics Graphische Maschinen GmbH/Alice van der Scheer, in qualità di curatore del fallimento della Holland Binding BV. (Avvocato dello Stato W. Ferrante - AL 35668/08).

LE QUESTIONI PREGIUDIZIALI

1) *Se l'art. 25, n. 2 del regolamento sull'insolvenza debba essere interpretato nel senso che i termini "ove questo (nella fattispecie la Convenzione di Bruxelles) si applichi" comportano che, prima di dichiarare l'applicabilità delle disposizioni sul riconoscimento e sull'esecuzione di detta Convenzione a decisioni diverse da quelle di cui all'art. 25, n. 1 del regolamento sull'insolvenza, occorre esaminare se queste esulano dall'ambito di applicazione sostanziale di detta Convenzione, in forza dell'art. 1, n. 2, parte iniziale e lett. b) della Convenzione stessa.*

2) *Se l'art. 1, n. 2, parte iniziale e lett. b) della Convenzione di Bruxelles, in combinato disposto con l'art. 7, n. 1 del regolamento sull'insolvenza, debba essere interpretato nel senso che la circostanza che un bene su cui grava la riserva di proprietà nel momento in cui è aperta la procedura avverso l'acquirente si trova nel territorio dello Stato membro dove la procedura è stata aperta comporta che un'azione del venditore basata sulla riserva di proprietà, come quella della German Graphics, deve essere considerata come un'azione che riguarda il fallimento, ai sensi dell'art. 1, n. 2, parte iniziale e lett. b) della convenzione di Bruxelles, e che pertanto esula dall'ambito di applicazione sostanziale di tale regolamento.*

3) *Se ai fini della soluzione della seconda questione sia rilevante che, ai sensi dell'art. 4, n. 2, parte iniziale e lett. b) del regolamento sull'insolvenza, è il diritto dello Stato membro di apertura della procedura a determinare quali beni siano oggetto di spossessamento.*

IL FATTO

La Corte di Cassazione olandese ha sollevato le suddette questioni pregiudiziali nell'ambito di una controversia avente ad oggetto una vendita con riserva di proprietà alla quale è seguito il fallimento dell'impresa acquirente.

In particolare, il 1° novembre 2006 il Tribunale di Utrecht dichiarava il fallimento di un'impresa dei Paesi Bassi, e, un mese dopo, il Tribunale di Braunschweig, in Germania, accoglieva la domanda di una impresa tedesca che chiedeva fosse emanato, contro l'impresa fallita, un ordine di restituzione di alcuni beni mobili venduti alla controparte con riserva di proprietà.

Il giudice olandese dei provvedimenti di urgenza dichiarava esecutivo l'ordine emesso in Germania, ai sensi del regolamento n. 44 del 2001 (Bruxelles I), ma, successivamente, il Collegio revocava la dichiarazione di esecutività, rilevando un difetto di contraddittorio con la curatela e l'inapplicabilità del regolamento insolvenza (n. 1346 del 2000) rispetto alla domanda fondata sulla vendita con riserva di proprietà.

La Corte di legittimità olandese ha, per un verso, accolto il ricorso principale proposto dall'impresa tedesca, osservando che il curatore fallimentare aveva avuto notifica del provvedimento che ingiungeva esecutivamente la restituzione dei beni, e, per altro verso, ha esaminato il conseguente ricorso incidentale sollevando la questione pregiudiziale.

I dubbi interpretativi del Collegio si incentrano sull'articolo 25, comma 2, del regolamento insolvenza, ove è previsto che le decisioni diverse da quelle di cui al paragrafo 1, e quindi, in particolare, quelle non relative alla procedura fallimentare (dall'apertura alla chiusura), quelle che non "derivano" da essa e quelle che non le sono "strettamente connesse", circolano, al livello transfrontaliero, attraverso il regolamento Bruxelles I (in cui è stata trasfusa la corri-

spondente Convenzione di Bruxelles del 1968, cui la norma letteralmente si riferisce), in “quanto applicabile”.

Il regolamento in parola, esclude dal suo campo di applicazione la disciplina dei “fallimenti” (art. 1, comma 2, lettera b). Di qui la questione, sulla sua applicabilità o meno, e contestualmente, il dubbio se l’azione del venditore con riserva di proprietà, contro l’acquirente fallito, sia o meno connessa al fallimento e ricada o meno nell’ambito di applicabilità del regolamento insolvenza.

Peraltro, quest’ultimo, prevede, in linea generale, che sia la legge dello Stato di apertura della procedura a regolare il regime di spossessamento dei beni (art. 4, comma 2, lettera b), disponendo però che, in caso di vendita con riserva di proprietà e fallimento dell’acquirente, “l’apertura della procedura di insolvenza nei confronti dell’acquirente di un bene non pregiudica i diritti del venditore fondati sulla riserva di proprietà allorché il bene, nel momento in cui è aperta la procedura, si trova nel territorio di uno Stato diverso dallo Stato di apertura” (art. 7, comma 1).

LA POSIZIONE DEL GOVERNO ITALIANO

Secondo il Governo italiano, il dubbio sembra risolvibile nel senso che la domanda del venditore non deriva dal fallimento, potendo essere proposta indipendentemente dall’apertura della procedura concorsuale, né, per lo stesso motivo, risulta strettamente connessa al procedimento fallimentare, non esistendo alcun collegamento con iniziative della curatela o con lo stato non più *in bonis* del fallito (altrimenti ogni causa coinvolgente il curatore sarebbe strettamente connessa alla procedura fallimentare, e la norma non avrebbe più senso alcuno).

L’art. 7, comma 1, costituisce una deroga al principio per cui la legge dello Stato di apertura regola lo spossessamento dei beni, in quanto si vuole impedire che vi sia una legge nazionale che regoli tale aspetto in pregiudizio dei diritti del venditore, anche quando il bene si trovi in un altro Stato.

Peraltro, l’art. 4 del regolamento insolvenza fa espressamente salve le disposizioni contrarie del regolamento medesimo, restringendo l’applicabilità della legge dello Stato di apertura della procedura nei casi espressamente disciplinati dallo stesso Legislatore comunitario, come quello della vendita con riserva di proprietà.

Il citato art. 7, dunque, evidenzia che il profilo relativo ai diritti del venditore nella vendita con riserva di proprietà è “estraneo” all’ambito strettamente fallimentare, almeno a quello transnazionale, nella logica del diritto processuale comunitario. Analoga logica emerge dal comma 2 dell’art. 7 che regola il caso opposto del fallimento del venditore.

Anche nella disciplina fallimentare italiana, l’articolo 73 del r.d. n. 267

del 1942, come modificato da ultimo con d.lgs. n. 169 del 2007, dispone che “nella vendita con riserva di proprietà, in caso di fallimento del compratore, se il prezzo deve essere pagato a termine o a rate, il curatore può subentrare nel contratto con l’autorizzazione del comitato dei creditori; il venditore può chiedere cauzione a meno che il curatore paghi immediatamente il prezzo con lo sconto dell’interesse legale”, e “qualora il curatore si sciogla dal contratto, il venditore deve restituire le rate di prezzo già riscosse, salvo il diritto ad un equo compenso per l’uso della cosa”, mostrando di far salvi i diritti del venditore e non di assoggettarlo genericamente al concorso con gli altri creditori.

Pertanto, la fattispecie sottesa alla pregiudiziale sembra sia da considerare soggetta all’articolo 25, n. 2 del regolamento insolvenza - che disciplina i casi in cui la decisione non sia di natura endofallimentare, né derivante dal fallimento, né strettamente connessa allo stesso - con conseguente applicazione del regolamento Bruxelles I, cui la norma, per questi casi, rimanda.

Il regolamento Bruxelles I esclude dal suo campo di applicazione solo i “fallimenti” (art. 1, comma 2, lettera b) e quindi non la domanda in questione.

** ** *

Il Governo italiano propone quindi alla Corte di risolvere il primo quesito nel senso che l’art. 25, n. 2 del regolamento sull’insolvenza debba essere interpretato nel senso che i termini “ove la Convenzione di Bruxelles si applichi” comportano che, prima di dichiarare l’applicabilità delle disposizioni sul riconoscimento e sull’esecuzione di detta Convenzione a decisioni diverse da quelle di cui all’art. 25, n. 1 del regolamento sull’insolvenza, occorre esaminare se queste esulano dall’ambito di applicazione sostanziale di detta Convenzione, in forza dell’art. 1, n. 2, parte iniziale e lett. b) della Convenzione stessa.

Il Governo italiano propone inoltre alla Corte di risolvere il secondo quesito nel senso che l’art. 1, n. 2, parte iniziale e lett. b) della Convenzione di Bruxelles, in combinato disposto con l’art. 7, n. 1 del regolamento sull’insolvenza, debba essere interpretato nel senso che la circostanza che un bene su cui grava la riserva di proprietà nel momento in cui è aperta la procedura avverso l’acquirente si trova nel territorio dello Stato membro dove la procedura è stata aperta comporta che un’azione del venditore basata sulla riserva di proprietà, come quella della German Graphics, non deve essere considerata come un’azione che riguarda il fallimento, ai sensi dell’art. 1, n. 2, parte iniziale e lett. b) della convenzione di Bruxelles e che pertanto rientra dall’ambito di applicazione sostanziale di tale regolamento.

Il Governo italiano propone infine alla Corte di risolvere il terzo quesito nel senso che, ai fini della soluzione della seconda questione non sia rilevante che, ai sensi dell’art. 4, n. 2, parte iniziale e lett. b) del regolamento sull’insolvenza, è il diritto dello Stato membro di apertura della procedura a deter-

minare quali beni siano oggetto di spossessamento in quanto l'art. 7 deve considerarsi un'eccezione alla regola generale di cui al citato art. 4.

Roma, 30 ottobre 2008

Avv. Wally Ferrante

Causa C-324/08 - Materia trattata: ravvicinamento delle legislazioni - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dallo Hoge Raad der Nederlanden (Paesi Bassi) l'11 luglio 2008 - Makro Zelfbedieningsgroothandel CV, Metro Cash & Carry BV e Remo Zaandam BV/Diesel SpA. (Avvocato dello Stato S. Fiorentino - AL 36101/08).

LE QUESTIONI PREGIUDIZIALI

1) *Se, nel caso in cui prodotti recanti un marchio, siano stati precedentemente immessi nel mercato all'interno del SEE, ma non dal titolare del marchio né con il suo esplicito consenso, per valutare se ciò sia avvenuto con il consenso (implicito) del titolare del marchio, ai sensi dell'art. 7, n.1, della Prima direttiva del Consiglio 21 dicembre 1988 sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa (89/104/CE), occorra applicare gli stessi criteri stabiliti per il caso in cui tali prodotti siano stati precedentemente immessi in commercio al di fuori del SEE da parte del titolare del marchio o con il suo consenso.*

2) *In caso di soluzione negativa della prima questione, quali criteri - desumibili o meno dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, citata al precedente punto 3.6.4.2, nella sentenza 22 giugno 1994, causa C-9/93, IHT Danzinger/Ideal Standard, Racc. 1994, pag. I-2757 - debbano essere applicati alla prima ipotesi formulata in tale questione per stabilire se sussista un consenso (implicito) del titolare del marchio, ai sensi della direttiva menzionata.*

LA NORMATIVA COMUNITARIA RILEVANTE

I quesiti posti nell'ordinanza di rinvio portano sull'interpretazione di alcune disposizioni della prima **direttiva** del Consiglio **21 dicembre 1988, 89/104/CEE**, sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi di impresa (in prosieguo la «direttiva»).

L'**articolo 5** della direttiva, rubricato «*diritti conferiti dal marchio d'impresa*», stabilisce quanto segue:

«1. Il marchio di impresa registrato conferisce al titolare un diritto esclusivo. Il titolare ha il diritto di vietare ai terzi, salvo proprio consenso, di usare nel commercio:

a) un segno identico al marchio di impresa per prodotti o servizi identici a quelli per cui esso è stato registrato;

b) un segno che, a motivo dell'identità o della somiglianza di detto segno col marchio di impresa e dell'identità o somiglianza dei prodotti o servizi contraddistinti dal marchio di impresa e dal segno, possa dare adito a un rischio di confusione per il pubblico, comportante anche un rischio di associazione tra il segno e il marchio di impresa.

2. (...)

3. Si può in particolare vietare, se le condizioni menzionate al paragrafo 1 e 2 sono soddisfatte:

a) di apporre il segno sui prodotti o sul loro condizionamento;

b) di offrire i prodotti, di immetterli in commercio o di detenerli a tali fini, oppure di offrire o fornire servizi contraddistinti dal segno;

c) di importare o esportare prodotti contraddistinti dal segno;

d) di utilizzare il segno nella corrispondenza commerciale e nella pubblicità

4. - 5.) (...) ».

L'articolo 7 della direttiva, intitolato «*esaurimento del diritto conferito dal marchio d'impresa*», al paragrafo 1 dispone:

«1. Il diritto conferito dal marchio di impresa non permette al titolare dello stesso di vietare l'uso del marchio di impresa per prodotti immessi in commercio [in una parte contraente dell'Accordo sullo Spazio economico europeo](1) con detto marchio dal titolare stesso o con il suo consenso».

Gli articoli 5 e 7 della direttiva esprimono la regola dell'esaurimento comunitario, secondo la quale il diritto attribuito dal marchio non consente al suo titolare di vietare l'uso del medesimo per prodotti messi in commercio nel SEE con questo marchio da esso stesso o con il suo consenso.

L'effetto di tali disposizioni è limitato ai soli casi in cui i prodotti siano immessi in commercio nel SEE. Riferendosi all'immissione sul mercato *all'interno del SEE*, il legislatore comunitario ha infatti, implicitamente negato che l'immissione sul mercato al di fuori del SEE esaurisca il diritto del titolare del marchio, così permettendo a quest'ultimo di controllare la prima immissione sul mercato nel SEE dei prodotti contrassegnati dal marchio. Ne consegue che il titolare del marchio è legittimato a vendere i propri prodotti al di fuori di questa zona, senza che questa messa in commercio esaurisca i suoi diritti all'interno del SEE (v. sentenze 1° luglio 1999, causa C-173/98, *Sebago e Maison Dubois*, punto 21; 8 aprile 2003, causa C-244/00, *Van Doren + Q*, punto 26; 18 ottobre 2005, causa C-405/03, *Class International*, punto 33).

(1) Ai sensi dell'art. 65, n. 2, e del punto 4 dell'Allegato XVII all'Accordo sullo Spazio economico europeo del 2 maggio 1992 (GU 1994 L 1, pag. 3), l'art. 7, n. 1 della direttiva, ai fini del suddetto accordo, dev'essere interpretato sostituendo le parole originali «*nella Comunità*» con «*in una parte contraente*».

La Corte ha, al riguardo, precisato che - dovendosi interpretare gli articoli da 5 a 7 della direttiva nel senso che essi contengono un'armonizzazione completa delle norme relative ai diritti conferiti dal marchio d'impresa - la direttiva medesima non può essere interpretata nel senso che essa lasci agli Stati membri la possibilità di stabilire nel loro diritto nazionale l'esaurimento dei diritti conferiti dal marchio per prodotti posti in commercio in paesi terzi (v. sentenza 16 luglio 1998, causa C-355/96, *Silhouette International Schmied*, punti 25 e 26).

Il consenso, cioè la rinuncia del titolare al suo diritto esclusivo di vietare ai terzi d'importare prodotti contrassegnati con il suo marchio, costituisce l'elemento determinante per l'estinzione di tale diritto. La nozione di «consenso» utilizzata nell'art. 7, n. 1, della direttiva deve, pertanto, essere interpretata uniformemente nell'ordinamento giuridico comunitario: diversamente potrebbe derivarne, per i titolari di marchi, una tutela variabile in funzione della legge nazionale volta a volta applicabile, con inevitabile pregiudizio dell'obiettivo di stabilire una «medesima tutela» «negli ordinamenti giuridici di tutti gli Stati membri», fissato e giudicato «fondamentale» nel nono 'considerando' della direttiva (sentenza 20 novembre 2001, cause riunite C-414 - 416/99, *Davidoff e a.*, punti da 41 a 43).

Nella sentenza *Davidoff* da ultimo citata, la Corte ha altresì individuato i requisiti di efficacia del consenso all'immissione in commercio all'interno dello spazio economico europeo di prodotti messi in commercio al di fuori di quest'ultimo, stabilendo che esso deve essere manifestato in forma inequivoca («con certezza»), anche se non necessariamente in forma espressa. Tuttavia in nessun caso può ritenersi che il consenso tacito sia integrato dal mero silenzio del titolare del marchio. Fatto salvo tale limite, costituisce questione di fatto, rimessa alla valutazione del giudice nazionale, stabilire se una condotta del titolare del marchio costituisca, nel caso concreto, manifestazione tacita di una volontà di consentire un'immissione in commercio all'interno dello Spazio economico europeo.

I FATTI E LA CONTROVERSIA NELLA CAUSA PRINCIPALE

La resistente in cassazione, titolare del marchio denominativo Diesel, ha convenuto dinnanzi al Tribunale di Amsterdam la Makro, unitamente al suo socio accomandatario, chiedendo una pronuncia che inibisse ai convenuti l'ulteriore uso nel commercio del proprio marchio, oltre al risarcimento dei danni.

Le convenute hanno chiesto il rigetto delle domande invocando il principio dell'esaurimento di cui all'articolo 7, par. 1, della direttiva, recepito dall'articolo 13, lett. a), n. 9 del Benelux Merkenwet (Legge del Benelux sui marchi).

Nel corso dei diversi gradi del giudizio sono stati accertati i seguenti fatti:

i) una società, denominata Distribution Italian Fashion Sociedad Anonima (in prosieguo: la «Difsa») era distributrice dei prodotti della Diesel in Spagna, Portogallo e Andorra;

ii) questa società ha stipulato il 29 settembre 1994 un contratto di distribuzione esclusiva con la società di diritto spagnolo Flexi Casual Sociedad Limitada (in prosieguo: la «Flexi Casual»), avente ad oggetto la vendita nei suddetti Paesi di alcuni prodotti recanti, tra l'altro, il marchio denominativo Diesel (tra cui calzature). Una clausola di tale contratto autorizzava la Flexi Casual ad eseguire "prove casuali", mediante offerta e vendita ai propri clienti, con calzature del marchio Diesel e con altre da essa disegnate, che reputasse adatte al mercato nel quale operava, al fine di "determinare con certezza le esigenze del mercato";

iii) poco tempo dopo (l'11 novembre 1994) la Difsa ha altresì rilasciato alla Flexi Casual una concessione di produzione e distribuzione di calzature da essa disegnate, a guisa di campioni di prova e sondaggi di mercato, affinché queste potessero essere offerte alla Diesel per la distribuzione o per la «cessione della licenza di produzione»;

iv) il 21 ottobre 1997 un amministratore della Flexi Casual ha rilasciato alla società Cosmos World S.L. (in prosieguo la «Cosmos») una concessione per la produzione e la vendita di calzature, borse e cinture del marchio Diesel. Nel contratto si dichiara che il diritto di Flexi Casual di rilasciare la concessione avrebbe fonte nel contratto intercorso con la Difsa;

v) la Cosmos ha prodotto e immesso calzature recanti i marchi Diesel. Le calzature prodotte dalla Cosmos non sono mai state presentate alla Difsa e/o alla Diesel per il loro consenso;

vi) Nell'estate 1999 la Makro ha posto in vendita calzature recanti il marchio denominativo Diesel. Tali calzature erano state acquistate, attraverso una controllata della Makro, da due ditte spagnole che a loro volta le avevano acquistate dalla Cosmos.

La Corte di cassazione dei Paesi Bassi ha, inoltre, riferito che, anche in forza di preclusioni determinatesi nel processo, devono considerarsi accertate anche le seguenti ulteriori situazioni di fatto e di diritto:

a) né la Diesel, né la sua distributrice Difsa hanno voluto conferire alla Flexi Casual o alla Cosmos un diritto generale di immettere (su larga scala) calzature recanti il marchio Diesel attraverso il contratto del 29 settembre 1994 (e in particolare attraverso la clausola 1.4);

b) è da escludere che la Makro abbia potuto intendere che la Flexi Casual o la Cosmos potessero derivare un simile diritto da quel contratto;

c) anche ammesso che la Flexi Casual potesse derivare dalla concessione dell'11 novembre 1994 stipulata con Difsa maggiori diritti di quelli derivanti dal precedente contratto del 29 settembre 1994, stipulato dalle stesse parti, da ciò non discende che essa o la Cosmos avessero un diritto generale di produrre

calzature con il marchio denominativo Diesel;

d) le calzature in questione, pertanto, non sono state immesse nel mercato del SEE dalla Diesel e neppure con il consenso esplicito della stessa.

LE MOTIVAZIONI DEL GIUDICE DEL RINVIO

Lo Hoge Raad, richiamati i criteri enunciati dalla sentenza Davidoff a proposito della regola dell'esaurimento, ha ritenuto che non si possa escludere che tali criteri, reputati di «carattere alquanto rigido», risentano del fondamento di tale sentenza, costituito dalla necessità di tutelare la libertà del titolare del marchio di immettere nel mercato i propri prodotti al di fuori del SEE senza che ciò pregiudichi l'esercizio all'interno del SEE dei diritti derivanti dal marchio.

E' quindi sorto nel Giudice remittente il dubbio che, allorquando si debba verificare l'operatività della regola dell'esaurimento con riguardo a prodotti immessi precedentemente nel mercato del SEE – situazione, questa, della quale non si sarebbe occupata la sentenza Davidoff – possa individuarsi un criterio diverso e “più ampio” di quelli orientati sul controllo da parte del titolare del marchio sulla prima immissione nel mercato del SEE. Questo criterio dovrebbe avere riguardo alla realizzazione della funzione del marchio come garanzia di provenienza e qualità.

LA POSIZIONE DEL GOVERNO ITALIANO

Analisi primo quesito

La questione che si pone consiste nello stabilire se l'immissione in commercio, all'interno di SEE da parte della Cosmos, di calzature recanti il marchio Diesel, costituisca esaurimento del diritto conferito dal marchio di impresa.

Poiché è pacifico che questa commercializzazione è avvenuta senza il consenso espresso del titolare del marchio, diviene necessario stabilire quale sia il diritto applicabile alla fattispecie e, nel caso in cui si propenda per l'applicazione di regole uniformi di diritto comunitario, individuare i criteri alla stregua dei quali deve accertarsi se sia stato manifestato un consenso tacito.

Alla prima questione la Corte ha già dato risposta affermativa, allorquando ha affermato che gli articoli da 5 a 7 della direttiva realizzano una armonizzazione completa delle norme relative ai diritti conferiti dal marchio e che essi, pertanto, definiscono i diritti di cui godono i titolari dei marchi all'interno della Comunità (v., *inter alia*, sentenze *Silhouette International Schmied*, cit., punti 25 e 29, *Van Doren + Q*, cit., punto 32, *Davidoff*, punto 39).

Ne consegue che la regola dell'esaurimento poggia su disposizioni armo-

nizzate e che, in tale contesto, anche la nozione di consenso deve ricevere un'interpretazione uniforme. Il consenso costituisce, infatti, l'elemento determinante per l'applicazione della regola dell'esaurimento: qualora la sua nozione dipendesse dall'ordinamento nazionale degli Stati membri, potrebbe derivarne, per i titolari dei marchi, una tutela variabile in funzione della legge di volta in volta applicabile. Questi principi sono stati affermati dalla giurisprudenza *Davidoff* (v., in particolare, punti 41 – 43), nel conteso di argomentazioni che non risentono della peculiarità del caso concreto, nel quale si trattava di verificare se il consenso all'immissione dei prodotti fosse stato implicitamente prestato in connessione con il consenso manifestato all'immissione nel mercato al di fuori del SEE.

E', pertanto, sicuramente da rifiutare la soluzione prospettata da una delle parti del giudizio *a quo*, secondo la quale la questione se il titolare del marchio abbia prestato il suo consenso deve essere risolta alla luce del diritto nazionale spagnolo.

Passando al profilo sostanziale del quesito, ritiene il Governo italiano che la questione vada risolta tenendo conto dei criteri stabiliti nella giurisprudenza *Davidoff e Van Doren + Q.* L'applicazione di questi criteri si impone, nel presente caso, a maggior ragione, perché diversamente rischierebbe di risultarne pregiudicata anche la funzione del marchio (rischio che, nelle precedenti occasioni, era escluso, trattandosi, in buona sostanza, esclusivamente di garantire il titolare del marchio contro il rischio della c.d. "importazione parallela", senza che fosse messa in causa la funzione del marchio quale garanzia dell'origine e della qualità del prodotto).

Si è visto, infatti, nella Sezione II del presente scritto che gli effetti previsti dall'articolo 7 della direttiva sono limitati ai soli casi in cui i prodotti siano immessi in commercio nel SEE. Ciò vuol dire che l'immissione di prodotti recanti il marchio al di fuori del mercato del SEE, sia pure con il consenso del titolare, è un fatto irrilevante ai fini dell'applicazione della regola dell'esaurimento: ciò che occorre accertare è se vi sia stata commercializzazione dei prodotti nel SEE da parte del titolare del marchio o con il suo consenso.

I principi enunciati nella sentenza *Davidoff* sono finalizzati all'accertamento di tale ultima circostanza, che è la medesima circostanza che occorre accertare nel giudizio di rinvio.

La circostanza che in quell'occasione si trattasse di verificare se il consenso fosse stato tacitamente manifestato in connessione (in «*circostanze anteriori, concomitanti o posteriori*») con il consenso, sicuramente prestato, all'immissione in commercio al di fuori del SEE, costituisce un'evenienza di mero fatto, che non modifica i termini della questione se non nel senso di circoscrivere l'oggetto della prova al momento della autorizzazione all'importazione (essendo invece pacifico che il marchio era stato apposto sui prodotti con il consenso del titolare).

Non vi è ragione pertanto per elaborare, ai fini della prova dell'esistenza del consenso tacito, criteri diversi e più elastici di quelli individuati nella sentenza *Davidoff*, la cui applicazione si impone a maggior ragione nel caso di specie.

Analisi secondo quesito

In considerazione della risposta che è stata suggerita per il primo quesito, il Governo italiano non suggerirà risposte rispetto al secondo quesito.

Conclusioni

Alla stregua delle considerazioni che precedono, il Governo italiano suggerisce alla Corte di rispondere ai quesiti sottoposti al suo esame affermando che:

Nel caso in cui prodotti recanti un marchio, siano stati precedentemente immessi nel mercato all'interno del SEE, ma non dal titolare del marchio né con il suo esplicito consenso, per valutare se ciò sia avvenuto con il consenso (implicito) del titolare del marchio, ai sensi dell'art. 7, n.1, della Prima direttiva del Consiglio 21 dicembre 1988 sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa (89/104/CE) 1, occorre applicare i criteri stabiliti nella sentenza 20 novembre 2001, cause riunite C-414 - 416/99, Davidoff e a., secondo i quali il consenso può essere tacito quando è desumibile da circostanze le quali, valutate dal giudice nazionale, esprimano con certezza una rinuncia del titolare del diritto ad opporsi a un'immissione in commercio dei prodotti recanti il marchio.

Roma, 14 novembre 2008

Avv. Sergio Fiorentino

Causa C-336/08 - Materia trattata: politica sociale - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Landessozialgericht Berlin-Brandenburg (Germania) il 18 luglio 2008 - Christel Reinke/AOK Berlin. (Avvocato dello Stato W. Ferrante - AL 36103).

LE QUESTIONI PREGIUDIZIALI

1) *Se il diritto al rimborso delle spese di cui all'art. 34, nn. 4 e 5 del regolamento n. 574/72 comprenda anche le spese sostenute per le cure mediche urgenti prestate alla titolare di una pensione avente diritto all'erogazione delle prestazioni ai sensi dell'art. 31 del regolamento n. 1408/71 in una clinica privata del luogo di dimora, qualora l'ospedale competente abbia rifiutato tali cure, sotto forma di prestazione in natura, a causa di sovraffollamento;*

2) Se il rimborso delle spese possa limitarsi alle tariffe di rimborso di cui all'art. 34, n. 4 del regolamento n. 574/72, qualora l'istituzione competente effettui il pagamento della prestazione in natura degli ospedali non sulla base di tariffe astratte e generali, bensì sulla base di singoli contratti individuali e il diritto nazionale non preveda alcuna limitazione della prestazione in natura alle cure mediche in determinati ospedali;

3) Se una disposizione nazionale secondo la quale il rimborso delle spese per cure mediche in una clinica privata situata in un altro Stato membro dell'Unione europea è escluso anche nel caso di cure mediche urgenti sia compatibile con gli artt. 49 CE, 50 CE nonché con l'art. 18 CE.

L'ESPOSIZIONE DEI FATTI DI CAUSA

Il giudice remittente è stato investito di una controversia nella quale la ricorrente, una cittadina tedesca residente in Germania iscritta al regime obbligatorio di assicurazione malattia in quanto titolare di una pensione, ha chiesto al proprio servizio sanitario, la convenuta AOK di Berlino, il rimborso delle spese mediche sostenute, mentre si trovava in Spagna in vacanza, per prestazioni mediche di carattere vitale ricevute in via d'urgenza in una clinica privata dopo che l'ospedale pubblico ne aveva rifiutato l'accettazione per mancanza di posti.

In particolare, nell'agosto del 2003, la ricorrente, per la quale si era sospettato un colpo apoplettico, è stata ricoverata nel reparto di terapia intensiva di una clinica privata di Marbella per 12 giorni ed è stata poi trasferita nel reparto di terapia respiratoria artificiale di un ospedale pubblico di Marbella non appena vi è stata disponibilità di posti letto.

A fronte della spesa di € 21.954,18 addebitata alla ricorrente dalla clinica privata, la convenuta le ha rimborsato l'importo di € 12.883,84, basandosi sulla tariffa media applicata nell'agosto 2003 dai reparti di terapia intensiva di cinque ospedali di Berlino in quanto la legislazione spagnola non prevede in tali casi tariffe di rimborso.

La controversia verte sulla spettanza della differenza tra quanto pagato dalla ricorrente e quanto rimborsatole dalla convenuta.

In base alla legislazione tedesca, le prestazioni ospedaliere ricevute in altri Stati dell'Unione europea possono essere rimborsate solo se previamente approvate dal regime di assicurazione malattia, il che nella fattispecie non è accaduto in quanto si è trattato di prestazione medica urgente, la cui necessità si è manifestata mentre la ricorrente si trovava già all'estero in vacanza.

Dall'ordinanza di rimessione, risulta inoltre che la ricorrente non ha scelto di propria iniziativa di ricevere la prestazione presso la struttura privata ma che tale determinazione è stata presa dall'ospedale pubblico sulla base di una valutazione medica legata alla gravità della malattia ed in ragione dell'insuf-

ficienza di posti letto nel reparto per i ricoveri d'urgenza.

LA NORMATIVA COMUNITARIA

L'art. 31 n. 1 lettera a) del regolamento CEE n. 1408/71 relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati ed ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità - come modificato dall'art. 1 del regolamento CE n. 631/2004 a decorrere dal 1 giugno 2004 e da ultimo abrogato dall'art. 90 del regolamento CE n. 883/2004 che ha interamente ridisciplinato la materia - dispone che il titolare di una pensione che abbia diritto alle prestazioni mediche secondo la legislazione di uno Stato membro beneficia delle prestazioni in natura erogate dall'istituzione del luogo di dimora (nella specie, la Spagna) a carico dell'istituzione del luogo di residenza del titolare (nella specie, la Germania).

L'art. 34 del regolamento 574/72, che stabilisce le modalità di applicazione del regolamento 1408/71, prevede che quando non è possibile espletare durante la dimora in un Paese membro diverso da quello di residenza le formalità per la verifica della sussistenza dei requisiti soggettivi per ricevere le prestazioni sanitarie, l'istituzione competente può effettuare il rimborso delle spese sostenute, in base alle tariffe applicate dall'istituzione del luogo di dimora (paragrafo 1).

Ai sensi del paragrafo 4 della stessa norma, il rimborso può essere effettuato dall'istituzione competente in base alle proprie tariffe, sempre che il rimborso sia permesso, che le spese da rimborsare non superino un determinato importo fissato dalla commissione amministrativa e che il lavoratore subordinato o autonomo o il titolare di pensione o di rendita abbia dato il proprio consenso per farsi applicare detta disposizione. In nessun caso l'importo del rimborso può essere superiore a quello delle spese realmente sostenute.

Ai sensi dell'art. 1 della decisione della commissione amministrativa delle Comunità europee per la sicurezza sociale dei lavoratori migranti del 24 giugno 1999, n. 176, relativa al rimborso da parte dell'istituzione competente di uno Stato membro delle spese sostenute durante il soggiorno in un altro Stato membro secondo la procedura di cui all'art. 34, paragrafo 4, del regolamento n. 574/72, l'importo massimo delle spese sostenute cui si riferisce quest'ultima disposizione è fissato in € 1000.

LA POSIZIONE DEL GOVERNO ITALIANO

Primo quesito

Con il primo quesito, il Landessozialgericht di Berlino chiede alla Corte di Giustizia di pronunciarsi sull'interpretazione dell'art. 34, nn. 4 e 5, del regolamento 574/72 al fine di stabilire se la titolare di una pensione possa avere

il rimborso delle spese mediche sostenute per le cure che le sono state prestate in via d'urgenza in una clinica privata del luogo di dimora temporaneo in altro Stato rispetto a quello di residenza, non potendole essere assicurate dalla struttura pubblica per sovraffollamento.

Dalla lettura combinata dei paragrafi 1 e 4 dell'articolo 34 del regolamento 574/72, si evince che la regola in materia di rimborsi delle spese sostenute durante la dimora in un altro Stato membro è quella che il concorso alle spese avvenga sulla base delle tariffe dell'istituzione di quel luogo.

In deroga a questa regola, il rimborso può avvenire anche sulla base delle tariffe dell'istituzione del luogo di iscrizione al servizio sanitario nazionale solo se il rimborso sia permesso, le spese da rimborsare non superino un predeterminato importo e il titolare del diritto alla prestazione abbia dato il proprio consenso alla diversa disposizione.

I diritti conferiti da tali disposizioni sono diretti ad agevolare la libera circolazione degli assicurati sociali, come affermato dalla Corte di giustizia con le sentenze 12 luglio 2001, causa C-368/98, *Vanbraekel*, punto 32; 25 febbraio 2003, causa C-326/00, *IKA*, punti 38 e 51; 23 ottobre 2003, causa C-56/01, *Inizan*, punto 21.

La finalità di tali disposizioni è infatti quella di garantire la libera circolazione delle persone all'interno del territorio comunitario di modo che i diritti di cui i cittadini godono nel proprio Paese non possano essere compressi in conseguenza dello spostamento in un altro Paese membro.

In entrambi i casi, però, il presupposto del diritto al concorso pubblico alle spese sembrerebbe essere quello che le cure siano state prestate comunque ed in ogni caso in una struttura pubblica o accreditata.

L'art. 13, n. 3 del SGB V (Codice della previdenza sociale tedesco) peraltro non sembra prevedere espressamente il rimborso di spese mediche erogate da strutture private in altro Stato membro, limitandosi a disporre che "la cassa malattia, ove non possa fornire in tempo una prestazione urgente o rifiuti ingiustamente una prestazione, occasionando in tal modo spese agli assicurati che pagano essi stessi tale prestazione, è tenuta a rimborsarne l'importo agli assicurati nei limiti in cui la detta prestazione è necessaria".

Ciò premesso, si osserva che la Corte di giustizia sembra già aver affrontato un problema analogo nella sentenza del 19 aprile 2007, causa C-444/05, *Stamatelaki*, che ha affermato la non conformità al diritto comunitario ed in particolare all'art. 49 CE di una normativa (nella specie la legislazione ellenica) che esclude qualsiasi rimborso, da parte di un ente previdenziale nazionale, delle spese sostenute in occasione del ricovero di un suo assicurato presso cliniche private situate in altri Stati membri (nella specie Regno Unito), fatta eccezione per quelle relative alle cure prestate ai bambini di età inferiore ai 14 anni.

In detta sentenza, si precisa che, per quanto sia pacifico che il diritto co-

comunitario non restringe la competenza degli Stati membri in materia di organizzazione dei loro sistemi previdenziali e che, in mancanza di un'armonizzazione a livello comunitario, spetta alla legislazione di ciascuno Stato membro determinare le condizioni per la concessione delle prestazioni in materia previdenziale, ciò nondimeno, nell'esercizio di tale competenza, gli Stati membri devono rispettare il diritto comunitario, in particolare le disposizioni relative alla libera prestazione dei servizi (punto 23).

La Corte di giustizia ha inoltre sottolineato che dette disposizioni comportano il divieto per gli Stati membri di introdurre o mantenere ingiustificate restrizioni dell'esercizio di questa libertà anche nell'ambito delle cure sanitarie (sentenze 12 luglio 2001, causa C-157/99, *Smits e Peerbooms*, punti 44 - 46; 16 maggio 2006, causa C-372/04, *Watts*, punto 92).

Se tale principio è applicabile nel caso in cui un cittadino abbia scelto di avvalersi di prestazioni mediche specialistiche in strutture private all'estero (come nel caso della sentenza *Stamatelaki* citata), a maggior ragione deve essere applicato nel caso in cui il bisogno urgente della cura medica insorga quando il cittadino si trovi già in uno altro Stato membro e non sia possibile avvalersi della struttura pubblica per sovraffollamento.

Altrimenti, una normativa che escluda in modo assoluto il rimborso di tali spese confliggerebbe non solo con il divieto di restrizioni alla libera prestazione dei servizi (artt. 49 e 50 CE) ma anche con il diritto di libera circolazione dei cittadini (art. 18 CE).

Nel caso di specie, infatti, il rimborso non è stato escluso in modo assoluto ma è stato limitato nel suo ammontare.

Al primo quesito, il Governo italiano ritiene quindi di dare risposta positiva.

Secondo quesito

Con il secondo quesito, il giudice remittente chiede alla Corte in che misura debba essere riconosciuto il rimborso delle spese nel caso in cui l'istituzione competente effettui il pagamento della prestazione non sulla base delle tariffe astratte ma sulla base di contratti individuali ed il diritto nazionale non preveda alcun limite nel richiedere le prestazioni stesse.

A norma dell'art. 31, n. 1, lett. a) del regolamento n. 1408/71, l'assistenza sanitaria al cittadino che si reca per turismo e/o studio in un Paese nello spazio economico europeo è garantita per prestazioni necessarie secondo modalità e regole che il Paese straniero ospitante eroga ai propri assistiti.

Il principio sotteso alla norma sembrerebbe, pertanto, essere quello che il cittadino di un Paese membro di residenza diverso da quello di dimora debba ricevere in questo le stesse prestazioni che vengono garantite ai residenti, mentre non sembra che lo stesso principio possa ampliarsi fino a ricomprendervi il diritto del cittadino comunitario a ricevere prestazioni non garantite in

quest'ultimo Paese, non essendo uguali i sistemi sanitari dei vari Paesi membri, ovvero, a maggior ragione, a prestazioni quantitativamente e qualitativamente diverse rispetto a quanto lo stesso Paese di residenza gli riconosca.

In proposito, il giudice remittente, nel prendere in esame la legislazione spagnola, ha rilevato che una persona residente in Spagna non avrebbe diritto di farsi rimborsare dal sistema sanitario spagnolo le spese per la degenza in una clinica privata.

Certamente, va però tenuto conto del fatto che la ricorrente non ha scelto liberamente di farsi curare da una struttura privata ma è stata ivi ricoverata solo in ragione dell'urgenza e dell'assenza di posti letto nella struttura pubblica.

Ciò detto, va ricordato che l'art. 34 del regolamento n. 574/72 - nel caso in cui le formalità previste agli art. 20, 21, 23 e 31 non abbiano potuto essere espletate e cioè se l'interessato non abbia presentato all'istituzione del luogo di dimora un attestato che certifichi che ha diritto alle prestazioni mediche - stabilisce un limite alla rimborsabilità in caso di prestazioni erogate all'estero in forma indiretta (e quindi anche da strutture private) pari ad un importo di € 1.000 e, comunque, non superiore alla spesa effettivamente sostenuta dall'interessato; ciò allo scopo di proteggere i sistemi sanitari da oneri finanziari sproporzionati.

Pertanto deve ritenersi che la condotta tenuta dalla AOK, che ha rimborsato alla ricorrente € 12.883,84 su complessivi € 21.954,18, sia del tutto coerente con il combinato disposto dell'art. 31 del Reg. (CEE) 1408/71 e dell'art. 34, nn. 4 e 5, del Reg. (CEE) 574/72.

Infatti, in base al suddetto quadro normativo, all'assicurata tedesca temporaneamente soggiornante in Spagna, sono applicabili una serie di diritti e limiti: in primo luogo, il diritto a ricevere prestazioni "medicalmente necessarie"; in secondo luogo il diritto al rimborso, anche se la prestazione è stata fornita da una struttura privata.

Quanto ai limiti, il rimborso è soggetto a due condizioni: la prima riguarda il tetto stabilito dalla commissione amministrativa per la sicurezza sociale dei lavoratori migranti (€ 1.000); la seconda stabilisce che non è consentito rimborsare più delle spese realmente sostenute (nel caso della ricorrente: € 21.954,18).

Alla luce di quanto sopra, occorre sottolineare che l'AOK non ha messo in dubbio di dover rimborsare tali spese, ma solo di dover effettuare un rimborso integrale.

Pertanto, la condotta della AOK, che ha rimborsato circa la metà della spesa effettiva (€ 12.883,84), appare non solo conforme alla richiamata normativa ma anche di maggior favore.

La Corte di Giustizia ha peraltro già avuto modo di affermare la conformità al diritto comunitario di una prassi seguita da una cassa malattia, nel-

l'ambito dell'attuazione di una normativa nazionale (anche il quel caso si trattava della legislazione tedesca) che consiste nel rimborsare integralmente le spese mediche sostenute dai suoi iscritti in occasione di una permanenza in un altro Stato membro se tali spese non superano un importo di DEM 200 (sentenza del 14 ottobre 2004, causa C-193/03, Bosch).

Infatti, la giurisprudenza comunitaria ha ripetutamente dichiarato che non si può escludere che il rischio di grave pregiudizio per l'equilibrio economico del sistema previdenziale possa costituire, di per sé, una ragione imperativa di pubblico interesse in grado di giustificare un ostacolo al principio della libera prestazione dei servizi (Corte di giustizia, sentenze 28 aprile 1998, causa C-158/96, *Kohll*, punto 41; 13 maggio 2003, causa C-385/99, *Müller-Fauré e van Riet*, punto 73).

La Corte ha parimenti ritenuto che l'art. 46 del Trattato consente agli Stati membri di limitare la libera prestazione dei servizi medici e ospedalieri, applicando la deroga giustificata da motivi di sanità pubblica, qualora ciò sia necessario per la conservazione di un sistema sanitario equilibrato ed accessibile a tutti.

Infatti l'equilibrio del regime previdenziale nazionale potrebbe essere compromesso qualora gli assicurati avessero la facoltà di fare ricorso a cliniche private situate in altri Stati membri, senza alcun limite al rimborso, tenuto conto del costo elevato delle prestazioni dalle stesse erogate che supera largamente quelle fornite in un ospedale pubblico.

Come correttamente osservato dal giudice remittente, se non fosse possibile limitare il rimborso in base a tariffe nazionali oggettive, non discriminatorie e trasparenti, lo Stato di residenza sarebbe costretto a colmare le lacune del sistema sanitario di un altro Stato membro tramite la totale assunzione delle spese per le cure mediche prestate in una struttura privata a causa dell'insufficienza della struttura pubblica.

Del resto, nella sentenza *Stamatelaki* citata, la Corte ha ritenuto che sarebbe stata proporzionata allo scopo perseguito di garantire l'equilibrio del sistema previdenziale la definizione di limiti massimi rimborsabili (punto 35), ritenendo non proporzionato solo il carattere assoluto della non rimborsabilità prevista, in quel caso, della legislazione ellenica.

Anche nella sentenza *Müller-Fauré e van Riet* citata è stato chiarito che spetta ai soli Stati membri determinare la portata dell'assicurazione malattia di cui beneficiano gli assicurati, cosicché quando questi ultimi si recano senza previa autorizzazione in uno Stato membro diverso da quello in cui ha sede la cassa malattia cui appartengono per farsi ivi curare, possono esigere la presa a carico delle cure loro fornite solo nei limiti della copertura garantita dal regime di assicurazione malattia dello Stato membro di iscrizione (punto 98).

Al secondo quesito quindi il Governo italiano ritiene di dare risposta positiva.

Terzo quesito

Con il terzo quesito, il giudice remittente ha chiesto, infine, di sapere se la normativa nazionale tedesca, che escluderebbe **qualsiasi** rimborso delle spese per cure mediche in una clinica privata situata in un altro Stato membro, sia compatibile con gli articoli 18, 49 e 50 del Trattato.

In proposito, occorre rilevare che gli articoli 49 e 50 del Trattato CE sembrano orientati ad impedire che uno Stato tenga comportamenti protezionistici nei confronti di prestatori di servizi di altro Stato per avvantaggiare i prestatori residenti.

Dette norme sono quindi finalizzate ad assicurare la libera concorrenza tra operatori di due Stati diversi.

Tuttavia, all'evidenza, nel caso di specie, la situazione è stata di altro genere, giacché non si è trattato di proteggere operatori tedeschi rispetto ad operatori spagnoli, ma di curare nell'immediatezza l'interessata, naturalmente in Spagna, dove, in assenza di posti letto nella struttura pubblica spagnola, è dovuta necessariamente intervenire una struttura privata, sempre spagnola.

Infatti, la ricorrente dovendo ricevere cure "urgenti", che non è stato possibile apprestare nella struttura pubblica per carenza di recettività della stessa, su autonoma decisione dell'ospedale pubblico, è stata ricoverata presso una struttura privata, cosa che ha fatto sorgere un'obbligazione contrattuale in capo alla ricorrente, senza che la stessa abbia operato una libera scelta in tal senso.

Ciò detto, va sottolineato che, dall'ordinanza di rimessione emerge che, nel caso di specie, il rimborso delle spese mediche non è stato affatto escluso bensì è stato effettuato parzialmente e in misura comunque ben superiore al massimale di € 1000 fissato dall'art. 1 della decisione della commissione amministrativa per la sicurezza sociale dei lavoratori migranti e pertanto il quesito, che presuppone una legislazione che escluda in toto il rimborso, sembrerebbe essere privo di oggetto.

Alla luce di quanto sopra, al terzo quesito il Governo italiano ritiene di dare risposta positiva.

** ** *

Il Governo italiano propone quindi alla Corte di risolvere il primo quesito nel senso che il diritto al rimborso delle spese di cui all'art. 34, nn. 4 e 5 del regolamento n. 574/72 comprenda anche le spese sostenute per le cure mediche urgenti prestate alla titolare di una prestazione avente diritto all'erogazione delle prestazioni ai sensi dell'art. 31 del regolamento n. 1408/71 in una clinica privata del luogo di dimora, qualora l'ospedale competente abbia rifiutato tali cure, sotto forma di prestazione in natura, a causa di sovraffollamento.

Il Governo italiano propone inoltre alla Corte di risolvere il secondo quesito nel senso che il rimborso delle spese possa essere parziale e limitarsi alle tariffe di rimborso di cui all'art. 34, n. 4 del regolamento n. 574/72, qualora

l'istituzione competente effettui il pagamento della prestazione in natura degli ospedali non sulla base di tariffe astratte e generali, bensì sulla base di singoli contratti individuali e il diritto nazionale non preveda alcuna limitazione della prestazione in natura alle cure mediche in determinati ospedali.

Il Governo italiano propone infine alla Corte di affermare che il terzo quesito è privo di oggetto in quanto nella fattispecie vi è stato un rimborso parziale delle spese per cure mediche urgenti in una clinica privata situata in un altro Stato membro dell'Unione europea e non un'esclusione totale del rimborso, della quale si è chiesta la compatibilità con gli artt. 18, 49 CE, 50 CE.

Roma, 13 novembre 2008

Avv. Wally Ferrante

Causa C-347/08 - Materia trattata: spazio di libertà, sicurezza e giustizia - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Landesgerichts FeldKirch (Austria) il 28 luglio 2008 - Vorarlberger Gebietskrankenkasse gegen WGV/Schwäbische Allgemeine Versicherungs AG. (Avvocato dello Stato W. Ferrante - AL 36135/08).

LE QUESTIONI PREGIUDIZIALI

1) Se il rinvio di cui all'articolo 11, n. 2, del regolamento CEE del Consiglio 22 dicembre 2000, n. 44/2001, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale all'articolo 9, n.1, lett. b), del medesimo regolamento debba essere interpretato nel senso che un organismo di assicurazione sociale, cessionario ex lege dei diritti della persona direttamente lesa (art. 332 della ASVG – Allgemeine Sozialversicherungs-gesetz-legge generale sull'assicurazione sociale) possa promuovere dinanzi al giudice del luogo di uno Stato membro dove il detto organismo ha la sua sede un'azione nei confronti dell'assicuratore, in quanto siffatta azione diretta sia ammissibile e l'assicuratore abbia la sua sede nel territorio di uno Stato membro.

2) In caso di soluzione affermativa della questione sub 1: se tale competenza sussista anche nel caso in cui la persona direttamente lesa al momento di proporre l'azione dinanzi al giudice, non abbia alcun domicilio o dimora abituale nello Stato membro dove l'organismo di assicurazione sociale ha la sua sede.

L'ESPOSIZIONE DEI FATTI DI CAUSA

La fattispecie all'esame del giudice rimettente austriaco trae origine da

un sinistro stradale occorso in Germania tra la sig.ra Daniela Kerti, una cittadina domiciliata in Austria all'epoca dei fatti (e successivamente trasferitasi in Germania) che ha riportato lesioni personali e la sig.ra Christine Gaukel, una cittadina domiciliata in Germania.

La Vorarlberger Gebietskrankenkasse, organismo di assicurazione sociale con sede in Austria, ha rimborsato alla propria assicurata Sig.ra Kerti le spese mediche da questa sostenute e si è surrogata nei suoi diritti nei confronti della WGV – Schwäbische Allgemeine Versicherungs AG, compagnia assicurativa della Sig.ra Gaukel, ritenuta responsabile del sinistro, con sede in Germania.

L'organismo di assicurazione sociale austriaco ha citato in giudizio la compagnia di assicurazione tedesca dinanzi al proprio foro nazionale in Austria.

Il giudice di primo grado austriaco ha dichiarato la propria incompetenza, ritenendo che l'azione andava proposta in Germania, non potendosi considerare l'attore come persona direttamente lesa ai sensi del combinato disposto degli articoli 11, n. 2 e 9 n. 1, lett. b) del regolamento n. 44/2001.

Il giudice d'appello (e di ultimo grado in ragione del valore della controversia) chiede alla Corte di giustizia se l'organismo di assicurazione sociale, essendo subentrato nei diritti della propria assicurata, possa invocare, come avrebbe potuto fare quest'ultima, il foro speciale dell'attore, in base alle richiamate norme, in luogo del foro generale del convenuto, in base all'art. 2 del regolamento.

LA NORMATIVA COMUNITARIA

Oggetto dell'ordinanza di remissione è l'interpretazione degli artt. 11, n. 2, e 9, n. 1 lett. b) del regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

La disciplina regolamentare in materia assicurativa, quasi identica a quella contenuta nella Convenzione di Bruxelles, stabilisce, nei casi in cui sia l'assicurato ovvero il contraente o il beneficiario della polizza a promuovere l'azione nei confronti dell'assicuratore, la possibilità di convenire in giudizio l'assicuratore oltre che dinanzi ai giudici dello Stato in cui quest'ultimo è domiciliato (articolo 9, n. 1 lett. a)), anche davanti al giudice del luogo in cui è domiciliato l'attore, per i casi in cui l'assicuratore abbia il domicilio in uno Stato membro (articolo 9, n. 1, lett. b) del regolamento).

A fronte di tali previsioni, che coprono tutti i settori assicurativi, il regolamento contempla alcuni fori supplementari, per quanto di interesse, con riferimento all'ipotesi di assicurazione della responsabilità civile, prevedendo che sia competente anche il giudice del luogo in cui si è verificato l'evento dannoso (articolo 10) nonchè il giudice presso il quale è stata proposta l'azione

esercitata dalla persona lesa contro l'assicurato (articolo 11, n. 1).

L'articolo 11, n. 2 dispone che sono applicabili all'azione diretta proposta dalla persona lesa contro l'assicuratore gli articoli 8, 9 e 10.

Ai sensi del considerando n. 13 del regolamento n. 44/2001 è espressamente indicato che nei contratti di assicurazione, come in quelli di consumo e di lavoro, è *“opportuno tutelare la parte più debole con norme in materia di competenza più favorevoli ai suoi interessi rispetto alle regole generali”*.

Tale principio trova conferma nel considerando 16 bis della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 11 maggio 2005, 2005/14/CE, che integra la direttiva 16 maggio 2000, n. 2000/26/CE in materia di assicurazione della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli, che così dispone: *“Ai sensi del combinato disposto dell'articolo 11, paragrafo 2, e dell'articolo 9, paragrafo 1, lettera b), del regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale ... la parte lesa può citare in giudizio l'assicuratore della responsabilità civile nello Stato membro in cui essa è domiciliata”*.

LA POSIZIONE DEL GOVERNO ITALIANO

Primo quesito

Ciò premesso, il Governo italiano ritiene che al primo quesito posto alla Corte debba darsi risposta negativa e che le norme in questione debbano essere interpretate nel senso che un organismo di assicurazione sociale, cessionario *ex lege* dei diritti della persona direttamente lesa non possa promuovere un'azione nei confronti dell'assicuratore dell'altra parte coinvolta nel sinistro dinanzi al giudice del luogo ove detto organismo ha la sua sede.

Nel regolamento n. 44/2001, le norme sulla competenza sono ispirate all'esigenza di proteggere la parte socialmente più debole e pertanto l'applicazione di queste disposizioni, come più volte ribadito dalla Corte di Giustizia, deve essere compiuta ispirandosi a tale canone ermeneutico (cfr. sentenza 14 luglio 1983, in causa 201/82, *Gerling*, nella quale la Corte di giustizia, con riferimento alle norme sulla competenza in materia di assicurazione della Convenzione di Bruxelles, ha affermato la necessità di interpretarle nell'ottica di tutelare il soggetto più debole).

Il regolamento n. 44/2001 ha peraltro rafforzato tale tutela rispetto a quella che risultava dall'applicazione della Convenzione di Bruxelles (cfr. Corte di giustizia, sentenza del 13 dicembre 2007, causa C-463/06, *Odenbreit*, punto 28).

Nel caso di specie, però appare difficile considerare “parte debole” un organismo di assicurazione sociale che ha presumibilmente pari forza rispetto alla società di assicurazione della controparte.

Per effetto della cessione dei diritti del danneggiato, la controversia diviene tra due imprese assicuratrici e viene meno la giustificazione di derogare alla disciplina generale sul foro competente, non essendovi l'esigenza di tutelare, con norme di favore, una parte "debole" rispetto ad una parte "forte".

In presenza di tali circostanze, quindi, non è necessario apprestare una tutela speciale per quanto attiene ai rapporti tra professionisti del settore assicurativo, fra i quali nessuno può verosimilmente trovarsi in una posizione di debolezza rispetto all'altro.

Né gli artt. 11, n. 2 e 9, n. 1 lett. b) del regolamento n. 44/2001 menzionano, oltre alla persona lesa, al contraente dell'assicurazione, all'assicurato e al beneficiario anche il cessionario dei diritti della parte lesa, come avrebbero potuto agevolmente prevedere qualora avessero inteso estendere anche a tale ipotesi il regime di competenza speciale in questione.

In proposito, in relazione ad una controversia sorta nell'ambito di un contratto di riassicurazione, la Corte di giustizia ha già sottolineato l'inapplicabilità delle norme sulla competenza speciale in materia di assicurazioni, di cui agli articoli 7-12 bis della Convenzione di Bruxelles, nei rapporti tra riassicurato e riassicuratore, in considerazione del fatto che le due parti del contratto, essendo entrambi professionisti, posti in posizione paritetica, non necessitano di quella particolare tutela individuata nelle norme della sezione 3 (sentenza del 13 luglio 2000, causa C-412/98, *Group Josi*).

Secondo una giurisprudenza costante della Corte di giustizia (sentenza 12 maggio 2005, causa C-112/03, *Société financière et industrielle du Peloux*) risulta poi che le disposizioni di favore del foro speciale in questione muovono da una preoccupazione di tutela dell'assicurato, il quale, nella maggior parte dei casi, è la persona economicamente più debole e giuridicamente meno esperta, che si trova di fronte ad un contratto predeterminato le cui clausole non possono essere oggetto di trattative.

Da ciò deriva che le norme sulla competenza in materia di assicurazione all'uopo previste non possono essere estese a favore di soggetti giuridici per i quali tale protezione non appaia giustificata.

Nel caso in esame non sembra potersi dubitare del fatto che l'appellante e l'appellato sono in posizione paritaria, sia dal punto di vista economico che giuridico, e non vi è quindi alcuna valida ragione per applicare all'appellante una norma di favore che sarebbe spettata esclusivamente alla persona lesa che gli ha ceduto il proprio credito nei confronti dell'assicurazione del danneggiante.

Inoltre, trattandosi di competenza derogatoria rispetto alla regola generale del domicilio del convenuto, in linea di principio, la norma deve considerarsi di stretta interpretazione.

L'estensione analogica della disposizione in questione si giustificerebbe solo in ragione della posizione debole del danneggiato rispetto a quella del-

l'assicuratore e quindi sulla base del principio affermato dalla richiamata giurisprudenza comunitaria, in base al quale la funzione di tutela del contraente ritenuto economicamente più debole e giuridicamente meno esperto implica che le norme sulla competenza speciale possano essere estese a favore di quelle persone per le quali tale protezione appare giustificata (argomentando a contrario rispetto a quanto affermato dalla Corte di giustizia nella sentenza del 26 maggio 2005, causa C-77/04, *Groupement d'intérêt économique GIE Réunion européenne e a.* che ha invece escluso l'estensione analogica di un criterio di competenza eccezionale nei rapporti tra due imprese di assicurazione).

Quanto al pericolo che sullo stesso fatto giudichino giurisdizioni di Stati membri diversi, si ritiene che tale eventualità è insita in ogni ipotesi di previsione di fori alternativi, come nel caso di specie sarebbe comunque possibile anche a prescindere dalla soluzione data al quesito.

Il regolamento n. 44/2001 prevede, infatti, in materia di assicurazione della responsabilità civile, la competenza generale del foro del convenuto (art. 2), la competenza speciale del foro dell'attore qualora questo sia il contraente dell'assicurazione, l'assicurato, un beneficiario o la parte lesa in caso di azione diretta contro l'assicuratore (art. 9, n. 1, lett. b) e art. 11, n. 2), la competenza del *locus commissi delicti* (art. 10) che, in ipotesi, potrebbe essere un terzo Stato membro, diverso da quelli in cui sono rispettivamente domiciliate le parti in causa o hanno sede le rispettive compagnie di assicurazione.

In tali casi, la pendenza di più cause vertenti sullo stesso fatto andrà risolta alla luce dei principi generali in materia di litispendenza e connessione (art. 27 e seguenti del regolamento), ove le parti siano le stesse ovvero le cause siano connesse, pur essendo tra parti parzialmente diverse, come nel caso prospettato dal giudice *a quo* di azione per i danni materiali proposta dall'organismo cessionario del credito e di azione per i danni morali proposta dalla persona lesa.

Secondo quesito

Il Governo italiano osserva che la soluzione negativa fornita al primo quesito rende superflua la risposta al secondo quesito, rilevando comunque che, a maggior ragione, va esclusa la competenza derogatoria nel caso in cui la persona direttamente lesa non risieda più, al momento della proposizione dell'azione, nello Stato membro in cui ha sede l'organismo di assicurazione sociale cessionario *ex lege* del credito.

Se infatti è già contestabile, come argomentato in relazione al primo quesito, che la surrogazione nei diritti sostanziali dell'assicurato comporti automaticamente anche la surrogazione nei suoi diritti processuali, ciò va senz'altro escluso quando, al momento della proposizione dell'azione, lo stesso assicurato non avrebbe potuto giovare del foro di favore (l'Austria) per

aver mutato il proprio domicilio che è andato a coincidere con quello del convenuto (la Germania).

Conclusioni

Il Governo italiano propone quindi alla Corte di risolvere il quesito nel senso che il rinvio di cui all'articolo 11, n. 2, del regolamento n. 44/2001, all'articolo 9, n.1, lett. b), del medesimo regolamento debba essere interpretato nel senso che un organismo di assicurazione sociale, cessionario *ex lege* dei diritti della persona direttamente lesa non possa promuovere dinanzi al giudice del luogo di uno Stato membro dove il detto organismo ha la sua sede un'azione nei confronti dell'assicuratore.

La soluzione negativa fornita al primo quesito rende superflua la risposta al secondo quesito.

Roma, 21 novembre 2008

Avv. Wally Ferrante

Causa C-518/08 - Materia trattata: proprietà intellettuale - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunal de grande instance de Paris (Francia) il 27 novembre 2008 - Fundació Gala-Salvador Dalí, Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos/Société des Auteurs dans les arts graphiques et plastiques, Juan-Leonardo Bonet Domenech, Eulalia-María Bas Dalí, María Del Carmen Domenech Biosca, Antonio Domenech Biosca, Ana-María Busquets Bonet, Mónica Busquets Bonet. (Avvocato dello Stato W. Ferrante - AL 4007/09 - Diritti sulle vendite successive di opere d'arte).

LE QUESTIONI PREGIUDIZIALI

1) *Se, successivamente all'entrata in vigore della direttiva 27 settembre 2001 [2001/84/CE], la Francia possa mantenere un diritto sulle successive vendite di opere d'arte riservato agli eredi ad esclusione dei legatari o aventi causa.*

2) *Se le disposizioni transitorie di cui all'art. 8, nn. 2 e 3, della direttiva 27 settembre 2001 consentano alla Francia di applicare un regime derogatorio.*

I FATTI DI CAUSA

La domanda pregiudiziale trae origine da una controversia che vede contrapposti, da un lato, gli eredi del pittore Salvador Dalí, deceduto il 23 gennaio 1989, successori *ab intestato*, i quali hanno aderito alla "Société des Auteurs

dans les Arts Graphiques et Plastiques” (ADAGP), il cui statuto, all’art. 2d, afferma che “i titolari della totalità o di parte dei diritti patrimoniali sull’opera di un autore possono affidare alla società la gestione del diritto sulle successive vendite quale definito per la Francia dagli artt. L122-8 e L123-7, secondo comma del Code de la Propriété Intellectuelle” e, dall’altra, la “Fondazione Dalì” a cui lo Stato spagnolo, nominato da Salvador Dalì, con testamento del 20 settembre 1982, legatario universale dei suoi diritti di proprietà intellettuale, aveva affidato l’esercizio dei poteri di amministrazione e di sfruttamento dei diritti di proprietà intellettuale derivanti dall’opera dell’artista nonché la società Visual Entidad de Gestion de Artistas Plasticos (VEGAP), società di gestione collettiva di diritto spagnolo, cui la Fondazione Dalì ha conferito un mandato esclusivo di gestione collettiva ed esercizio dei suoi diritti per il mondo intero sull’opera di Dalì.

Dunque la Fondazione Dalì e la VEGAP sostengono di essere, secondo la legge spagnola, uniche beneficiarie di tutti i diritti dell’opera del pittore, ivi compresi i diritti sulle successive vendite delle sue opere mentre l’ADAGP ha applicato le disposizioni del diritto francese che escludono i legatari e aventi causa dal beneficio del diritto sulle vendite successive.

LA NORMATIVA COMUNITARIA RILEVANTE

Innanzitutto, va precisato che, ai sensi dell’art. 1 della direttiva 2001/84/CE relativa al diritto dell’autore di un’opera d’arte sulle successive vendite dell’originale, per “vendita successiva”, si intende ogni vendita successiva alla prima cessione da parte dell’autore che comporti l’intervento, in qualità di venditori, acquirenti o intermediari, di professionisti del mercato dell’arte come le case d’asta, le gallerie d’arte e, in generale, qualsiasi commerciante di opere d’arte.

La direttiva non riguarda quindi solo i diritti sulle vendite *post mortem* ma anche quelli sulle vendite, appunto, successive alla prima ad opera di intermediari professionisti.

Tali diritti possono essere esclusi dagli Stati membri in relazione al prezzo della vendita nonché alla prossimità temporale della vendita stessa rispetto all’acquisto dell’opera direttamente dall’autore.

Ai sensi dell’art. 6 della direttiva 2001/84/CE, i diritti sulle vendite successive spettano all’autore e, fatto salvo l’art. 8 paragrafo 2, dopo la sua morte, agli aventi causa.

A norma dell’art. 8 citato la durata della protezione del diritto corrisponde a quella stabilita dall’articolo 1 della direttiva 93/98/CEE concernente l’armonizzazione della durata di protezione del diritto d’autore, in base al quale i diritti d’autore di opere letterarie ed artistiche, ai sensi dell’articolo 2 della Convenzione di Berna, durano tutta la vita dell’autore e sino al termine del

settantesimo anno dopo la sua morte indipendentemente dal momento in cui l'opera è stata resa lecitamente accessibile al pubblico.

Secondo il paragrafo 2 del citato art. 8, in deroga al paragrafo 1, gli Stati membri che non applicano il diritto sulle successive vendite di opere d'arte alla data di entrata in vigore della direttiva non sono tenuti, per un periodo che termina non oltre il 1° gennaio 2010, ad applicare il diritto a favore degli aventi causa dell'artista dopo la sua morte.

Il successivo paragrafo 3 precisa che uno Stato membro al quale sia applicabile il paragrafo 2 può disporre di altri due anni al massimo, se necessario, per permettere agli operatori economici in detto Stato membro di adeguarsi gradualmente al sistema del diritto sulle successive vendite di opere d'arte mantenendo nel contempo la loro validità economica prima che sia tenuto ad applicare il diritto a favore degli aventi causa dell'artista dopo la sua morte.

LA POSIZIONE DEL GOVERNO ITALIANO

Sul primo quesito posto alla Corte

Il giudice del rinvio chiede alla Corte se sia conforme alla direttiva 2001/84/CE l'art. L123-7 del Code de la Propriété Intellectuelle francese in base al quale "dopo il decesso dell'autore, il diritto sulle successive vendite di opere d'arte menzionato all'art. L122-8 spetta agli eredi e, per quanto riguarda l'usufrutto di cui all'art. L123-6 al coniuge, ad esclusione di tutti i legatari e aventi causa per l'anno in corso e i successivi settant'anni".

La normativa francese include quindi tra i beneficiari dei diritti sulle successive vendite i successori a titolo universale - gli eredi - ed esclude i successori a titolo particolare *mortis causa o inter vivos* - i legatari e gli aventi causa.

Secondo il Governo italiano, tale scelta appare legittima alla luce del considerando 27 della citata direttiva in base al quale è **necessario determinare i beneficiari del diritto sulle successive vendite di opere d'arte nel rispetto del principio di sussidiarietà e non è opportuno intervenire sul diritto di successione degli Stati membri.**

La direttiva non riguarda quindi l'armonizzazione del diritto successorio, lasciando impregiudicato, in ossequio al principio di sussidiarietà, il diritto di ogni Stato membro di individuare i beneficiari dei compensi sulle vendite successive di opere d'arte nel rispetto della normativa nazionale in materia di successioni.

La direttiva parte dal presupposto che non tutti i Paesi membri riconoscono il diritto sulle vendite successive di opere d'arte e che i regimi nazionali che lo riconoscono non sono uniformi (considerando 7 e 8).

Alla luce di ciò, nei considerando 9 e 14 della direttiva, il legislatore comunitario osserva che l'importanza delle divergenze esistenti tra le disposi-

zioni nazionali in materia dà luogo a distorsioni della concorrenza ed a fenomeni di delocalizzazione delle vendite all'interno della Comunità, comportando disparità di trattamento tra gli artisti a seconda di dove sono vendute le loro opere.

Di qui la necessità di adottare delle misure di armonizzazione per ovviare alle disparità esistenti, che potrebbero creare o mantenere condizioni di concorrenza falsate, **senza che sia tuttavia necessario armonizzare ogni disposizione delle legislazioni degli Stati membri in materia di diritto sulle successive vendite di opere d'arte**, essendo sufficiente, nell'intento di lasciare il più ampio margine possibile alle decisioni nazionali, limitare l'armonizzazione alle disposizioni nazionali che più direttamente si ripercuotono sul funzionamento del mercato interno (considerando 15).

In proposito la Corte di giustizia, nella sentenza 20 ottobre 1993, cause riunite C-92/92 e C-326/92, *Phil Collins*, ha chiarito che l'oggetto del diritto d'autore e dei diritti connessi, quali disciplinati dalle legislazioni nazionali, è quello di assicurare la tutela dei diritti morali ed economici dei loro titolari. La tutela dei diritti morali consente agli autori e agli artisti di opporsi a qualsiasi deformazione, mutilazione o altra modifica dell'opera che possa recare pregiudizio al loro onore o alla loro reputazione mentre la tutela dei diritti economici prevede la facoltà di sfruttare commercialmente la messa in circolazione dell'opera (punto 20).

La Corte ha inoltre rilevato, nella predetta sentenza, che i diritti esclusivi conferiti dalla proprietà letteraria ed artistica sono tali da incidere sia sugli scambi di beni e di servizi, sia sui rapporti di concorrenza nella Comunità e, per tale motivo, tali diritti, benché disciplinati dalle leggi nazionali, sono soggetti alle prescrizioni del Trattato.

Ciò detto, va rilevato che il diritto successorio - con le divergenze che possono esistere da Stato a Stato, che la direttiva non intende mettere in discussione - mira in genere ad assicurare la continuità nei rapporti attivi e passivi facenti capo al *de cuius*.

Solitamente, gli ordinamenti giuridici degli Stati membri ritengono meritevole di tutela l'interesse dei parenti a mantenere nell'ambito della cerchia familiare il patrimonio del defunto.

E' per questo che le legislazioni nazionali riservano spesso ai parenti più prossimi (cosiddetti eredi legittimari) una quota dell'eredità sia in assenza di un testamento, sia in presenza di un testamento che destini ad altri una parte del patrimonio eccedente quella disponibile dal testatore (cosiddetta successione necessaria).

Tale sembra essere il caso della legislazione francese che, pur in presenza di un testamento di Salvador Dalì, che conferisce allo Stato spagnolo la qualità di legatario dei suoi diritti di proprietà intellettuale, riconosce la qualità di eredi ai suoi parenti più prossimi pur in assenza di un testamento a loro favore.

Nell'ambito della successione *mortis causa*, le legislazioni nazionali distinguono di norma tra successione a titolo universale, con l'acquisto della qualità di erede e successione a titolo particolare, in caso di disposizione testamentaria a titolo di legato.

Mentre l'istituzione di erede non può mai mancare perché è la stessa legge che sopperisce nell'individuare i successori legittimi ove non vi abbia provveduto il defunto, il legato può essere disposto solo per testamento.

Inoltre, mentre l'erede è in grado di assicurare quella continuità globale e pressoché assoluta nei rapporti già facenti capo al *de cuius*, succedendo *in universum ius* e rispondendo degli eventuali debiti anche *ultra vires*, quasi continuandone la persona, il che è particolarmente significativo nel caso del diritto di autore, il legatario succede esclusivamente in quel singolo, individuato rapporto espressamente indicato dal defunto nel testamento.

In assenza di un'armonizzazione a livello comunitario dei concetti di "erede" e di "legatario", frutto di una precisa scelta in tal senso del legislatore comunitario in ossequio al principio di sussidiarietà, appare opportuno che la definizione del termine "aventi causa" dopo la morte dell'autore di cui all'art. 6 della direttiva resti abbastanza elastico da consentire il rispetto dei diritti successori dei vari Stati membri.

Appare quindi pienamente legittima e conforme allo spirito della direttiva - che intende lasciare un certo margine alle normative nazionali nell'individuare i beneficiari del diritto sulle successive vendite nel rispetto delle diversità delle legislazioni in materia di successione - la disposizione del Code de la Propriété Intellectuelle che riserva agli eredi detto diritto in quanto evidentemente ritenuti più idonei a continuare la personalità del defunto, che si esprime in modo particolarmente pregnante in tema di diritto di autore.

Sul secondo quesito posto alla Corte

Con il secondo quesito, formulato, anche se non espressamente, solo in subordine, in caso di risposta negativa al primo quesito, il giudice del rinvio chiede alla Corte se le disposizioni transitorie di cui all'art. 8 della direttiva consentano alla Francia di applicare un regime derogatorio.

Avendo risposto al primo quesito nel senso che la Francia può mantenere un diritto sulle successive vendite di opere d'arte riservato agli eredi, in quanto è lasciato agli Stati membri un certo margine per definire il concetto di "aventi causa" dopo la morte dell'autore, non sarebbe necessario rispondere al secondo quesito, in esito al quale sarebbe consentito alla Francia di mantenere tale normativa solo in via transitoria fino al 1 gennaio 2010, termine prorogabile di due anni.

In realtà, comunque, il regime transitorio di cui all'art. 8, paragrafi 2 e 3 della direttiva non appare applicabile alla Francia.

A norma del citato paragrafo 2, gli Stati membri **che non applicano il**

diritto sulle successive vendite di opere d'arte alla data di entrata in vigore della direttiva non sono tenuti, per un periodo che termina non oltre il 1 gennaio 2010, ad applicare il diritto **a favore degli aventi causa dell'artista dopo la sua morte.**

In base a tale disposizione, gli Stati membri che non prevedono una disciplina dei diritti sulle successive vendite alla data di entrata in vigore della direttiva possono non applicarla per un certo periodo a favore degli aventi causa dell'artista dopo la sua morte ma debbono applicarla a favore dell'autore.

La legislazione francese invece già disciplinava alla data di entrata in vigore della direttiva, nel Code de la Propriété Intellectuelle, il diritto sulle successive vendite di opere d'arte non solo a favore dell'autore ma anche a favore degli eredi.

Non sembra quindi che la norma transitoria sia applicabile alla legislazione francese, che appare sin dall'inizio conforme alla direttiva che, come si è detto nella risposta al primo quesito, lascia liberi gli Stati, nel rispetto del principio di sussidiarietà, di individuare il novero dei beneficiari del diritto di cui all'art. 6 nel rispetto del diritto di successione dei vari ordinamenti.

** ** *

Il Governo italiano propone quindi alla Corte di risolvere il primo quesito affermando che, successivamente all'entrata in vigore della direttiva 2001/84/CE, la Francia possa mantenere un diritto sulle successive vendite di opere d'arte riservato agli eredi ad esclusione dei legatari o aventi causa in quanto gli Stati membri sono liberi di individuare i beneficiari di cui all'art. 6 della direttiva, nel rispetto del principio di sussidiarietà, sulla base dei rispettivi diritti di successione, sui quali la direttiva non interviene a fini di armonizzazione, come emerge dal considerando 27.

Il Governo italiano propone inoltre alla Corte di ritenere non necessario rispondere al secondo quesito alla luce della risposta fornita al primo quesito e comunque di affermare che la norma transitoria di cui all'art. 8, n. 2 e 3 della direttiva 2001/84/CE non è applicabile alla legislazione francese che già disciplinava il diritto sulle successive vendite alla data di entrata in vigore della direttiva.

Roma, 26 marzo 2009

Avv. Wally Ferrante

Causa C-565/08 - Materia trattata: libertà di stabilimento - Ricorso presentato il 19 dicembre 2008 - Commissione delle Comunità europee/Repubblica italiana. (Avvocato dello Stato W. Ferrante - AL 3557/069 - Procedura di infrazione massimi tariffe forensi).

LA MEMORIA DI CONTROREPLICA DEL GOVERNO ITALIANO*

1. Con ricorso proposto ai sensi dell'art. 226 CE, notificato il 12 gennaio 2009, la Commissione delle Comunità Europee ha adito la Corte di Giustizia delle Comunità Europee allo scopo di far constatare che, prevedendo delle disposizioni che impongono agli avvocati l'obbligo di rispettare le tariffe massime, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi imposti dagli articoli 43 e 49 del trattato CE.

2. Il Governo italiano, con controricorso del 23 febbraio 2009, ha concluso ribadendo che nell'ordinamento italiano i massimi tariffari non possono considerarsi inderogabili e che pertanto le disposizioni controverse non integrano misure restrittive della libertà di stabilimento e della libertà di prestazione dei servizi.

3. Con la presente memoria, il Governo italiano intende controdedurre alle argomentazioni esposte dalla Commissione con la memoria di replica del 29 aprile 2009 e, in subordine, preso atto che la Commissione non ha desistito dalla propria posizione di ritenere la normativa in questione restrittiva ai sensi degli articoli 43 e 49 CE, contestare la pretesa impossibilità di giustificare la misura alla luce degli obiettivi di garantire l'accesso alla giustizia in Italia, la tutela dei destinatari e la buona amministrazione della giustizia.

4. Innanzitutto, va sottolineato che il Governo italiano non ha affatto inteso comprimere il diritto di difesa della Commissione, come lamentato da quest'ultima ai punti 50-57 della memoria di replica, bensì ha ritenuto talmente assorbente l'assenza del carattere restrittivo del diritto di stabilimento e del diritto di libera prestazione dei servizi della normativa italiana, **come radicalmente modificata nel corso della procedura di infrazione prima dell'emissione del parere motivato**, da ritenere che la Commissione ne avrebbe tratto le dovute conseguenze in ordine alla piena conformità della nuova normativa ai principi comunitari di riferimento, tanto da ritenere del tutto superfluo l'esame delle eventuali giustificazioni che presuppongono invece l'accertata natura restrittiva della misura.

5. Si ricorderà che la procedura di infrazione, iniziata ormai quasi quattro anni fa, ha avuto un andamento altalenante, estendendo e poi riducendo più volte il proprio ambito.

(*) V. Controricorso del Governo italiano, *Rassegna* n.2/09, 192-206.

6. Inizialmente, con la lettera di costituzione in mora del 13 luglio 2005, erano infatti sotto accusa le sole tariffe minime e massime per le attività stragiudiziali e solo con riferimento all'art. 49 CE.

7. Con la costituzione in mora complementare del 23 dicembre 2005, la procedura si è estesa anche alle tariffe per l'attività giudiziale ed altresì in relazione alla presunta violazione dell'art. 43 CE; inoltre è stata contestata l'incompatibilità della normativa italiana con l'art. 49 CE per la mancata considerazione degli effetti indotti dalla presenza di un avvocato locale.

8. Con la seconda lettera di costituzione in mora complementare del 23 marzo 2007, la procedura si è ridotta alla contestazione delle sole tariffe massime, essendo stati nelle more abrogati i minimi tariffari inderogabili.

9. Con il parere motivato del 3 aprile 2008, la Commissione ha altresì abbandonato, restringendo ulteriormente l'ambito della procedura, la contestazione attinente all'asserita violazione dell'art. 49 CE sotto il profilo della mancata considerazione degli effetti indotti dalla presenza di un avvocato locale.

10. Per tale motivo, il Governo italiano si era augurato che, alla luce delle circostanziate deduzioni del controricorso, la Commissione avrebbe preso atto del venir meno dell'oggetto principale del ricorso per inadempimento inizialmente incentrato, per la stragrande maggioranza degli argomenti, sulla illegittimità dei minimi di tariffa inderogabili ed ormai sostanzialmente svuotato, a seguito della modifica normativa, delle ragioni addotte a sostegno della non conformità ai principi comunitari, come già evidenziato al punto 24 del controricorso.

Sulla derogabilità dei massimi tariffari

11. Come si è già ricordato nel controricorso l'inderogabilità a pena di nullità era prevista dall'ordinamento italiano esclusivamente per le tariffe minime: art. 24 della legge n. 794 del 1942 (punti 7 e 47); art. 4, comma 1 del Capitolo I e art. 9 del Capitolo III del D.M. 8 aprile 2004, n. 127 (punti 50 e 53).

12. Per le tariffe massime, **mai dichiarate da alcuna norma di legge come inderogabili, obbligatorie o vincolanti**, è invece da sempre consentita, sia da prima che dopo il decreto Bersani (D.L. n. 223 del 2006 convertito in legge n. 248 del 2006), che sul punto non ha apportato alcuna modifica, ampia possibilità di superarle, sia per volontà delle parti, che rimane il primo criterio di determinazione del compenso professionale ai sensi dell'art. 2233 del codice civile (riportato al punto 17 del controricorso), sia da parte del giudice.

13. Lo stesso decreto Bersani, nell'abrogare "*la fissazione di tariffe obbligatorie fisse o massime*" fa salve "*le eventuali tariffe massime prefissate in via generale a tutela degli utenti*".

14. Detta legge non stabilisce quindi *expressis verbis* l'obbligo di rispet-

tare le tariffe massime, come sostenuto al punto 11 della replica, in quanto il termine “obbligatorie” è utilizzato solo per le (abrogate) tariffe minime e non anche per le (tutt’ora vigenti) tariffe massime.

15. La tariffa professionale resta quindi in vigore ma l’applicazione della stessa integra un criterio sussidiario che entra in gioco solo in mancanza di pattuizione tra le parti e che serve comunque ad orientare il giudice nella liquidazione del compenso.

16. L’art. 61, comma 2 del R.D. n. 1578 del 1933 (riportato al punto 6 del controricorso) prevede inoltre che l’onorario dell’avvocato che, **salvo patto speciale**, è determinato sulla base delle tariffe, “*può essere anche maggiore di quello liquidato a carico della parte condannata alle spese*” in relazione “*alla specialità della controversia o al pregio o al risultato dell’opera prestata*”, fermo restando il potere (preventivo o successivo) del Consiglio dell’ordine di verificare la congruità del compenso richiesto.

17. La liquidazione del giudice non è quindi vincolante nei rapporti cliente-avvocato, potendo le parti concordemente superare l’importo liquidato sulla base delle tariffe forensi.

18. Ciò è confermato anche dalla documentazione prodotta dalla Commissione con la memoria di replica ed in particolare dalla nota del Consiglio dell’ordine degli Avvocati di Torino del 1 settembre 2008 (all. 2, p. 1) in base alla quale “*Criterio principale è la pattuizione tra le parti (art. 2233 c.c.). Criterio sussidiario, in mancanza di pattuizione, è l’applicazione della tariffa. Qualora non possa essere determinato in applicazione della tariffa, il compenso è liquidato dal giudice*” e dalla Circolare n. 22-C/2006 del 4 settembre 2006 del Consiglio Nazionale Forense (all. 1, p. 4) ove si legge, a proposito del patto di quota lite, che “*l’avvocato può chiedere al giudice di liquidare il proprio compenso secondo quanto stabilito nel patto (che civilisticamente parlando, è valido) ma come sopra si è detto il suo comportamento può essere segnalato all’Ordine di riferimento perché ne controlli la correttezza deontologica con riguardo alla proporzionalità del compenso rispetto all’attività prestata*”.

19. Ciò dissolve ogni dubbio della Commissione (punto 30 della replica) in ordine alla possibilità del patto di quota lite di superare i massimi tariffari. Ciò è possibile non solo perché, come si è detto più volte, tali limiti non sono inderogabili ma anche perché il compenso parametrato in percentuale sul risultato della lite è determinato sulla base di un metodo di calcolo forfettario che prescinde del tutto dalle diverse voci della tariffa, sempre fermo restando il potere del Consiglio dell’Ordine di verificare la congruità del compenso.

20. Non si comprende poi perché la Commissione qualifichi tale accordo tra cliente e professionista, idoneo a derogare ai limiti massimi di tariffa, come “*un caso limitato e specifico*” (punto 32 della replica). Al contrario, l’abrogazione del divieto di pattuire compensi parametrati al raggiungimento degli

obiettivi perseguiti (art. 2, comma 1 lett. a) del decreto Bersani) costituisce una norma - questa si innovativa – di portata generale.

21. A parte tale innovazione, anche i casi già previsti dalle tariffe forensi in base ai quali è possibile superare i massimi di tariffa non costituivano e non costituiscono affatto “*ipotesi limitate e ben determinate*” o addirittura “*limitatissime eccezioni*”, come sostenuto dalla Commissione ai punti 20 e 22 della replica

22. In tutte le **cause di particolare importanza, complessità o difficoltà per le questioni giuridiche trattate**, il che non appare affatto costituire un’ipotesi limitata o eccezionale, le parti possono stabilire, senza alcun necessario parere del Consiglio dell’ordine, l’aumento fino al doppio dei massimi di tariffa e, dimentica la Commissione (al punto 21, lettera b della replica), **anche fino al quadruplo per la materia penale** (art. 1, comma 2 del Capitolo II del D.M. 8 aprile 2004 n. 127).

23. Il previo parere del Consiglio dell’ordine è invece richiesto, in caso di **straordinaria importanza della controversia** per la materia civile e stragiudiziale, per aumentare il compenso fino al quadruplo nonché, in caso di **manifesta sproporzione** tra la prestazione professionale e l’onorario previsto dalla tariffa, per aumentare il compenso **anche oltre tale limite**.

24. Non corrisponde al vero quindi che il massimo tariffario possa comunque essere aumentato solo sino al doppio o sino a quadruplo (punto 22 della replica), potendo lo stesso essere aumentato, ricorrendo le citate circostanze, **senza alcun limite**.

25. Quanto alla necessità, in taluni casi, del parere del Consiglio dell’ordine degli avvocati, si ritiene che detta previsione sia del tutto conforme alle esigenze di evitare quegli eccessi e quegli abusi in relazione ai quali la stessa Commissione ritiene opportuno un controllo del Consiglio dell’ordine competente (punto 93 del ricorso).

26. Peraltro, entrambi i documenti citati, prodotti dalla Commissione con la memoria di replica (all.ti 1 e 2), affermano che gli importi massimi “*continuano ad essere derogabili*” alle condizioni già previste.

27. Infatti, il Governo italiano non ha sostenuto che il decreto Bersani ha eliminato l’inderogabilità delle tariffe massime (punto 19 della replica) ma semplicemente che tale nderogabilità non vi è mai stata, avendo riguardato in passato solo le tariffe minime.

28. Peraltro, va sottolineato che gli ordini professionali hanno tentato di fornire una lettura restrittiva della portata del decreto Bersani, come risulta dallo stesso provvedimento dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 15 gennaio 2009, prodotto dalla Commissione con la memoria di replica (all. 3).

29. In tale documento, a p. 8 si legge che “*nel corso degli incontri svolti con i rappresentanti degli ordini e dall’esame delle modifiche apportate ai*

codici deontologici in seguito all'entrata in vigore della legge Bersani emerge un generale tentativo, più accentuato per alcune categorie professionali, di riproporre la vincolatività di livelli tariffari convenzionali tramite il riferimento deontologico diretto ai concetti di decoro e dignità della professione" (evidenza nostra).

30. Emblematica è, secondo tale provvedimento, *"la prima presa di posizione del Consiglio Nazionale Forense che, proprio in considerazione dell'entrata in vigore della legge Bersani, nel settembre 2006, ha diramato una circolare, successivamente ritirata, nell'ambito della quale, oltre a dare un'interpretazione restrittiva della riforma complessivamente considerata, ha precisato che, anche se le tariffe minime non sono più obbligatorie per legge, il comportamento dell'avvocato che richieda un compenso inferiore al minimo tariffario può essere sindacato ai sensi degli articoli 5 e 43, punto II del codice deontologico in quanto il compenso irrisorio, non adeguato, al di sotto della soglia minima, lede la dignità dell'avvocato e si discosta dall'art. 36 Cost."* (evidenza nostra).

31. La Commissione ha quindi citato a sostegno delle proprie tesi una Circolare del C.N.F. (all. 1) **dallo stesso successivamente ritirata**, evidentemente in quanto avvedutosi che la portata liberalizzatrice della legge Bersani non poteva essere messa in discussione da norme deontologiche non solo precedenti ma anche subordinate nella gerarchia delle fonti, come ammesso dallo stesso C.N.F. al punto 2 della citata Circolare del 4 settembre 2006.

32. Peraltro, l'art. 2, comma 3 del decreto Bersani dispone che *"le disposizioni deontologiche e pattizie e i codici di autodisciplina, che contengono le prescrizioni di cui al comma 1 [riportato al punto 16 del controricorso] sono adeguate, anche con l'adozione di misure a garanzia della qualità delle prestazioni professionali, entro il 1 gennaio 2007. In caso di mancato adeguamento, a decorrere dalla medesima data le norme in contrasto con quanto previsto dal comma 1 sono in ogni caso nulle"* (evidenza nostra).

33. Anche l'articolo di dottrina prodotto dalla Commissione con la memoria di replica (all. 4) pur affermando, con il valore che può assumere una tesi dottrinale, che la modifica normativa ha mantenuto l'obbligatorietà del limite massimo di tariffa, precisa altresì che *"lo stesso decreto Bersani detta la regola per cui il giudice provvede alla liquidazione delle spese di giudizio e dei compensi professionali, in caso di liquidazione giudiziale e di gratuito patrocinio, sulla base della tariffa professionale. Si noti che l'espressione 'sulla base della tariffa' non significa 'applicando le tariffe minime o massime'. Il giudice deve applicare il criterio dell'adeguatezza all'importanza dell'opera e al decoro della professione ma senza alcun parametro cogente. Il riferimento alla tariffa professionale costituisce solo una base, su cui poter operare dei calcoli per la determinazione in concreto. E' evidente che il professionista potrà sottrarsi alla discrezionalità del giudice con lo strumento del contratto*

con il cliente.” (evidenza nostra).

34. Le tariffe forensi (minime o massime) non sono quindi cogenti ma costituiscono un importante ed indicativo parametro per il giudice e per le parti.

35. Per rispondere all’interrogativo posto dalla Commissione al punto 33 della replica, si osserva che il Legislatore italiano ha abrogato l’obbligatorietà delle sole tariffe minime e non anche di quelle massime perché solo le prime erano espressamente inderogabili a pena di nullità.

36. L’obbligatorietà delle tariffe massime non è stata abolita, (punto 35 della replica) perché, come si è già esposto e dimostrato, tale obbligatorietà non vi è mai stata.

37. Peraltro, se nella fase precontenziosa le autorità italiane non hanno mai negato che le tariffe massime fossero obbligatorie, va detto che le stesse non hanno nemmeno espressamente affermato che lo fossero.

38. La lettera del 21 maggio 2007 del Ministero della Giustizia, citata al punto 39 della replica, nell’affermare che “*resta fermo il limite degli onorari massimi*”, non indica che tali onorari debbono considerarsi inderogabili e anzi precisa che “*anche il giudice può superare questa soglia in caso di sproporzione manifesta tra l’opera ed il compenso*” (e non “*solo il giudice*”, come erroneamente riportato dalla Commissione al punto 20 del ricorso); il che vuol dire che sia il giudice, sia le parti possono superare detta soglia.

39. Peraltro, ammesso e non concesso che le autorità italiane abbiano, nella fase precontenziosa, qualificato come vincolanti le tariffe massime, è pacifico che lo Stato membro può, nella successiva fase contenziosa, sostenere una tesi anche non prospettata in precedenza.

40. Basti pensare che, in caso contrario, ove le autorità nazionali non rispondano alla costituzione in mora e al parere motivato, come spesso accade, lo Stato membro rimarrebbe privo di ogni difesa innanzi alla Corte di giustizia, il che non è ragionevolmente sostenibile.

41. In merito a quanto osservato dalla Commissione ai punti 4 e 5 nonché ai punti da 42 a 48 della replica, si sottolinea che il Governo italiano non ha mai sostenuto, ne avrebbe mai potuto, che le direttive 98/5/CE e 77/249/CEE derogano agli articoli 43 e 49 del Trattato e che debbano prevalere sugli stessi.

42. Si è invece sostenuto che la normativa italiana, che non prevede più alcuna inderogabilità delle tariffe, è pienamente conforme ai principi generali di cui agli articoli 43 e 49 CE (riferibili ad ogni tipo di attività non salariata, di impresa o di prestazione di servizi), di cui le richiamate direttive sono una specificazione per quanto riguarda, rispettivamente, l’esercizio permanente della professione di avvocato e l’esercizio effettivo della libera prestazione di servizi da parte degli avvocati nel territorio dell’Unione europea. Il riferimento alle stesse, che disciplinano in dettaglio i relativi principi delle due citate norme del Trattato, appare quindi tutt’altro che “inutile”.

43. Quanto alla giurisprudenza comunitaria, che renderebbe le considerazioni della resistente del tutto superate (punto 47 della replica), va ricordato innanzi tutto che, con la sentenza del 19 febbraio 2002, causa C-35/99, *Arduino*, la Corte di giustizia ha ritenuto che gli articoli 10 e 81 del Trattato ovvero le regole della concorrenza non ostino all'adozione da parte di uno Stato membro di una misura legislativa o regolamentare che approvi, sulla base di un progetto stabilito da un ordine professionale forense, una tariffa che fissi dei minimi e dei massimi per gli onorari dei membri dell'ordine, qualora tale misura statale sia adottata nell'ambito di un procedimento come quello previsto dalla normativa italiana (punto 44).

44. Successivamente, la Corte di giustizia ha confermato la correttezza della normativa italiana che regola l'accesso alla professione forense, possibile anche per i prestatori transfrontalieri (ordinanza del 17 febbraio 2005, causa C-250/03, *Mauri*).

45. Per quanto riguarda in particolare la sentenza del 5 dicembre 2006, cause riunite C-94/04 e C-202/04, *Cipolla*, invocata dalla Commissione, va ricordato che detta sentenza, pur essendo stata depositata dopo l'entrata in vigore del decreto Bersani, **si è occupata della legislazione italiana previgente** (le conclusioni dell'Avvocato generale M. Poiares Maduro sono state depositate il 1 febbraio 2006, anteriormente alla predetta modifica normativa) **ed esclusivamente con riferimento agli onorari minimi** (punto 44).

46. Si ritiene quindi che le considerazioni contenute nella predetta sentenza possano solo in parte applicarsi al caso di specie, attesa la modifica del quadro normativo e considerato l'oggetto (superstite) del ricorso per inadempimento: i massimi tariffari.

47. Ciò nonostante, va sottolineato che la predetta decisione non solo ha ritenuto la normativa italiana che stabiliva un limite tariffario minimo inderogabile conforme alle regole della concorrenza (punto 54) ma con riferimento all'art. 49, pur ritenendo che tale previsione integri una restrizione alla libera prestazione dei servizi, ha ritenuto che la tutela dei consumatori, da un lato, e della buona amministrazione della giustizia, dall'altro, sono obiettivi che rientrano tra quelli che possono essere ritenuti motivi imperativi di interesse pubblico in grado di giustificare una restrizione della libera prestazione dei servizi (punto 64).

48. La Corte ha altresì affermato che **spetta al giudice nazionale** determinare se, nella causa principale, la restrizione della libera prestazione dei servizi creata dalla normativa nazionale rispetti tali condizioni, tenendo conto di alcuni elementi indicati dalla stessa Corte (punto 65).

49. In particolare, la Corte ha rilevato che *“se è vero che una tariffa che fissi onorari minimi non può impedire ai membri della professione di fornire servizi di qualità mediocre, non si può escludere a priori che tale tariffa consenta di evitare che gli avvocati siano indotti, in un contesto come quello del*

mercato italiano, il quale, come risulta dal provvedimento di rinvio, è caratterizzato dalla presenza di un numero estremamente elevato di avvocati iscritti e in attività, a svolgere una concorrenza che possa tradursi nell'offerta di prestazioni al ribasso, con il rischio di un peggioramento della qualità dei servizi forniti" (punto 67).

50. La Corte ha quindi ammesso che, in linea di principio, il mantenimento di minimi tariffari inderogabili possa essere strumentale a garantire la qualità delle prestazioni, demandando al giudice nazionale di verificare, anche alla luce della concreta situazione della professione in Italia, se la disapplicazione generalizzata dei minimi tariffari possa comportare il rischio di incidere negativamente sul livello dei servizi prestati dagli avvocati, stimolando la concorrenza sui prezzi a discapito di quella sugli aspetti qualitativi dell'attività professionale.

51. In questa sede, invece, la Commissione sembra voler chiedere alla Corte di accertare essa stessa, in astratto, con riferimento ai massimi tariffari, ciò che nella predetta sentenza è stato invece ritenuto di pertinenza del giudice nazionale, che deve e può operare un accertamento in concreto.

52. Come si è detto, inoltre, la citata sentenza è intervenuta su un quadro normativo ormai radicalmente mutato, che ha espunto l'inderogabilità delle tariffe minime o fisse, che ha eliminato il divieto di parametrare il compenso al raggiungimento di un esito positivo della lite e che ha abrogato il divieto di svolgere pubblicità informativa, con l'intento di ridurre quella "asimmetria informativa" riconosciuta dalla Corte al punto 68 della sentenza in esame.

In subordine, sulla possibilità di giustificare la misura restrittiva

53. Come si è ampiamente avuto modo di dimostrare nel controricorso e nei precedenti punti della controplica, il Governo italiano ritiene che la previsione di limiti tariffari massimi non costituisca una misura restrittiva della libertà di stabilimento e della libertà di prestazione dei servizi.

54. Tuttavia, in via meramente subordinata, il Governo italiano deduce che anche laddove si volesse sostenere che detta previsione costituisca una misura restrittiva ai sensi degli articoli 43 e 49 CE, la stessa sarebbe pienamente giustificabile da obiettivi che la stessa Commissione, al punto 74 del ricorso, riconosce che potrebbero in linea teorica costituire motivi imperativi di interesse pubblico ai sensi della giurisprudenza comunitaria.

55. La Corte di giustizia ha infatti da tempo affermato che il pubblico interesse connesso alla tutela dei destinatari dei servizi giustifica una restrizione alla libera prestazione dei servizi, se idonea allo scopo e non esorbitante da quanto necessario per raggiungere l'obiettivo (sentenza del 25 luglio 1991, causa C-76/90, *Saeger*, punti 16 e 17)

56. **Per quanto riguarda in primo luogo l'obiettivo di garantire l'accesso alla giustizia in Italia**, la Commissione ritiene che l'esigenza di assi-

curare l'accesso alla giustizia a tutti i cittadini sarebbe già garantita dalle disposizioni sul patrocinio a spese dello Stato di cui al D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115.

57. In tal modo, la Commissione non considera però l'esigenza di tutelare la stragrande maggioranza dei cittadini che non hanno comunque accesso al gratuito patrocinio che prevede dei limiti di reddito bassissimi (art. 76 del D.P.R. citato): € 9.723,84 elevati a € 10.628,16 con D.M. 20 gennaio 2009 in G.U. 27 marzo 2009, n. 72. Peraltro, se l'interessato convive con il coniuge o con altri familiari, il reddito è costituito dalla **somma** dei redditi conseguiti da ogni componente della famiglia, compreso l'istante, salva l'elevazione di € 1032,91 per ognuno dei familiari conviventi (art. 92 del D.P.R. citato).

58. Inoltre, al di fuori del processo penale, per i giudizi civili, amministrativi, contabili, tributari e negli affari di volontaria giurisdizione, il cittadino non abbiente è ammesso al gratuito patrocinio quando le sue ragioni non risultino manifestamente infondate (art. 74 del D.P.R. citato) mentre anche chi ha presumibilmente torto può liberamente decidere di resistere in giudizio e ha diritto di accedere alla giustizia a costi ragionevoli e proporzionati all'attività richiesta.

59. Sono quindi meritevoli di tutela tutti coloro che, pur non potendo usufruire del gratuito patrocinio, non abbiano un livello reddituale che consenta loro di accedere a servizi giuridici a condizioni economiche eccessivamente onerose.

60. Né può ritenersi di riservare tale possibilità, come prospettato dalla Commissione al punto 98 del ricorso, alle sole cause concernenti i diritti fondamentali della persona quali quelle in materia penale e di diritto di famiglia, dovendo lo Stato assicurare l'uguaglianza nell'accesso alla giustizia non solo a tutti i cittadini ma anche in tutte le materie.

61. Il diritto di difesa, in generale e in ogni processo, costituisce peraltro esso stesso un diritto fondamentale sia per l'ordinamento nazionale che per quello sopranazionale, come dimostra l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

62. Né sembra che la possibilità per i clienti di negoziare, di volta in volta, il compenso con i propri avvocati, adattandolo ai servizi da rendere nel caso di specie, anziché applicare le tariffe forensi, garantirebbe una migliore tutela al cliente medio, che solitamente non possiede gli strumenti per valutare i costi dell'attività professionale ed è anzi garantito dall'esistenza di tariffe che fungano da parametro di riferimento.

63. Per quanto riguarda i rapporti *business to business*, nulla vieta ai clienti che possano permettersi tariffe più elevate, per ottenere un servizio più complesso e qualificato, di concludere un accordo in tal senso, espressamente consentito dall'art. 2233 c.c., nel pieno rispetto della loro autonomia contrattuale.

64. Peraltro, come già ricordato al punto 41 del controricorso, non corrisponde al vero che gli avvocati che svolgono la professione in Italia sarebbero tenuti a fatturare i propri servizi sulla base di un elenco tassativo di prestazioni legali contenute nel tariffario e non potrebbero determinare il proprio onorario con altri metodi, ad esempio in base al **tempo** dedicato allo studio della pratica. Ciò è invece esplicitamente ammesso dal punto 10 del Capitolo III del D.M. 127 del 2004.

65. Per quanto riguarda, in secondo luogo, l'obiettivo di garantire la tutela dei destinatari dei servizi, ancor più debole appare la posizione della Commissione, secondo la quale le tariffe massime non escluderebbero fatturazioni abusive o illecite.

66. In realtà, la pretesa di compensi illeciti o abusivi esorbita, in quanto tale, dalla fissazione di limiti massimi: questi sono infatti riferiti ad una fatturazione lecita.

67. Peraltro, le altre misure già esistenti nell'ordinamento italiano finalizzate ad evitare tale fenomeno non sono di per sé sufficienti o sono comunque più gravose per il consumatore rispetto alla fissazione preventiva ed in linea generale di tariffe massime.

68. Ci si riferisce in particolare alla tesi della Commissione secondo la quale l'esame di abilitazione alla professione forense dovrebbe essere finalizzato anche ad infondere il rispetto di regole deontologiche e ad evitare così futuri episodi di fatturazione abusiva o comunque eccessiva da parte del professionista (punto 91 del ricorso).

69. In proposito, va da sé che un esame di abilitazione, anche se vertente sull'apprendimento di norme deontologiche, non può evitare fenomeni di fatturazione illecita su base generale.

70. Una rigida selezione è certamente una condizione necessaria per un buon livello qualitativo e deontologico dell'avvocato ma altrettanto certamente non è una condizione sufficiente.

71. Quanto alla possibilità di contestare gli onorari ritenuti eccessivi o abusivi innanzi al Consiglio dell'ordine, titolare di un potere disciplinare nei confronti dei suoi membri, o di chiedere il risarcimento dei danni nei confronti del proprio avvocato in sede giurisdizionale, si tratta di strumenti di tutela esistenti nell'ordinamento italiano ma sicuramente più gravosi e dispendiosi rispetto alla tutela offerta dalla preventiva fissazione per legge di tetti massimi, anche tenuto conto del fatto che il cliente non sempre sarebbe in grado di valutare, in assenza di parametri di riferimento, l'eccessività della pretesa.

72. Le sanzioni disciplinari e il risarcimento del danno costituiscono infatti rimedi repressivi adottabili a posteriori e cioè dopo che il danno all'interesse del cliente e alla buona amministrazione della giustizia si è prodotto. La previsione dei limiti massimi di tariffa consente invece di prevenire il verificarsi di tali danni.

73. Anche alla notevole asimmetria informativa tra cliente e prestatore del servizio, insita nella professione di avvocato in quanto connotata da particolare tecnicismo, il decreto Bersani ha tentato di porre rimedio, eliminando il divieto, anche parziale, di svolgere pubblicità informativa “*circa i titoli e le specializzazioni professionali, le caratteristiche del servizio offerto nonché il prezzo e i costi complessivi delle prestazioni, secondo criteri di trasparenza e veridicità del messaggio il cui rispetto è verificato dall’ordine*” (art. 2, comma 1, lettera b).

74. Anche tale misura non appare però sufficiente in quanto limitata a garantire conoscibilità e trasparenza dei prezzi solo nei rapporti tra cliente ed avvocato e non anche in caso di liquidazione delle spese a favore della controparte vittoriosa.

75. **A tale proposito, per quanto riguarda, in terzo luogo, l’esigenza di garantire la buona amministrazione della giustizia**, si osserva che la prevedibilità del costo della prestazione, ed in particolare delle spese legali che si può essere condannati a rifondere all’avversario in caso di soccombenza - a prescindere dal compenso dovuto al proprio avvocato che rimane autonomamente concordabile - può essere assicurata solo mediante la predisposizione di tariffe massime che garantiscono, con una certa approssimazione, una previsione del costo da sostenere.

76. Non corrisponde al vero, poi, che le tariffe sarebbero obbligatorie per gli avvocati ma non vincolerebbero il giudice nella liquidazione delle spese (punto 106 del ricorso).

77. Infatti la tariffa costituisce un utile parametro per il giudice per liquidare l’importo dei rimborsi dovuti dalla parte soccombente alla parte vittoriosa, tra le quali, per definizione, non esiste un accordo sul punto, come invece può esistere tra la parte ed il proprio avvocato.

78. Ciò detto, i limiti massimi possono essere superati dalle parti esattamente nelle stesse ipotesi in cui possono essere superati dal giudice ed in particolare con riferimento alla natura e all’importanza della controversia, al numero delle questioni trattate, all’attività svolta dall’avvocato, ai risultati ed ai vantaggi anche non patrimoniali del giudizio, al pregio dell’opera prestata, al particolare impegno, alla complessità dei fatti e alla difficoltà delle questioni giuridiche trattate, alla manifesta sproporzione tra la prestazione dell’avvocato e l’onorario previsto (artt. 4 e 5 del Capitolo I; art. 1 del Capitolo II; artt. 1 e 9 del Capitolo III della tariffa forense).

79. Alla luce delle richiamate norme, va quindi decisamente contestata l’affermazione, contenuta al punto 87 del ricorso, secondo la quale le tariffe non sarebbero in alcun modo correlate alla **qualità dei servizi resi**.

80. Quanto al rilievo della Commissione secondo la quale, ove le autorità italiane avessero voluto regolare la liquidazione delle spese da parte del giudice, sarebbero dovute intervenire su tali norme e non in materia di tariffe

degli avvocati (punto 105 del ricorso), si osserva che i due aspetti sono strettamente correlati.

81. Se è vero infatti che a norma dell'art. 61, comma 2 del R.D. n. 1578 del 1933 (riportato al punto 6 del controricorso) l'onorario dell'avvocato nei confronti del cliente "*in relazione alla specialità della controversia o al pregio o al risultato dell'opera prestata può essere anche maggiore di quello liquidato a carico della parte condannata alle spese*" è anche vero che i due profili non possono essere totalmente avulsi l'uno dall'altro in quanto ciò creerebbe una divaricazione irragionevole tra la liquidazione delle spese giudiziali e l'effettivo costo delle attività svolte.

82. La tariffa forense costituisce quindi una obiettiva base di riferimento sia per il giudice, sia per le parti nei rapporti con i loro avvocati.

83. Da tutto quanto sopra, emerge che la fissazione di limiti massimi nelle tariffe forensi costituisce una misura necessaria ed idonea allo scopo di garantire imperativi motivi di interesse pubblico quali l'accesso alla giustizia da parte di tutti i cittadini, la tutela dei destinatari dei servizi e la buona amministrazione della giustizia.

Conclusioni

84. Il Governo italiano conclude quindi nel senso che, nell'ordinamento italiano i massimi tariffari non possono considerarsi inderogabili e che pertanto le disposizioni controverse non integrano misure restrittive della libertà di stabilimento e della libertà di prestazione dei servizi.

85. In subordine, il Governo italiano ritiene che dette misure siano comunque giustificate in quanto necessarie ed idonee allo scopo di garantire imperativi motivi di interesse pubblico quali l'accesso alla giustizia da parte di tutti i cittadini, la tutela dei destinatari dei servizi e la buona amministrazione della giustizia.

Roma, 15 giugno 2009

Avv. Wally Ferrante

IL CONTENZIOSO NAZIONALE

Contratto a termine: illegittimità costituzionale della disciplina sanzionatoria differenziata

(Corte Costituzionale, sentenza 8-14 luglio 2009 n. 214)

SOMMARIO: 1.- La norma illegittima. 2.- La decisione. 3.- Le ulteriori implicazioni. 4.- Le questioni infondate.

1. La disciplina del contratto a termine, nell'attuale assetto definito, dopo innumerevoli rimaneggiamenti, dal decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, torna a costituire oggetto di valutazione del Giudice delle Leggi (1). Svariate ordinanze di rimessione, infatti, hanno sottoposto al vaglio della Corte Costituzionale, la conformità alla Carta Fondamentale di alcune delle disposizioni del citato decreto. Si tratta, in particolare, degli articoli 1, comma 1 e 11, dell'articolo 2, comma 1-*bis* e dell'articolo 4-*bis*.

L'appartenenza di tutte le norme censurate allo stesso testo normativo ha indotto la Corte alla riunione dei giudizi al fine della loro decisione con un'unica pronuncia. Delle diverse disposizioni, tuttavia, solo l'articolo 4-*bis* è stato dichiarato, con la sentenza del 14 luglio 2009, n. 214 in esame, costituzionalmente illegittimo, mentre le altre disposizioni sono state ritenute conformi alla costituzione.

La norma dichiarata illegittima è stata introdotta con decretazione d'urgenza nel *corpus* normativo preesistente (2). Essa, in caso di violazione della

(1) La Corte Costituzionale, infatti, con sentenza 4 marzo 2008, n. 44 ha dichiarato la illegittimità dell'articolo 10, commi 9 e 10 nonché dell'articolo 11, comma 1, del decreto legislativo 6 settembre 2001, n.368, nella parte in cui abroga l'articolo 23, comma 2, della legge 28 febbraio 1987, n. 56 (Norme sull'organizzazione del mercato del lavoro), relativo al lavoro stagionale.

(2) L'articolo 4-*bis* del D. lgs. 368/2001 è stato aggiunto dal comma 1-*bis* dell'articolo 21 del D.L. 25 giugno 2008, n. 112, nel testo integrato dalla relativa legge di conversione 6 agosto 2008, n. 133.

normativa inderogabile in materia di contratto a termine (ed in particolare nei casi di assenza di ragioni giustificatrici del termine, assenza di forma scritta o proroga del termine oltre i limiti consentiti), prevede una disciplina sanzionatoria differenziata, e attenuata, rispetto a quella valevole per la generalità dei casi come individuata dalla prevalente giurisprudenza.

Per questi, invero, nelle ipotesi di insussistenza delle ragioni giustificative del termine apposto al contratto di lavoro subordinato, in assenza di espressa normativa soccorre l'orientamento prevalente della Corte di Cassazione, secondo cui la clausola corrispondente deve ritenersi nulla. A tale nullità consegue, in applicazione dei principi generali in materia di nullità parziale del contratto, l'invalidità parziale della clausola medesima e quindi l'instaurarsi di un rapporto di lavoro a tempo determinato (3). Per la Suprema Corte, infatti, l'apposizione del termine ai contratti di lavoro, sebbene legittimata dalla clausola generale prevista dall'articolo 1, comma 1, del d.lgs 368/2001 (che richiede ragioni tecniche, produttive, organizzative o sostitutive), deve ritenersi pur sempre una ipotesi derogatoria (e quindi applicabile solo nel rispetto della disciplina dettata al riguardo), stante il principio generale confermato dal comma 1 del medesimo articolo (in base al quale il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo determinato).

La norma in esame, invece, la cui rubrica reca "*Disposizione transitoria concernente l'indennizzo per la violazione delle norme in materia di apposizione del termine*", stabilisce che, in caso di violazione di quanto previsto dagli articoli 1, 2 e 4 del decreto legislativo 368/2001, il datore di lavoro sia tenuto unicamente ad indennizzare il prestatore di lavoro con una indennità di importo tra 2,5 e 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto. Si tratta, peraltro, di una disciplina applicabile ai soli giudizi in corso alla data di entrata in vigore della norma e fatte salve le sentenze passate in giudicato. In base a tale differenziazione, pertanto, quanti abbiano già promosso ricorso avverso l'apposizione di un termine ingiustificato (ovvero non risultante da atto scritto o, ancora, prorogato oltre i limiti), per ottenere, avvalendosi dell'orientamento sopra richiamato - ove il giudice accerti la nullità della clausola di apposizione del termine - la conversione del rapporto a termine in rapporto a tempo indeterminato, potranno ottenere esclusivamente un indennizzo economico, a differenza di quanti, invece promuovano l'iniziativa giudiziaria in un momento successivo.

La formulazione della norma nella versione entrata in vigore è stata oggetto di un travagliato *iter* parlamentare. L'introduzione di un articolo 4-*bis* al decreto legislativo 368/2001, infatti, compare la prima volta in sede di con-

(3) Cass., Sez. lav., 21 maggio 2008, n.12985 in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2008, 4, 891, con nota di A. OLIVIERI.

versione del decreto legge 112/2008. Nell'originaria redazione (4), tuttavia, il testo reca una disciplina dagli effetti ben più dirompenti rispetto alla formulazione definitiva. La versione iniziale, infatti, prevede l'indennizzo in luogo della conversione dei contratti a tempo determinato come regola, tanto che un successivo comma estende tale espressa regolamentazione, a scanso di interpretazioni restrittive, *anche* ai giudizi in corso (5). Con una brusca inversione di tendenza, la formulazione definitiva attribuisce, invece, carattere transitorio alla norma e ne confina l'applicazione ai *soli* giudizi in corso.

Si tratta, dunque, di una norma che rispetto al sistema vigente quale individuato dalla giurisprudenza, appare porsi come eccezione, caratteristica quest'ultima confermata dalla limitata efficacia temporale della disposizione. In tal senso, peraltro, si sono pronunciati i giudici di legittimità (6) che hanno precisato trattarsi di una norma non suscettibile di interpretazione estensiva né di applicazione al di fuori dei casi ivi contemplati (cioè delle controversie che abbiano ad oggetto il sistema sanzionatorio del contratto a termine per violazione delle disposizioni indicate dalla norma medesima con esclusione, per esempio, della continuazione del rapporto oltre la scadenza fino al ventesimo giorno prevista dall'articolo 5, comma 1, del d.lgs 368/2001).

L'intervento della Cassazione, pur delimitando la portata ed il carattere della norma, non ne ha fugato i dubbi di compatibilità con la Costituzione, sollevati da più parti soprattutto sotto il profilo del trattamento differenziato di situazioni identiche. È stata, in particolare, evidenziata la disparità di trattamento legislativo "*ben potendosi dubitare della ragionevolezza di una differenziazione di situazioni eguali fondata solo sulla data di introduzione del giudizio*" (7).

(4) A.C. 1386-A (testo approvato il 25 giugno 2008 dalle Commissioni permanenti della Camera dei Deputati).

(5) L'A.C. 1386-A cit., infatti, prevedeva l'inserimento, nel decreto legge da convertire, delle seguenti disposizioni:

1-ter. Dopo l'articolo 4 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, è aggiunto il seguente: «ART. 4-bis. – (Indennizzo per la violazione delle norme in materia di apposizione e di proroga del termine). – 1. In caso di violazione delle disposizioni di cui agli articoli 1, 2 e 4, il datore di lavoro è tenuto ad indennizzare il prestatore di lavoro con un'indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 e un massimo di sei mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni».

1-quater. Fatte salve le sentenze passate in giudicato, le disposizioni dell'articolo 4-bis del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, introdotto dal comma 1-ter del presente articolo, si applicano anche ai giudizi in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto.

(6) C. Cass., sez. lav., 10 novembre 2008, n.26935, in *Mass. giur. lav.*, 2008, 48, 16 con nota di G.FALASCA.

(7) A. VALLEBONA, in *Mass. Giur. lav.*, 2008, 10, 775. L'Autore ritiene, inoltre, che nessun problema di costituzionalità si porrebbe se, invece, "*fosse emanata una norma a regime, anche retroattiva, di eliminazione dell'effetto legale di conservazione necessaria di un contratto a tempo indeterminato per determinati vizi del contratto a termine, poiché tale effetto non è costituzionalmente obbligato*" (*Mass. Giur.Lav.*, 2008, 11, 859).

2. Ed infatti con ben diciannove distinte ordinanze, altrettanti giudici hanno sollevato dinanzi alla Corte Costituzionale questioni di legittimità della norma in argomento (8). I giudici *a quibus*, premettendo che in caso di violazione delle prescrizioni contenute nell'art. 1 del d.lgs. n. 368 del 2001, può essere disposta, secondo il "diritto vivente" - sopra richiamato - la conversione del contratto in rapporto di lavoro a tempo indeterminato e riconosciuta al lavoratore una tutela risarcitoria piena, hanno lamentato, in *primis* (9), la violazione dell'articolo 3 della costituzione. A parere dei giudici rimettenti la norma non solo è fonte di disparità di trattamento - collegata com'è al solo dato temporale del momento di proposizione del ricorso giudiziale - tra lavoratori che si trovano nella identica situazione di fatto - ma è anche irragionevole per tre distinti profili: a) perché interviene nei rapporti di diritto privato sacrificando arbitrariamente il diritto del lavoratore assunto illegittimamente a tempo determinato a godere della tutela garantita dalla legge vigente all'epoca dell'instaurazione del rapporto e favorendo contemporaneamente il datore di lavoro che ha dato luogo all'illegittimità; b) perché non è ravvisabile alcuna giustificazione razionale nel fatto che la disposizione modifichi la regola sostanziale rispetto ad una categoria di soggetti, riducendo la tutela mentre pendono i giu-

(8) Si tratta delle Corti di appello di Torino (r.o. n. 427 del 2008), Genova (r.o. n. 441 del 2008), Bari (r.o. n. 12 del 2009), Caltanissetta (r.o. n. 43 del 2009), Venezia (r.o. n. 93 del 2009), L'Aquila (r.o. n. 95 del 2009) e Roma (r.o. n. 102 del 2009), e dei Tribunali di Roma (r.o. n. 413 del 2008), Ascoli Piceno (r.o. nn. 442 e 443 del 2008), Trieste (r.o. n. 4 del 2009), Viterbo (r.o. n. 22 del 2009), Milano (r.o. nn. 25, 26, 27, 28, 86 e 87 del 2009) e Teramo (r.o. n. 70 del 2009).

(9) Le altre norme costituzionali di cui si lamenta la violazione sono: gli artt. 3, primo comma, e 24 Cost., perché la norma viola il generale principio dell'affidamento legittimamente posto dal cittadino sulla certezza dell'ordinamento giuridico l'art. 10 Cost., poiché la norma lede il principio di parità di trattamento che è principio generale del diritto internazionale e comunitario che l'Italia si è impegnata a rispettare; gli artt. 11, secondo periodo, e 117, primo comma, Cost., perché la norma, riducendo la tutela accordata in precedenza dall'ordinamento ai lavoratori assunti con contratto a tempo determinato, viola la clausola 8, punto 3, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato recepito dalla direttiva 1999/70/CE e, conseguentemente, l'obbligo del legislatore interno di rispettare i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario ed internazionale; l'art. 24 Cost., perché la norma compromette il diritto di difesa dei lavoratori ricorrenti, sottraendo loro la possibilità di ottenere il vantaggio della conversione del contratto in rapporto di lavoro a tempo indeterminato, la cui prospettiva aveva direttamente condizionato l'esercizio del loro diritto di azione; l'art. 111 Cost., con riferimento al principio del giusto processo, perché la norma censurata modifica, nel corso dei procedimenti giudiziari, la tutela sostanziale accordabile al diritto azionato, senza che ricorrano idonee ragioni oggettive o generali; gli artt. 101, 102, secondo comma, e 104, primo comma, Cost., poiché un intervento legislativo che riguardi solamente alcuni giudizi in corso ad una certa data è privo del requisito di astrattezza proprio delle norme giuridiche ed assume un carattere provvedimento generale invasivo dell'ambito riservato alla giurisdizione; l'art. 117, primo comma, Cost., in connessione con l'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950 (ratificata dalla legge 4 agosto 1955, n. 848), il quale impedisce al legislatore di intervenire con norme *ad hoc* per la risoluzione di controversie in corso; l'art. 117, primo comma, Cost., poiché la norma censurata costituisce un completamento o una modifica del d.lgs. n. 368 del 2001 e dunque un'applicazione della direttiva 1999/70/CE e avrebbe pertanto dovuto rispettare la clausola di non regresso enunciata nella clausola 8, punto 3, dell'accordo quadro recepito dalla medesima direttiva.

dizi, proprio e solo per il fatto di avere una causa in corso; c) perché la delimitazione temporale del trattamento discriminatorio si riferisce alla mera pendenza del processo, e quindi ad una circostanza assolutamente accidentale.

A sostegno, invece, della legittimità della norma, la difesa erariale ha richiamato il presupposto di fatto della disposizione, rappresentato dalla *“enorme dilatazione del contenzioso diretto a contestare la validità dell'apposizione del termine ai contratti di lavoro, con possibile vanificazione, a causa dell'incertezza delle conseguenze economiche delle dichiarazioni di invalidità delle clausole oppostive del termine, delle finalità della riforma della disciplina del contratto a tempo determinato operata dal d.lgs. n. 368 del 2001 (aumento delle possibilità di accesso al lavoro subordinato per lavoratori destinati altrimenti a forme ancora più precarie di lavoro)”*. Sarebbe, inoltre, esclusa qualsivoglia discriminazione dei lavoratori interessati dai contenziosi in corso anche perché la soluzione offerta dalla giurisprudenza circa le conseguenze della dichiarazione di invalidità del termine apposto al contratto di lavoro non sarebbe mai pervenuta, invece, a costituire un *“diritto vivente”*.

La Corte ha ritenuto fondata la questione di legittimità sollevata con riferimento all'articolo 3 - con assorbimento delle questioni relative agli altri parametri costituzionali - in quanto situazioni di fatto identiche (contratti di lavoro a tempo determinato stipulati nello stesso periodo, per la stessa durata, per le medesime ragioni ed affetti dai medesimi vizi), risultano destinatarie di discipline sostanziali diverse per la mera e del tutto casuale circostanza della pendenza di un giudizio alla data (sganciata da qualsiasi ragione giustificatrice) del 22 agosto 2008 (giorno di entrata in vigore dell'art. 4-*bis* del d.lgs. n. 368 del 2001). Si tratta, prosegue la Corte, di una discriminazione priva di ragionevolezza, né collegata alla necessità di accompagnare il passaggio da un certo regime normativo ad un altro; l'intervento del legislatore, infatti, non ha toccato la disciplina relativa alle condizioni per l'apposizione del termine o per la proroga dei contratti a tempo determinato, ma ha semplicemente mutato le conseguenze della violazione delle previgenti regole limitatamente ad un gruppo di fattispecie selezionate in base alla circostanza, del tutto accidentale, della pendenza di una lite giudiziaria tra le parti del rapporto di lavoro.

3. La decisione della Corte se ha come effetto principale quello di eliminare dall'ordinamento una norma che appariva, fin dall'origine, di dubbia legittimità, pone ulteriori spunti di riflessione su una questione più ampia e dibattuta relativa al contratto a termine.

Il Giudice delle Leggi, infatti, attribuisce natura di *“diritto vivente”* all'orientamento giurisprudenziale della Corte di Cassazione, sopra richiamato, che riconosce la conversione del rapporto a tempo determinato in rapporto a tempo pieno, quale naturale effetto della violazione delle norme sulla appo-

sizione del termine. Tale autorevole riconoscimento consacra, quindi, l'operatività dell'effetto legale di conservazione del contratto a tempo indeterminato - espressamente previsto dal legislatore per le sole ipotesi di cui all'articolo 5 del d.lgs 368/2001 (continuazione del rapporto e successione di contratti oltre i limiti stabiliti) - anche nelle ipotesi di apposizione di un termine privo di giustificazione (articolo 1, comma 1 del medesimo decreto) (10). In realtà tale riconoscimento appare insito nella stessa norma dell'articolo 4-bis che ponendosi quale eccezione al sistema, avrebbe attribuito, in tutte le ipotesi di violazione della normativa, rango di regola implicita all'effetto legale di conservazione del contratto a tempo indeterminato (11).

4. Le ulteriori disposizioni sottoposte al giudizio di legittimità della Corte, ma ritenute costituzionalmente legittime, sono le seguenti.

a) articolo 1, comma 1 e articolo 11 del d.lgs 368/2001: termine apposto per ragioni sostitutive - onere di indicazione del nominativo del lavoratore sostituito.

L'articolo 1, comma 1, del decreto legislativo 368/2001 prevede la possibilità di apporre un termine al contratto di lavoro subordinato purché ricorrano ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo anche se riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro. L'articolo 11 del medesimo decreto ha, inoltre, disposto l'abrogazione dell'intera legge 18 aprile 1962, n. 230 che, nella ipotesi di assunzione a termine per la sostituzione di lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto, richiedeva obbligatoriamente la indicazione scritta del nominativo del lavoratore sostituito (12).

(10) L'orientamento giurisprudenziale che riconosce la conversione del contratto anche al di fuori delle ipotesi espressamente previste è fortemente criticato in dottrina. È stato infatti rilevato che l'effetto conservativo non può essere ricavato dalla Costituzione (e si citano al riguardo le sentenze della Corte Costituzionale 41/2000 e 89/2003), *“né può essere ricavato interpretivamente dal principio generale di inderogabilità con efficacia sostitutiva ex art. 1419, comma 2, c.c., delle norme di protezione minimale del lavoratore, poiché le disposizioni sulla giustificazione sui divieti del termine non hanno questa funzione di tutela del singolo lavoratore al contrario di quelle sugli abusi da successione non a caso tutte munite di espressa comminatoria di conversione in contratto a tempo determinato”* (A. VALLEBONA, in *Mass. Giur. Lav.*, 2008, 10, 775).

(11) È stato, infatti, rilevato che *“la norma sembra implicitamente avallare la tesi ... secondo la quale al di fuori della disciplina transitoria, la trasgressione degli articoli 1, 2, e 4 determina una trasformazione del contratto di lavoro in quello a tempo indeterminato. Non sarebbe infatti giustificato ammettere un trattamento indennitario, peraltro alquanto blando, per i giudizi in corso, e ritenere invece che, in termini generali, le ipotesi di trasgressione di cui agli articoli 1, 2 e 4 diano luogo alla mera nullità del contratto nei termini prescritti nell'articolo 1419, comma 1, c.c. ... il legislatore sembra accreditare la lettura più rigorista del d.lgs.368/2001, anche se poi interviene per attenuarne la precettività per svuotare il pesante contenzioso che ne è derivato”* (G.FERRARO, *Il contratto a termine tormentato*, in *Mass. Giur. lav.*, 2008, 10, 738).

(12) Si tratta, in particolare, dell'articolo 1, secondo comma, lettera b), che ammette la apposizione del termine *“quando l'assunzione abbia luogo per sostituire lavoratori assenti e per i quali sussiste il diritto alla conservazione del posto, sempreché nel contratto di lavoro a termine sia indicato il nome del lavoratore sostituito e la causa della sua sostituzione”*.

Secondo i giudici rimettenti, l'abolizione dell'onere di indicazione del nominativo del lavoratore sostituito si porrebbe in contrasto con gli articoli 76 e 77 della Costituzione, per eccesso di delega (13).

La questione è stata, invece, ritenuta priva di fondamento dalla Corte Costituzionale con una sentenza interpretativa di rigetto (14), che si richiama al comma 2 dell'articolo 1 del d.lgs. 368/2001. Tale disposizione, infatti, richiede, per l'efficacia del termine, che lo stesso risulti direttamente o indirettamente da atto scritto nel quale siano specificate le ragioni dell'apposizione. Nel caso di sostituzione a termine di un lavoratore, pertanto, tale disposizione, a parere della Corte, impone che il nome del lavoratore sostituito e la causa della sua sostituzione, risultino per iscritto. In conclusione non sussiste eccesso di delega in quanto le norme impugnate non hanno innovato alcunché, sotto il profilo esaminato, rispetto alla disciplina già contenuta nella abrogata legge 230/1962 (15).

b) articolo 2, comma 1-bis, del d.lgs. 368/2001: apposizione del termine

(13) Le ordinanze di rimessione del Tribunali di Roma (r.o. m.413 del 2008), e di Trani (r.o. n.434 del 2008), denunciano la violazione dell'articolo 77 della Costituzione "poiché la legge di delega 29 dicembre 2000, n. 422 (Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità Europee - Legge comunitaria 2000), in esecuzione della quale è stato emanato il d.lgs. n. 368 del 2001, attribuiva al Governo esclusivamente il potere di attuare la direttiva 1999/70/CE, la quale non conteneva alcuna disposizione in tema di presupposti per l'apposizione delle clausole del termine". Denunciano inoltre la violazione dell'articolo 76 "poiché la menzionata legge n. 422 del 2000 non prevedeva principi direttivi ulteriori rispetto all'attuazione della direttiva 1999/70/CE la quale, alla clausola 8, punto 3, dell'accordo quadro da essa recepito, dispone che l'applicazione dell'accordo non può costituire un motivo per ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo stesso, mentre le disposizioni censurate, eliminando la necessità dell'indicazione del nominativo del lavoratore sostituito, determinerebbero un arretramento della tutela garantita ai lavoratori dal precedente regime". Il Tribunale di Roma lamenta anche la violazione dell'articolo 117, primo comma, della Costituzione per violazione dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario.

(14) Così A. VALLEBONA, in *Mass. Giur. Lav.*, 2009, 8/9, 2).

(15) La Corte precisa: "Invero, l'art. 2, comma 1, lettera b), della legge di delega n. 422 del 2000 consentiva al Governo di apportare modifiche o integrazioni alle discipline vigenti nei singoli settori interessati dalla normativa da attuare e ciò al fine di evitare disarmonie tra le norme introdotte in sede di attuazione delle direttive comunitarie e, appunto, quelle già vigenti. In base a tale principio direttivo generale, il Governo era autorizzato a riprodurre, nel decreto legislativo di attuazione della direttiva 1999/70/CE, precetti già contenuti nella previgente disciplina del settore interessato dalla direttiva medesima (contratto di lavoro a tempo determinato). Infatti, inserendo in un unico testo normativo sia le innovazioni introdotte al fine di attuare la direttiva comunitaria, sia le disposizioni previgenti che, attenendo alla medesima fattispecie contrattuale, erano alle prime intimamente connesse, si sarebbe garantita la piena coerenza della nuova disciplina anche sotto il profilo sistematico, in conformità con quanto richiesto dal citato art. 2, comma 1, lettera b), della legge di delega. Non sussiste neppure la denunciata lesione dell'art. 76 Cost., poiché le norme censurate, limitandosi a riprodurre la disciplina previgente, non determinano alcuna diminuzione della tutela già garantita ai lavoratori dal precedente regime e, pertanto, non si pongono in contrasto con la clausola n. 8.3 dell'accordo-quadro recepito dalla direttiva 1999/70/CE, secondo la quale l'applicazione dell'accordo non avrebbe potuto costituire un motivo per ridurre il livello generale di tutela già goduto dai lavoratori. Per la stessa ragione (insussistenza, sotto il profilo in esame, di un contrasto con la normativa comunitaria) è infondata la censura formulata in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., il quale impone al legislatore di rispettare i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali".

ai contratti di lavoro subordinato nel settore delle poste.

L'articolo 2, comma 1-*bis*, del d.lgs 368/2001, prevede l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato quando l'assunzione sia effettuata da imprese concessionarie di servizi nel settore delle poste, per un periodo complessivo massimo di sei mesi compresi tra aprile e ottobre di ogni anno, e di quattro mesi per periodi diversamente distribuiti e nella percentuale non superiore al 15 per cento dell'organico aziendale, riferito al 1° gennaio dell'anno cui le assunzioni si riferiscono.

Il giudice rimettente ritiene che tale disposizione violi l'articolo 3, primo comma, della Costituzione poiché la norma introdurrebbe, ai danni dei lavoratori operanti nel settore postale, una disciplina del lavoro differenziata e priva di ragionevolezza (16).

La Corte, tuttavia, ha ritenuto non fondata la questione specificando, proprio con riferimento all'articolo 3 Cost., che la norma impugnata costituisce la tipizzazione legislativa di una ipotesi di valida apposizione del termine effettuata in base ad una valutazione preventiva ed astratta nient'affatto irragionevole. Alle imprese che svolgono attività di preminente interesse generale, proprio perché tenute all'adempimento di gravosi oneri connessi con l'attività medesima, può infatti essere ragionevolmente riconosciuta una certa flessibilità nel ricorso (entro limiti quantitativi comunque fissati inderogabilmente dal legislatore), allo strumento del contratto a tempo determinato (17).

*Dott. Gianluca Fatato**

Corte costituzionale, sentenza 8-14 luglio 2009 n. 214 - Pres. Amirante, Red. Mazzella - Giudizi di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 1-*bis*, del decreto legislativo 6 settembre 2001 n. 368 (Attuazione della direttiva 1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES), degli artt. 1, comma 1, e 11 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 e dell'art. 4-*bis*, del medesimo decreto legislativo, introdotto dall'art. 21, comma 1-*bis*, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 (Di-

(16) Il Tribunale di Roma (r.o. n. 217 del 2008), lamenta, altresì, la violazione degli articoli 101, 102 e 104 Cost., perché l'introduzione di una «acausalità» per le assunzioni a termine nel settore postale sottrarrebbe ingiustificatamente al giudice ordinario il potere di verifica delle effettive ragioni oggettive e temporanee poste alla base di dette assunzioni.

(17) La Corte ha dichiarato non fondata la questione anche sotto il profilo della pretesa violazione degli articoli 101, 102 e 104 Cost. in quanto *“la norma censurata si limita a richiedere, per la stipula di contratti a termine da parte delle imprese concessionarie di servizi nei settori delle poste, requisiti diversi rispetto a quelli valevoli in generale (non già l'indicazione di specifiche ragioni temporali, bensì il rispetto di una durata massima e di una quota percentuale dell'organico complessivo). Pertanto il giudice ben può esercitare il proprio potere giurisdizionale al fine di verificare la ricorrenza in concreto di tutti gli elementi di tale dettagliata fattispecie legale”*.

(*) Funzionario presso l'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali.

sposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133 - Presidente del Consiglio dei Ministri (Avv.ti F.Tortora, P.Gentili, S. Fiorentino).

(...*Omissis*...)

Considerato in diritto

1. – Con separate ordinanze, le Corti di appello di Torino, Genova, Bari, Caltanissetta, Venezia, L'Aquila e Roma ed i Tribunali di Roma, Trani, Ascoli Piceno, Trieste, Viterbo, Milano e Teramo hanno sollevato, in riferimento agli artt. 3, 10, 11, 24, 76, 77, 101, 102, 104, 111 e 117, primo comma, della Costituzione, questioni di legittimità costituzionale degli artt. 1, comma 1, 2, comma 1-*bis*, 4-*bis* ed 11 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 (Attuazione della direttiva 1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES).

2. – La parziale identità di molte delle questioni proposte e l'appartenenza di tutte le norme censurate allo stesso testo normativo rendono opportuna la riunione dei giudizi al fine della loro decisione con un'unica sentenza.

3. – I Tribunali di Roma (r.o. n. 413 del 2008) e di Trani (r.o. n. 434 del 2008) dubitano, in particolare, della legittimità degli artt. 1, comma 1, e 11 del d.lgs. n. 368 del 2001.

La prima delle predette norme stabilisce che «È consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro» [le parole «anche se riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro», sono state aggiunte dall'art. 21, comma 1, del 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), convertito dalla legge 6 agosto 2008, n. 133].

L'art. 11 del d.lgs. n. 368 del 2001, invece, dispone, al comma 1, l'abrogazione, tra l'altro, dell'intera legge 18 aprile 1962, n. 230 (Disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato), la quale, all'art. 1, secondo comma, lettera b), consentiva l'apposizione del termine al contratto di lavoro subordinato «quando l'assunzione abbia luogo per sostituire lavoratori assenti e per i quali sussiste il diritto alla conservazione del posto, sempreché nel contratto di lavoro a termine sia indicato il nome del lavoratore sostituito e la causa della sua sostituzione».

Ad avviso dei rimettenti, le norme censurate, nel sopprimere l'art. 1, secondo comma, lettera b), della legge n. 230 del 1962 e, quindi, nell'abolire l'onere dell'indicazione del nominativo del lavoratore sostituito quale condizione di liceità dell'assunzione a tempo determinato di altro dipendente, violerebbero l'art. 77 Cost., poiché la legge di delega 29 dicembre 2000, n. 422 (Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità Europee - Legge comunitaria 2000), in esecuzione della quale è stato emanato il d.lgs. n. 368 del 2001, attribuiva al Governo esclusivamente il potere di attuare la direttiva 1999/70/CE, la quale non conteneva alcuna disposizione in tema di presupposti per l'apposizione delle clausole del termine. Sussisterebbe contrasto, poi, con l'art. 76 Cost., poiché la menzionata legge n. 422 del 2000 non prevedeva principi direttivi ulteriori rispetto all'attuazione della direttiva 1999/70/CE la quale, alla clausola 8, punto 3, dell'accordo quadro da essa recepito, dispone che l'applicazione dell'accordo non può costituire un motivo per ridurre

il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo stesso, mentre le disposizioni censurate, eliminando la necessità dell'indicazione del nominativo del lavoratore sostituito, determinerebbero un arretramento della tutela garantita ai lavoratori dal precedente regime. Infine, ad avviso del solo Tribunale di Roma, sarebbe leso anche l'art. 117, primo comma, Cost., per violazione dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario.

3.1. – La questione non è fondata nei termini di seguito precisati.

Entrambi i rimettenti omettono di considerare adeguatamente che l'art. 1 del d.lgs. n. 368 del 2001, dopo aver stabilito, al comma 1, che l'apposizione del termine al contratto di lavoro è consentita a fronte di ragioni di carattere (oltre che tecnico, produttivo e organizzativo, anche) sostitutivo, aggiunge, al comma 2, che «L'apposizione del termine è priva di effetto se non risulta, direttamente o indirettamente, da atto scritto nel quale sono specificate le ragioni di cui al comma 1».

L'onere di specificazione previsto da quest'ultima disposizione impone che, tutte le volte in cui l'assunzione a tempo determinato avvenga per soddisfare ragioni di carattere sostitutivo, risulti per iscritto anche il nome del lavoratore sostituito e la causa della sua sostituzione. Infatti, considerato che per "ragioni sostitutive" si debbono intendere motivi connessi con l'esigenza di sostituire uno o più lavoratori, la specificazione di tali motivi implica necessariamente anche l'indicazione del lavoratore o dei lavoratori da sostituire e delle cause della loro sostituzione; solamente in questa maniera, infatti, l'onere che l'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 368 del 2001 impone alle parti che intendano stipulare un contratto di lavoro subordinato a tempo determinato può realizzare la propria finalità, che è quella di assicurare la trasparenza e la veridicità della causa dell'apposizione del termine e l'immodificabilità della stessa nel corso del rapporto.

Non avendo gli impugnati artt. 1, comma 1, ed 11 del d.lgs. n. 368 del 2001 innovato, sotto questo profilo, rispetto alla disciplina contenuta nella legge n. 230 del 1962, non sussiste la denunciata violazione dell'art. 77 della Costituzione.

Invero, l'art. 2, comma 1, lettera b), della legge di delega n. 422 del 2000 consentiva al Governo di apportare modifiche o integrazioni alle discipline vigenti nei singoli settori interessati dalla normativa da attuare e ciò al fine di evitare disarmonie tra le norme introdotte in sede di attuazione delle direttive comunitarie e, appunto, quelle già vigenti.

In base a tale principio direttivo generale, il Governo era autorizzato a riprodurre, nel decreto legislativo di attuazione della direttiva 1999/70/CE, precetti già contenuti nella previgente disciplina del settore interessato dalla direttiva medesima (contratto di lavoro a tempo determinato). Infatti, inserendo in un unico testo normativo sia le innovazioni introdotte al fine di attuare la direttiva comunitaria, sia le disposizioni previgenti che, attenendo alla medesima fattispecie contrattuale, erano alle prime intimamente connesse, si sarebbe garantita la piena coerenza della nuova disciplina anche sotto il profilo sistematico, in conformità con quanto richiesto dal citato art. 2, comma 1, lettera b), della legge di delega.

Non sussiste neppure la denunciata lesione dell'art. 76 Cost., poiché le norme censurate, limitandosi a riprodurre la disciplina previgente, non determinano alcuna diminuzione della tutela già garantita ai lavoratori dal precedente regime e, pertanto, non si pongono in contrasto con la clausola n. 8.3 dell'accordo-quadro recepito dalla direttiva 1999/70/CE, secondo la quale l'applicazione dell'accordo non avrebbe potuto costituire un motivo per ridurre il livello generale di tutela già goduto dai lavoratori.

Per la stessa ragione (insussistenza, sotto il profilo in esame, di un contrasto con la normativa comunitaria) è infondata la censura formulata in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost.,

il quale impone al legislatore di rispettare i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.

4. – Il Tribunale di Roma (r.o. n. 217 del 2008) dubita della legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 368 del 2001, aggiunto dall'art. 1, comma 558, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - Legge finanziaria 2006). In virtù di tale disposizione è consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato quando l'assunzione sia effettuata da imprese concessionarie di servizi nei settori delle poste per un periodo massimo complessivo di sei mesi, compresi tra aprile ed ottobre di ogni anno, e di quattro mesi per periodi diversamente distribuiti e nella percentuale non superiore al 15 per cento dell'organico aziendale, riferito al 1° gennaio dell'anno cui le assunzioni si riferiscono.

Ad avviso del rimettente, la norma, consentendo alle aziende concessionarie di servizi nei settori delle poste di stipulare contratti di lavoro a tempo determinato (oltre che per le causali e nelle forme previste dall'art. 1 dello stesso d.lgs. n. 368 del 2001) anche liberamente entro i limiti temporali e quantitativi in essa indicati, violerebbe, da un lato, l'art. 3, primo comma, Cost., poiché introdurrebbe, ai danni dei lavoratori operanti nel settore delle poste, una disciplina differenziata del lavoro a termine priva di ragionevolezza e di valide ragioni giustificatrici e, dall'altro, gli artt. 101, 102 e 104 Cost., perché l'introduzione di una «acausalità» per le assunzioni a termine nel settore postale sottrarrebbe ingiustificatamente al giudice ordinario il potere di verifica delle effettive ragioni oggettive e temporanee poste alla base di dette assunzioni.

4.1. – La questione non è fondata.

Innanzitutto non è ravvisabile alcuna lesione dell'art. 3 della Costituzione.

La norma censurata costituisce la tipizzazione legislativa di un'ipotesi di valida apposizione del termine. Il legislatore, in base ad una valutazione – operata una volta per tutte in via generale e astratta – delle esigenze delle imprese concessionarie di servizi postali di disporre di una quota (15 per cento) di organico flessibile, ha previsto che tali imprese possano appunto stipulare contratti di lavoro a tempo determinato senza necessità della puntuale indicazione, volta per volta, delle ragioni giustificatrici del termine.

Tale valutazione preventiva ed astratta operata dal legislatore non è manifestamente irragionevole.

Infatti, la garanzia alle imprese in questione, nei limiti indicati, di una sicura flessibilità dell'organico, è direttamente funzionale all'onere gravante su tali imprese di assicurare lo svolgimento dei servizi relativi alla raccolta, allo smistamento, al trasporto ed alla distribuzione degli invii postali, nonché la realizzazione e l'esercizio della rete postale pubblica i quali «costituiscono attività di preminente interesse generale», ai sensi dell'art. 1, comma 1, del decreto legislativo 22 luglio 1999, n. 261 (Attuazione della direttiva 1997/67/CE concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e per il miglioramento della qualità del servizio).

In particolare, poi, in esecuzione degli obblighi di fonte comunitaria derivanti dalla direttiva 1997/67/CE, l'Italia deve assicurare lo svolgimento del c.d. “servizio universale” (cioè la raccolta, il trasporto, lo smistamento e la distribuzione degli invii postali fino a 2 chilogrammi; la raccolta, il trasporto, lo smistamento e la distribuzione dei pacchi postali fino a 20 chilogrammi; i servizi relativi agli invii raccomandati ed agli invii assicurati: art. 3, comma 2, del d.lgs. n. 261 del 1999); tale servizio universale «assicura le prestazioni in esso ricomprese, di qualità determinata, da fornire permanentemente in tutti i punti del territorio nazionale, incluse

le situazioni particolari delle isole minori e delle zone rurali e montane, a prezzi accessibili a tutti gli utenti» (art. 3, comma 1); l'impresa fornitrice del servizio deve garantire tutti i giorni lavorativi, e come minimo cinque giorni a settimana, salvo circostanze eccezionali valutate dall'autorità di regolamentazione, una raccolta ed una distribuzione al domicilio di ogni persona fisica o giuridica (art. 3, comma 4); il servizio deve esser prestato in via continuativa per tutta la durata dell'anno (art. 3, comma 3).

Non è, dunque, manifestamente irragionevole che ad imprese tenute per legge all'adempimento di simili oneri sia riconosciuta una certa flessibilità nel ricorso (entro limiti quantitativi comunque fissati inderogabilmente dal legislatore) allo strumento del contratto a tempo determinato.

Si aggiunga che l'art. 2, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 368 del 2001 impone alle aziende di comunicare ai sindacati le richieste di assunzioni a termine, prevedendo così un meccanismo di trasparenza che agevola il controllo circa l'effettiva osservanza, da parte datoriale, dei limiti posti dalla norma.

La questione non è fondata neppure sotto il profilo della pretesa violazione degli artt. 101, 102 e 104 della Costituzione.

La norma censurata si limita a richiedere, per la stipula di contratti a termine da parte delle imprese concessionarie di servizi nei settori delle poste, requisiti diversi rispetto a quelli vellevoli in generale (non già l'indicazione di specifiche ragioni temporali, bensì il rispetto di una durata massima e di una quota percentuale dell'organico complessivo). Pertanto il giudice ben può esercitare il proprio potere giurisdizionale al fine di verificare la ricorrenza in concreto di tutti gli elementi di tale dettagliata fattispecie legale.

5. – Con diciannove distinte ordinanze, le Corti di appello di Torino (r.o. n. 427 del 2008), Genova (r.o. n. 441 del 2008), Bari (r.o. n. 12 del 2009), Caltanissetta (r.o. n. 43 del 2009), Venezia (r.o. n. 93 del 2009), L'Aquila (r.o. n. 95 del 2009) e Roma (r.o. n. 102 del 2009), ed i Tribunali di Roma (r.o. n. 413 del 2008), Ascoli Piceno (r.o. nn. 442 e 443 del 2008), Trieste (r.o. n. 4 del 2009), Viterbo (r.o. n. 22 del 2009), Milano (r.o. nn. 25, 26, 27, 28, 86 e 87 del 2009) e Teramo (r.o. n. 70 del 2009), hanno sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 4-*bis* del d.lgs. n. 368 del 2001, introdotto dall'art. 21, comma 1-*bis*, del d.l. n. 112 del 2008.

La norma censurata dispone che «Con riferimento ai soli giudizi in corso alla data di entrata in vigore della presente disposizione, e fatte salve le sentenze passate in giudicato, in caso di violazione delle disposizioni di cui agli articoli 1, 2 e 4, il datore di lavoro è tenuto unicamente ad indennizzare il prestatore di lavoro con un'indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 ed un massimo di sei mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604 (Norme sui licenziamenti individuali), e successive modificazioni».

I giudici rimettenti, premettendo che, secondo il "diritto vivente", in caso di violazione delle prescrizioni contenute nell'art. 1 del d.lgs. n. 368 del 2001, può essere disposta la conversione del contratto in rapporto di lavoro a tempo indeterminato e riconosciuta al lavoratore una tutela risarcitoria piena, affermano che l'art. 4-*bis* del d.lgs. n. 368 del 2001 violerebbe: l'art. 3 Cost., poiché è fonte di irragionevole disparità di trattamento, collegata al solo dato temporale del momento di proposizione del ricorso giudiziale, tra lavoratori che si trovano nella identica situazione di fatto (r.o. nn. 413, 427, 441, 442 e 443 del 2008; 4, 12, 25, 26, 27, 28, 43, 86, 87 e 93 del 2009); l'art. 3 Cost., in quanto introduce una disciplina priva di ragionevolezza, perché: a) interviene nei rapporti di diritto privato sacrificando arbitrariamente il diritto del lavoratore assunto illegittimamente a tempo determinato a godere della tutela ga-

rantita dalla legge vigente all'epoca dell'instaurazione del rapporto e favorendo contemporaneamente il datore di lavoro che ha dato luogo all'illegittimità (r.o. nn. 442 e 443 del 2008); b) non è ravvisabile alcuna giustificazione razionale nel fatto che la disposizione modifichi la regola sostanziale rispetto ad una categoria di soggetti, riducendo la tutela mentre pendono i giudizi, proprio e solo per il fatto di avere una causa in corso (r.o. n. 102 del 2009); c) la delimitazione temporale del trattamento discriminatorio si riferisce alla mera pendenza del processo, e quindi ad una circostanza assolutamente accidentale (r.o. nn. 22, 70 e 95 del 2009); gli artt. 3, primo comma, e 24 Cost., perché viola il generale principio dell'affidamento legittimamente posto dal cittadino sulla certezza dell'ordinamento giuridico (r.o. nn. 413 del 2008; 12, 22 e 70 del 2009); l'art. 10 Cost., poiché lede il principio di parità di trattamento che è principio generale del diritto internazionale e comunitario che l'Italia si è impegnata a rispettare (r.o. nn. 25, 26, 27, 28, 86 e 87 del 2009); gli artt. 11, secondo periodo, e 117, primo comma, Cost., perché, riducendo la tutela accordata in precedenza dall'ordinamento ai lavoratori assunti con contratto a tempo determinato, viola la clausola 8, punto 3, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato recepito dalla direttiva 1999/70/CE e, conseguentemente, l'obbligo del legislatore interno di rispettare i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario ed internazionale (r.o. nn. 442 e 443 del 2008); l'art. 24 Cost., perché compromette il diritto di difesa dei lavoratori ricorrenti, sottraendo loro la possibilità di ottenere il vantaggio della conversione del contratto in rapporto di lavoro a tempo indeterminato, la cui prospettiva aveva direttamente condizionato l'esercizio del loro diritto di azione (r.o. nn. 427 del 2008; 24, 25, 26, 27, 28, 43, 86, 87, 93 e 102 del 2009); l'art. 111 Cost., con riferimento al principio del giusto processo, perché la norma censurata modifica, nel corso dei procedimenti giudiziali, la tutela sostanziale accordabile al diritto azionato, senza che ricorrano idonee ragioni oggettive o generali (r.o. nn. 93 e 102 del 2009); gli artt. 101, 102, secondo comma, e 104, primo comma, Cost., poiché un intervento legislativo che riguardi solamente alcuni giudizi in corso ad una certa data è privo del requisito di astrattezza proprio delle norme giuridiche ed assume un carattere provvedimentale generale invasivo dell'ambito riservato alla giurisdizione (r.o. nn. 413 del 2008 e 22 del 2009); l'art. 117, primo comma, Cost., in connessione con l'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950 (ratificata dalla legge 4 agosto 1955, n. 848), il quale impedisce al legislatore di intervenire con norme *ad hoc* per la risoluzione di controversie in corso (r.o. nn. 413 e 441 del 2008; 4, 12, 22, 43, 25, 26, 27, 28, 70, 86, 87, 93, 95 e 102 del 2009); l'art. 117, primo comma, Cost., poiché la norma censurata costituisce un completamento o una modifica del d.lgs. n. 368 del 2001 e dunque un'applicazione della direttiva 1999/70/CE e avrebbe pertanto dovuto rispettare la clausola di non regresso enunciata nella clausola 8, punto 3, dell'accordo quadro recepito dalla medesima direttiva (r.o. nn. 25, 26, 27, 28, 86 e 87 del 2009).

5.1. – Nel giudizio introdotto dall'ordinanza n. 4 del 2009 è intervenuta l'associazione "Articolo 21 Liberi di", che non era parte nel relativo giudizio *a quo*.

Per costante giurisprudenza di questa Corte, possono partecipare al giudizio incidentale di legittimità costituzionale le sole parti del giudizio principale e i terzi portatori di un interesse qualificato, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio (da ultimo, sentenza n. 47 del 2008). L'associazione "Articolo 21 Liberi di" motiva il proprio intervento con la necessità di rappresentare alla Corte che il lavoro precario è largamente diffuso anche nel settore dell'editoria e della radiotelevisione. L'interesse dell'associazione è, quindi, privo di correlazione con le specifiche e peculiari posizioni soggettive dedotte nel giudizio principale ed il suo intervento deve essere dichiarato inammissibile.

5.2. – Le questioni sollevate dalle Corti di appello di Torino, Caltanissetta, Venezia e L'Aquila e dal Tribunale di Teramo sono inammissibili per insufficiente motivazione sulla rilevanza.

Infatti gli atti di rimessione nulla dicono circa la legittimità o meno del termine apposto ai contratti di lavoro oggetto dei relativi giudizi *a quibus*. Pertanto questa Corte non è posta in condizione di verificare la sussistenza, nelle singole fattispecie, del requisito della rilevanza, perché ben potrebbe darsi che, in quelle ipotesi, non sussista violazione né dell'art. 1, né dell'art. 2, né dell'art. 4 del d.lgs. n. 368 del 2001, con conseguente inapplicabilità dell'art. 4-*bis* del d.lgs. n. 368 del 2001 nei giudizi principali.

5.3. – La questione sollevata dalla Corte d'appello di Bari è inammissibile per un'analogia ragione. Infatti, il giudice *a quo* si esprime in termini meramente possibilistici circa la fondatezza della tesi – sostenuta dal lavoratore – della nullità del termine apposto al contratto per cui è causa e, quindi, neppure in tal caso questa Corte può essere certa della rilevanza della questione.

5.4. – Le questioni sollevate dal Tribunale di Milano sono inammissibili per difetto di rilevanza, perché nella motivazione di ciascun atto di rimessione si legge che il relativo giudizio *a quo* è stato promosso dopo l'entrata in vigore della norma censurata, mentre l'art. 4-*bis* del d.lgs. n. 368 del 2001 si applica solamente alle controversie in corso alla data della sua entrata in vigore.

5.5. – Residuano, pertanto, le questioni sollevate dalle Corti d'appello di Genova e di Roma e dai Tribunali di Roma, Ascoli Piceno, Trieste e Viterbo.

Il Presidente del Consiglio dei ministri ha eccepito l'inammissibilità di tali questioni (ad eccezione di quella sollevata dal Tribunale di Roma), perché i rimettenti non hanno spiegato per quale ragione, nella fattispecie concreta oggetto del loro giudizio, pur ammettendo che il termine sia stato illegittimamente apposto, non si dovrebbe dichiarare l'estinzione del rapporto per mutuo consenso.

L'eccezione non è fondata.

In effetti, l'ordinanza del Tribunale di Ascoli Piceno n. 442 del 2008 espressamente dà atto dell'infondatezza dell'eccezione di estinzione del rapporto per mutuo consenso sollevata dal datore di lavoro nel giudizio principale.

Nelle ordinanze delle Corti di appello di Genova e di Roma sono indicate le eccezioni sollevate in secondo grado dalle parti datoriali e tra esse non figura quella di estinzione del rapporto per mutuo consenso; ciò è sufficiente al fine di ritenere rilevante la questione di legittimità dell'art. 4-*bis* del d.lgs. n. 368 del 2001 nei relativi giudizi principali, poiché questi ultimi sono giudizi di secondo grado nei quali, in difetto di una specifica eccezione sollevata dalla parte interessata, il giudice non può affermare l'estinzione del rapporto di lavoro per mutuo consenso.

Analogamente, nell'ordinanza del Tribunale di Ascoli Piceno n. 443 del 2008 sono riportate tutte le difese del datore di lavoro e, tra queste, non v'è l'eccezione di estinzione per mutuo consenso, non rilevabile d'ufficio.

Nella propria ordinanza di rimessione il Tribunale di Trieste lascia impregiudicata l'eccezione di estinzione per mutuo consenso formalmente eccepita dal datore di lavoro e tuttavia aggiunge che, in ogni caso, nella fattispecie oggetto del giudizio *a quo*, vi sarebbero gli estremi per la dichiarazione della costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato dalla data di sottoscrizione del primo contratto di lavoro a tempo determinato tra le parti alla scadenza dell'ultimo; conseguentemente, l'art. 4-*bis* impedirebbe anche tale, sia pure ridotta, declaratoria di conversione del rapporto.

L'ordinanza del Tribunale di Viterbo è stata pronunciata nel corso di un giudizio cautelare promosso poco dopo la scadenza del contratto a termine, onde – avendo il lavoratore immediatamente reagito in sede giudiziale – non sussiste la circostanza del consistente lasso di tempo intercorso tra la scadenza del termine e la proposizione del ricorso giudiziale richiesta dalla giurisprudenza di legittimità per poter affermare che si sia formato un mutuo consenso per l'estinzione del rapporto.

5.6. – Con riferimento alle questioni sollevate proprio dal Tribunale di Viterbo, il Presidente del Consiglio dei Ministri eccepisce, inoltre, la loro inammissibilità perché, dalla motivazione dell'ordinanza di rimessione, apparirebbe che la fattispecie dedotta nel giudizio principale sia da ricondurre all'ambito di operatività dell'art. 5 del d.lgs. n. 368 del 2001 (che disciplina l'ipotesi della successione dei contratti a termine), fattispecie cui non si applica l'art. 4-*bis* dello stesso d.lgs. n. 368.

L'eccezione non è fondata.

Infatti il Tribunale di Viterbo afferma espressamente che l'ordine di riammissione in servizio della lavoratrice – contenuto nell'ordinanza pronunciata ai sensi dell'art. 700 cod. proc. civ. contro la quale è stato proposto il reclamo che il rimettente deve decidere – è stato pronunciato perché il giudice di prime cure aveva ritenuto la violazione dell'art. del d.lgs. n. 368 del 2001 per omessa indicazione delle causali dell'assunzione a tempo determinato, fattispecie che rientra pacificamente nell'ambito di operatività dell'art. 4-*bis* del d.lgs. n. 368.

5.7. – Nel merito le questioni sollevate in riferimento all'art. 3 Cost. dalle Corti d'appello di Genova e di Roma e dai Tribunali di Roma, Ascoli Piceno, Trieste e Viterbo sono fondate.

In effetti, situazioni di fatto identiche (contratti di lavoro a tempo determinato stipulati nello stesso periodo, per la stessa durata, per le medesime ragioni ed affetti dai medesimi vizi) risultano destinatarie di discipline sostanziali diverse (da un lato, secondo il diritto vivente, conversione del rapporto in rapporto a tempo indeterminato e risarcimento del danno; dall'altro, erogazione di una modesta indennità economica), per la mera e del tutto casuale circostanza della pendenza di un giudizio alla data (anch'essa sganciata da qualsiasi ragione giustificatrice) del 22 agosto 2008 (giorno di entrata in vigore dell'art. 4-*bis* del d.lgs. n. 368 del 2001, introdotto dall'art. 21, comma 1-*bis*, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112).

Siffatta discriminazione è priva di ragionevolezza, né è collegata alla necessità di accompagnare il passaggio da un certo regime normativo ad un altro. Infatti l'intervento del legislatore non ha toccato la disciplina relativa alle condizioni per l'apposizione del termine o per la proroga dei contratti a tempo determinato, ma ha semplicemente mutato le conseguenze della violazione delle previgenti regole limitatamente ad un gruppo di fattispecie selezionate in base alla circostanza, del tutto accidentale, della pendenza di una lite giudiziaria tra le parti del rapporto di lavoro.

Deve pertanto essere dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis* del d.lgs. n. 368 del 2001, con assorbimento delle questioni sollevate in riferimento ad altri parametri costituzionali dalle Corti d'appello di Genova e di Roma e dai Tribunali di Roma, Ascoli Piceno, Trieste e Viterbo.

P.Q.M.

LA CORTE COSTITUZIONALE

riuniti i giudizi,

1) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis* del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 (Attuazione della direttiva 1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a

tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES), introdotto dall'art. 21, comma 1-*bis*, del 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), convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133;

2) dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale del medesimo art. 4-*bis* del d.lgs. n. 368 del 2001, sollevate, in riferimento agli artt. 3, 10, 11, 24, 111, 117, primo comma, della Costituzione, dalle Corti di appello di Torino, Bari, Caltanissetta, Venezia e L'Aquila e dai Tribunali di Milano e Teramo con le ordinanze indicate in epigrafe;

3) dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 1, comma 1, e 11 del d.lgs. n. 368 del 2001, sollevate, in riferimento agli artt. 76, 77 e 117, primo comma, della Costituzione, dal Tribunale di Roma con l'ordinanza n. 413 del 2008 e dal Tribunale di Trani con l'ordinanza indicata in epigrafe;

4) dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 368 del 2001, sollevata, in riferimento agli artt. 3, primo comma, 101, 102 e 104 della Costituzione, dal Tribunale di Roma con l'ordinanza n. 217 del 2008.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, l'8 luglio 2009.

Dossier

La funzione dell'istanza di prelievo nei ricorsi per equa riparazione dell'irragionevole durata del processo

Nella giurisprudenza della Corte di Cassazione ed alla luce dei nuovi interventi normativi

IN ALLEGATO: 1.- Corte Suprema di Cassazione, Sezione I Civile, sentenza 6 marzo 2003 n. 3347. 2.- Corte Suprema di Cassazione, Sezione I Civile, sentenza 17 aprile 2003 n. 6180. 3.- Corte Suprema di Cassazione Civile, Sezioni Unite, sentenza 23 dicembre 2005 n. 28507. 4.- Corte Suprema di Cassazione, Sezione I Civile, sentenza 28 novembre 2008 n. 28428.

E' noto che nel comparto della giustizia amministrativa esiste un notevole arretrato di giudizi tuttora pendenti imputabile soprattutto all'atteggiamento sventato che i vari Governi, succedutisi nel corso degli ultimi trenta anni, hanno mostrato rispetto alla giurisdizione amministrativa nel momento culminante della formazione della legge di bilancio, destinandole risorse finanziarie a dir poco esigue. Così il modesto organico del personale di magistratura (meno di cinquecento giudici) e l'altrettanto striminzito organico del personale di segreteria (meno di mille dipendenti) non sono stati in grado di assicurare uno svolgimento celere delle cause, nonostante uno sforzo encomiabile, ma purtroppo vano davanti alle centinaia di migliaia di ricorsi ammassati in archivi cartacei straripanti.

Certamente, l'incapacità della giurisdizione amministrativa di far fronte tempestivamente alla domanda di giustizia si traduce in un malessere che non va sottovalutato: questi ritardi rappresentano, a volte, quasi un diniego di giustizia per i ricorrenti ma sono dannosi anche per le stesse amministrazioni, che restano esposte al possibile annullamento dei propri atti dopo molti anni, quando diventa più difficile ripristinare le situazioni giuridiche lese nel quadro di una composizione legittima ed efficace degli interessi, mediante il corretto esercizio dell'attività amministrativa.

Le innumerevoli problematiche legate all'arretrato della giustizia amministrativa italiana hanno sollecitato l'introduzione, nella prassi e nella stessa giurisprudenza (Consiglio di Stato, sentenza 15 settembre 1986, n. 676), di quella che ha assunto la comune denominazione di "istanza di prelievo", riconoscendosi cioè ad una delle parti la possibilità di produrre al presidente medesimo una (ulteriore) richiesta, «*intesa a far pervenire il giudizio ad una sollecita definizione*», attraverso la quale il giudice, dietro illustrazione dei

concreti motivi di urgenza, è stimolato ad anticipare l'udienza di discussione del ricorso (1), con la consequenziale deroga del rigido criterio cronologico di trattazione delle cause fondato sulla data della domanda di fissazione. Tale istanza, della quale si può rinvenire una qualche traccia nelle norme procedurali (2) (art. 51, comma 2, del Regio Decreto n. 642 del 1907: «*Nello stesso decreto di fissazione di udienza il Presidente può, ad istanza di parte o d'ufficio, dichiarare il ricorso urgente*»), svolge la funzione primaria di impedire l'estinzione del ricorso giurisdizionale per perenzione ordinaria, una volta che sia stata presentata dal difensore del ricorrente con apposito atto distinto dal ricorso introduttivo.

(1) A questo proposito giova ricordare che la giurisprudenza della CEDU, se per un verso ha ritenuto che, nei casi in cui è possibile, grava sulla parte l'onere di promuovere l'accelerazione dell'iter processuale, chiedendo, ad esempio, di anticipare l'udienza (CEDU 15 novembre 1996, *Ceteroni c. Italia*), sul presupposto che le parti stesse debbono partecipare con diligenza agli adempimenti, astenersi dal ricorrere ad espedienti dilatori e «*servirsi delle possibilità offerte dall'ordinamento interno per abbreviare il giudizio*», senza peraltro porre in essere manovre al di fuori della norma (CEDU 7 luglio 1989, *Union Alimentaria Sanders c. Spagna*), dall'altro ha tuttavia affermato che è compito degli Stati membri «*organizzare il rispettivo sistema giudiziario in modo tale da assicurare una durata ragionevole dei procedimenti*» (CEDU 13 luglio 1983, *Zimmermann c. Svizzera*; CEDU 25 giugno 1987, *Baggetta c. Italia*; CEDU 24 maggio 1991, *Caleffi c. Italia*; *Pugliese c. Italia*; *Vocaturò c. Italia*), onde il principio del termine ragionevole enunciato dall'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione europea «*non esonera i tribunali dall'obbligo di procedere senza dilazioni*» (CEDU 7 luglio 1989, cit.) ed il fatto, in specie, che il ricorrente non abbia inoltrato alcuna istanza per far fissare con urgenza la discussione della causa costituisce una ragione che «*non giustifica... i gravi ritardi in cui (siano) incorse le autorità nazionali*» (CEDU 24 maggio 1991, *Vocaturò c. Italia*, cit.).

Se pure, quindi, nella sfera della giurisdizione amministrativa, al pari di quanto accade in quella civile (là dove figura la possibilità di ricorrere all'abbreviazione di termini, all'anticipazione di udienze e ad istanze sollecitarie di vario genere), è ammissibile che la parte ricorrente abbia l'onere di attivarsi al fine di promuovere, con il suo comportamento, una speciale celerità del processo o, comunque, la più rapida conclusione di esso, sollecitando appunto l'uso, da parte del giudice, dei suoi poteri officiosi e riducendo così la durata che si stia palesando irragionevole, occorre tuttavia riconoscere che l'Amministrazione deve comunque provvedere ad organizzare gli uffici giudiziari in modo tale che questi ultimi - pure nel caso in cui gli utenti non risultino diligenti nella cura dei propri interessi - siano in grado di provvedere in tempi sufficientemente celeri, ovvero in modo tale che venga assicurata la ragionevole durata dei processi, in condizioni non soltanto normali ma anche di emergenza.

(2) La norma di procedura regolante l'istanza in discorso, nel trentennio di vita dei TAR ha ricevuto costante e diffusa applicazione nella fissazione delle udienze innanzi ai Tribunali Amministrativi Regionali, essendo altresì prevista l'annotazione delle istanze di urgenza nel registro delle domande di fissazione di udienza dal comma 1 dell'art. 24 del Regolamento di esecuzione della L. n. 1034 del 1971 approvato con D.P.R. n. 214 del 1973.

Ne deriva che la diffusione dello strumento acceleratorio costituito dalla proposizione della menzionata istanza di prelievo al fine di pervenire alla (più) sollecita discussione del ricorso innanzi al T.A.R. è frutto, anche ad avviso della Corte di Cassazione, più che di una prassi di applicazione estensiva ai relativi giudizi di norma posta in altra *sedes materiae*, di una applicazione diffusa e sistematica dei principi impliciti nella norma regolamentare dell'annotazione delle istanze d'urgenza (art. 24 c. 1 D.P.R. n. 214 del 1973 cit.), applicazione che ben si può definire come integrante il diritto vivente della procedura innanzi ai T.A.R. (che oggi vede il ricorso alla previsione di un invito alla riproposizione di istanza di sollecito per i ricorsi «ultradecennali», la cui inosservanza è sanzionata con l'adozione del decreto di perenzione ex art. 9 L. n. 205 del 2000).

L'*istanza di prelievo*, tuttavia, nata quale strumento atto a consentire l'accesso ad una corsia preferenziale nella lunga corsa per la definizione del giudizio, ha assunto notevole centralità ai fini dell'accoglimento dei ricorsi per il ristoro della irragionevole durata del processo, secondo il disposto dell'art. 2, comma 1, L. 24 marzo 2001, n. 89 (c.d. Legge *Pinto*).

La citata norma introduce nell'ordinamento giuridico interno un rimedio specifico per tutelare il diritto ad un'equa riparazione del danno patrimoniale e non patrimoniale cagionato dall'irragionevole prolungarsi dei tempi del giudizio, come già previsto dall'art. 6, § 1, della *Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali* del 1950, ratificata dalla L. 4 agosto 1955, n. 848 (3).

In buona sostanza, viene offerta tutela ai tutti quei cittadini che si sono trovati costretti, loro malgrado e per cause indipendenti dalla loro volontà, ad attendere anni per vedere definito un processo. Le sofferenze psicologiche, le ansie ed i patemi d'animo, che inevitabilmente colpiscono chi si trova a dover sopportare le lungaggini processuali, trovano ristoro nel riconoscimento di un diritto all'indennità da ritardo da richiedere allo Stato. Naturalmente tale riconoscimento dovrà passare attraverso l'accertamento di determinati criteri, quali la complessità della causa, il comportamento delle parti, del giudice e di ogni altra autorità chiamata a concorrere o comunque a contribuire alla definizione del processo.

Ebbene, proprio in virtù della sua straordinaria funzione accelerativa, nello scenario prospettato dal Legislatore con la legge n. 89/2001, il deposito della domanda di prelievo viene a configurarsi come una particolare forma di collaborazione tra gli avvocati delle parti e gli uffici di segreteria del giudice amministrativo per una più agevole definizione del giudizio, l'omessa presentazione della stessa manifestando – al contrario – un marcato disinteresse della parte ricorrente alla durata del giudizio e, per questa via, l'assenza di una presunta “sofferenza morale” causata da tale durata. Su questo punto nei primi indirizzi giurisprudenziali delle Corti di appello, competenti a pronunciarsi sul risarcimento del danno per violazione del termine ragionevole del giudizio, si sono evidenziate due tesi diametralmente contrapposte: un primo indirizzo considerava la mancata presentazione dell'*istanza di prelievo* da parte dell'avvocato difensore, durante la pendenza del processo amministrativo, come una

(3) Lo strumento di tutela introdotto dalla predetta L. n. 89/2001 ha decisamente contribuito a sgravare la Corte di giustizia dei diritti dell'Uomo di Strasburgo dall'ingente numero di ricorsi presentati dai cittadini italiani, e tutela in maniera più efficace gli interessi dei singoli, considerando anche la sussidiarietà della tutela offerta dalla Convenzione dei diritti dell'Uomo rispetto ai più incisivi rimedi offerti da ciascun ordinamento nazionale. Inoltre, la L. 24 marzo 2001, n. 89 trova un valido e solido sostegno di rango costituzionale nell'art. 111 Cost., così come modificato dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, che ha codificato per la prima volta nella nostra carta costituzionale il principio del giusto processo.

responsabilità diretta e personale della parte per le lungaggini giudiziali, con la conseguente negazione del diritto all'equa riparazione per l'eccessiva durata del processo (4); diversamente, un secondo e più ortodosso indirizzo giurisprudenziale valutava irrilevante la citata omessa presentazione, condannando lo Stato a risarcire il danno.

In verità il fatto che per prassi l'accoglimento o il rigetto dell'istanza di prelievo venga affidato alla valutazione ampiamente discrezionale del presidente (art. 51, cit. «*Il presidente può... dichiarare il ricorso urgente*») induce a dubitare sulla sua efficacia reale di affrettare la conclusione del giudizio attraverso una decisione sul merito.

La questione concernente la rilevanza – in sede di accertamento della pretesa violazione all'obbligo di rispetto del termine ragionevole di cui all'art. 6 par. 1 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (art. 2 comma 2 L. n. 89 del 2001) – della mancata tempestiva proposizione della *istanza di prelievo* al Presidente del T.A.R. ha destato sin da subito l'interesse anche della giurisprudenza di legittimità. Tuttavia, la soluzione data al quesito in esame non è stata, nelle pronunzie della Corte di Cassazione, del tutto omogenea. Mentre, infatti, con alcune pronunzie pubblicate nel 2002 (5) i giudici di legittimità hanno affermato la rilevanza assorbente che assume il rinvio al comportamento delle parti nell'accertamento della violazione della durata ragionevole (art. 2, comma 2, L. n. 89 del 2001), si da escludere l'addebitabilità all'Amministrazione dei tempi imputabili alla negligente condotta delle parti

(4) Così, *ex exemplis*, Corte d'Appello di Genova, Decreto 18 giugno 2002; Corte d'Appello, Napoli, Decreto 5 marzo 2002 e Corte d'Appello di Roma, Decreto 27 dicembre 2001/15 gennaio 2002, la quale ha ritenuto che il mancato tempestivo deposito (solo supposto ma non provato) dell'*istanza di prelievo* costituisca un comportamento dilatorio della ricorrente, addebitandole l'intero ritardo nella decisione del ricorso e lasciando così intendere che, senza istanza di prelievo, non potesse essere discusso e deciso un ricorso, con evidente confusione tra istanza di fissazione dell'udienza di discussione ed istanza di prelievo. Lo stesso giudice, qualificando erroneamente l'*istanza di prelievo* come un obbligo processuale il cui inadempimento bloccherebbe o ritarderebbe il processo, ha fatto derivare dalla sua tardiva presentazione addirittura l'insussistenza giuridica della lamentata violazione del diritto all'equa riparazione ex legge n. 89/2001, pur materialmente presente, laddove una simile tardiva presentazione, configurandosi esattamente in termini di mancato esercizio di una facoltà ai fini dell'eventuale accelerazione del processo, al più poteva essere tenuta presente, come fattore riduttivo, nella quantificazione del danno da liquidare.

(5) Confronta Cass. 5 novembre 2002, n. 15445 e Cass. 14 novembre 2002, n. 15992, ove si stabilisce che, nel valutare il comportamento delle parti, il giudice debba «*escludere la liquidazione del previso indennizzo allorché la parte, col suo comportamento, abbia concorso a determinare la durata che si assume eccessiva; in tale prospettiva, è legittimo considerare, oltre che il ritardo nella presentazione, da parte del ricorrente nel giudizio amministrativo, della richiesta di fissazione di udienza ai sensi dell'art. 23 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, il mancato tempestivo inoltrare dell'istanza di prelievo, a nulla rilevando che detta istanza costituisca una facoltà, e non un obbligo, per il ricorrente, atteso che colui il quale non ha fatto ricorso ai mezzi acceleratori posti a sua disposizione dall'ordinamento non può poi allegare, a fondamento del diritto all'equa riparazione del danno da ritardo, la maggiore durata che il mancato avvalimento di essi, valutabile alla stregua di un comportamento inerte, ha introdotto nella procedura*».

stesse nel non avvalersi dello strumento acceleratorio disponibile (6), la sentenza del 6 marzo 2003, n. 3347 ha puntato – con ampia e diffusa applicazione diretta dei principi della giurisprudenza della CEDU – sulla permanente inadempienza dell’Amministrazione nel non aver organizzato il servizio in modo da assicurare celerità “...anche a favore degli utenti che non risultino diligenti nella cura dei propri interessi...”.

Dall’ultimo citato arresto derivava un orientamento minoritario secondo cui la mancata presentazione dell’istanza di prelievo non poteva influire sul calcolo dei termini del processo (7), bensì incidere unicamente sulla determinazione dell’entità dell’equa riparazione spettante con riferimento all’art. 1227, comma 2, c.c. (richiamato nella L. n. 89 del 2001, art. 2, comma 3), il quale esclude il risarcimento dei danni che il danneggiato avrebbe potuto evitare usando l’ordinaria diligenza, col risultato che la durata irragionevole del processo, ancorché accertata, non potrebbe porsi esclusivamente a carico dello Stato.

Ciononostante, il prevalente orientamento giurisprudenziale, consolidatosi in seno alla Corte di Cassazione fino all’affermarsi della ormai famosa decisione a Sezioni Unite n. 28507/2005, ha ritenuto che in tema di equa riparazione ai sensi della Legge 24 marzo 2001 n. 89, la negligenza della parte ricorrente dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale nella presentazione dell’istanza di prelievo – strumento offerto dall’ordinamento processuale per pervenire alla più sollecita definizione del ricorso – trova la sua collocazione non già nella *sedes materiae* della liquidazione del danno (art. 1227, comma 2, c.c.), ma nello scrutinio di “adeguatezza” del comportamento della parte ex art. 2, comma 2, della legge citata, tra gli elementi costitutivi del fatto generatore di indennizzo, rilevando cioè come comportamento oggettivo, determinante

(6) Nello stesso senso, le corti di merito, (vedi, *ex multis*, Corte d’Appello, Napoli, Decreti 26 marzo 2004, 16 luglio-2 ottobre 2004, 25 ottobre 2004 e 10 giugno 2005 e Corte d’Appello, Venezia, decreto 8 luglio 2004), hanno negato l’addebitabilità della durata del giudizio innanzi al TAR alla responsabilità dello Stato, non avendo il ricorrente inoltrato l’istanza di prelievo, ritenuto impulso di parte indispensabile alla sollecita definizione del giudizio amministrativo, e statuendo che solo con la proposizione della detta istanza (ed a partire da quella data) il decorrere del tempo avrebbe potuto costituire comportamento omissivo, generante stato di tensione-danno morale, e conseguentemente determinante il momento di partenza ai fini della valutazione dell’arco di durata del processo.

(7) “*Ai fini dell’apprezzamento della fondatezza della domanda, proposta a norma degli articoli 2 e 3 della legge 24 marzo 2001, n. 89, di equa riparazione del danno, patrimoniale e non patrimoniale, che possa essere derivato al ricorrente per effetto del ritardo eccedente il termine ragionevole di cui al primo comma del citato art. 2, la mancanza di opportuni impulsi sollecitatori, provenienti dalla parte interessata, tesi ad ottenere una più spedita trattazione della causa, del genere della cosiddetta “istanza di prelievo” nel processo amministrativo, non incide sul calcolo dei tempi del processo stesso, nel senso che il difetto di un tale comportamento rileva ai soli fini della liquidazione dell’equa riparazione anzidetta, onde la possibilità di addivenire alla richiesta di simili anticipazioni (come, in senso più largo, ad altre istanze di natura analogo) integra l’ordinaria diligenza processuale ed il relativo, mancato esercizio, a differenza dell’ipotesi in cui mezzi siffatti non risultino previsti dall’ordinamento, esclude che la durata irragionevole del giudizio venga imputata esclusivamente allo Stato*” (Cass. Civ., Sez. I, sentenza 6 marzo 2003, n. 3347).

la mancata attivazione dell'organo di giustizia amministrativa, valutabile come causa, o come concausa, della non ragionevolezza del tempo trascorso; ne deriva che soltanto con la proposizione di detta istanza (ed a partire da quella data) il decorrere del tempo diventa esclusivo parametro di valutazione del comportamento dell'organo di giustizia ai fini dello scrutinio della ragionevolezza della durata del processo. Più precisamente, il Giudice di legittimità ha affermato che: «a) la scelta legislativa - di collocare il comportamento delle parti, al pari di quello del giudice e di ogni altra pubblica autorità, tra gli oggetti dello scrutinio di merito sulla irragionevolezza della durata del processo (art. 2 c. 2 L. n. 89 del 2001 cit.) - appare eloquente dell'obiettivo politico perseguito, in coerenza con il rifiuto di fissare astratti parametri cronologici di durata ragionevole: la valutazione di irragionevolezza non deve discendere dalla pervasiva presunzione di addebitabilità all'Amministrazione di ogni durata rapportabile a carenza nell'organizzazione del servizio ma dalla equilibrata ponderazione del ruolo avuto, nel concreto del processo in disamina, dai suoi attori pubblici e privati rispetto alla domanda di giustizia che quella controversia, con la sua complessità o semplicità, proponeva allo Stato-apparato; b) in tal senso, la negligenza della parte istante nel non essersi avvalsa dello strumento di attivazione od acceleratorio che il "diritto vivente" ha messo a sua disposizione nel processo innanzi ai T.A.R. rileva come comportamento oggettivo che ha dato causa - altrettanto oggettivamente - alla mancata attivazione dell'organo di giustizia e che l'art. 2 comma 2 L. n. 89 del 2001 più volte citato impone di valutare come causa, o concausa, della non ragionevolezza del tempo trascorso: di talché, se a nulla rileva sottolineare la non obbligatorietà della proposizione dell'istanza e se altrettanto non rileva notare che, alla sua presentazione, non si rinviene l'espressa previsione di un obbligo per il Presidente del TAR di procedere alla immediata fissazione, è assolutamente rilevante il tempo in cui l'istanza viene proposta nel senso che con la sua proposizione, e solo da quella data, il decorrere del tempo diventa esclusivo parametro di valutazione del comportamento dell'organo di giustizia ai fini dello scrutinio della ragionevolezza della durata (a carico del quale la proposizione stessa, in forza del richiamato diritto vivente, determina una palese "traslatio" degli oneri di attivazione e del correlato disvalore per l'inosservanza); c) se, dunque, l'efficienza causale della tempestiva o tardiva proposizione dell'"istanza di prelievo" trova la sua collocazione propria nello scrutinio di "adeguatezza" del comportamento della parte (art. 2 c. 2 della L. n. 89 del 2001), ne discende l'improprietà della sua considerazione nella "sedes materiae" della liquidazione del danno (l'art. 1227 c.c. cpv. richiamato dall'art. 2056 c.c. al quale fa rinvio il comma 3 dell'art. 2 della legge n. 89 del 2001). Ed invero, l'uso che la parte faccia, od ometta, di una opportunità processuale offertale dall'ordinamento è naturalmente quanto esclusivamente compreso tra gli oggetti dello scrutinio sulla irragionevolezza della durata del

processo e cioè tra gli elementi costitutivi del fatto generatore dell'obbligo di indennizzo, e non può rifluire, in seconda battuta, anche nella sede dello scrutinio della diligenza del creditore nell'elidere al possibile i danni arrecati (a ciò ostando i formulati rilievi di ordine sistematico sul carattere assorbente del ruolo avuto dagli "attori" del processo nella sua durata)» (Corte di Cassazione, Sez. I, sentenza 17 aprile 2003, n. 6180).

Tale orientamento giurisprudenziale, come già anticipato, ha subito un violento contraccolpo con la sentenza resa a Sezioni Unite n. 28507 del 23 dicembre 2005 (8), allorché il Supremo Giudice di legittimità ha statuito, in adesione all'indirizzo espresso dalla Corte di Strasburgo ma ancora fortemente minoritario nel panorama giurisprudenziale nazionale, che: *«in tema di equa riparazione ai sensi della L. 24 marzo 2001, n. 89, la lesione del diritto alla definizione del processo in un termine ragionevole, di cui all'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, va riscontrata, anche per le cause davanti al giudice amministrativo, con riferimento al periodo intercorso dall'instaurazione del relativo procedimento, senza che una tale decorrenza del termine ragionevole di durata della causa possa subire ostacoli o slittamenti in relazione alla mancanza dell'istanza di prelievo od alla ritardata presentazione di essa. La previsione di strumenti sollecitatori, infatti, non sospende né differisce il dovere dello Stato di pronunciare sulla domanda, in caso di omesso esercizio degli stessi, né implica il trasferimento sul ricorrente della responsabilità per il superamento del termine ragionevole per la definizione del giudizio, salva restando la valutazione del comportamento della parte al solo fine dell'apprezzamento della entità del lamentato pregiudizio nel senso, peraltro, che il mancato ricorso agli anzidetti strumenti può, semmai, essere valutato agli effetti di una "diminuzione" di tale entità, non anche nel senso che l'esperimento, al contrario, di simili rimedi può consentire al giudice di "aumentare" l'entità stessa».* Tale indirizzo è stato, negli anni seguenti, riconfermato dalla stessa Cassazione (9).

Pertanto, secondo la posizione che la Suprema Corte ancora oggi sèguita

(8) Preme qui segnalare, per scrupolo, che già nell'anno precedente era intervenuta una nuova pronuncia (Cass. 13 dicembre 2004, n. 23187) con la quale, in adesione all'orientamento ripetutamente espresso dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la Suprema Corte aveva proceduto alla revisione dell'interpretazione sinora prevalente, affermando che la lesione del diritto ad una ragionevole durata del processo andasse riscontrata, anche per le cause proposte davanti al giudice amministrativo, con riferimento al periodo di tempo decorso dall'instaurazione del procedimento, senza che su di esso potesse incidere la mancata o ritardata presentazione dell'istanza di prelievo. Tale interpretazione aveva altresì trovato conferma nelle decisioni che si erano succedute sulla questione nei mesi successivi (Cass. 21 settembre 2005, n. 18759; 12 ottobre 2005, n. 19801).

(9) Confronta, *ex multis*, Cass. civ. Sez. I, 06.02.2009, n. 3049; Cass. civ. Sez. I, 21.01.2009, n. 1561; Cass. civ. Sez. I, 20.01.2009, n. 1410; Cass. civ. Sez. I, 17.12.2008, n. 29495; Cass. civ. Sez. I, 12 gennaio 2007, n. 575; Cass. civ. Sez. Unite, 23 dicembre 2005, n. 28507; Cass. civ. Sez. I, 21 febbraio 2006, n. 3782; Cass. 24438/06.

nel mantenere (benché - come si avrà modo di rilevare più avanti - solo con riferimento ai giudizi pendenti prima del 25 giugno 2008), l'omessa o la tardiva presentazione dell'*istanza di prelievo* assumono rilevanza esclusivamente ai fini della quantificazione dell'indennizzo sotto il profilo della valutazione del comportamento osservato dalla parte, ma non possono viceversa valere ad escludere il riconoscimento del denunciato pregiudizio (10), ciò per l'ovvia ragione che la negligenza della parte nel non avvalersi del predetto strumento acceleratorio mal si concilia con lo stato di tensione, di preoccupazione e con il conseguente danno morale che l'eccessiva durata del processo sarebbe presuntivamente in grado di provocare, assurgendo, al contrario, a sintomo di scarso patimento psicologico e carenza di interesse alla sollecita definizione del giudizio.

A tal proposito il supremo giudice di legittimità ha riconosciuto che l'accertata mancata presentazione di tale atto può costituire valido motivo per scendere al di sotto dei parametri di liquidazione stabiliti dalla Corte Europea in Euro 1.000/1.500 per anno di ritardo (Cass. n. 16707 del 2008; n. 14955 del 2008), purché tale scostamento non avvenga in modo eccessivo e irragionevole, rendendo simbolica o esageratamente inferiore l'entità della liquidazione (11).

Tale nuovo orientamento appare coerente con la funzione attribuita nella dimensione processuale amministrativa all'*istanza di prelievo*, la quale non è indispensabile condizione per ottenere la sollecita decisione dinanzi al T.A.R., ma, al contrario, strumento d'accelerazione della fissazione dell'udienza di discussione in ragione della dichiarata o ravvisata urgenza del ricorso, la quale deve ritenersi sussistente allorquando le istanze in esso formulate debbono trovare una rapida pronuncia per suffragare l'interesse ad agire *ex art. 100 c.p.c.*, nel senso che una pronuncia tardiva non potrebbe più essere emessa o sarebbe comunque svuotata di significato (12).

(10) Questa interpretazione si è consolidata nella giurisprudenza di questa Corte (cfr. Cass. n. 24438 del 2006) anche in riferimento al giudizio in materia pensionistica innanzi alla Corte dei Conti, nel quale l'assenza dell'*istanza di prelievo* non serve a qualificare il comportamento della parte sotto il profilo dell'*an debeatur*, bensì va collocata sul terreno della valutazione del patema d'animo inferito dalla durata del processo (Cass. n. 8156 del 2006).

(11) Cfr., *ex multis*, Cass. Civ. Sez. I, Ord., 14 gennaio 2009, n. 781; Cass. Civ. Sez. I, 12 gennaio 2009, n. 406; Cass. Civ., Sez. I, Ord. 16 aprile 2009, n. 9058; Cass. Civ. Sez. I, 08 ottobre 2008, n. 24845; Cass. Civ. Sez. I, 22 maggio 2007, n. 11936.

(12) D'altra parte, si tratta di un indirizzo certamente mantenuto dalla Suprema Corte in continuità con la più volte proclamata responsabilità dello Stato per l'eccessiva durata di un procedimento giudiziario, a prescindere dall'accertata colpa nella gestione del procedimento stesso da parte del giudice cui esso era stato affidato: «*lo Stato risponde non solo per il comportamento negligente degli organi giudiziari, ma più in generale per il fatto di non avere provveduto ad organizzare il proprio sistema giudiziario in modo da consentirgli di soddisfare con ragionevole velocità la domanda di giustizia (v. sentenza 12 ottobre 1992, Boddeart c/Belgio; id. 25 giugno 1987, Baggetta c/Italia). (...) pertanto, non è necessario andare alla ricerca della negligenza del giudice che ha seguito il singolo caso portato all'attenzione*

In proposito, preme precisare che l'ormai consolidato principio per cui la tardiva presentazione dell'*istanza di prelievo* può rilevare solo ai fini della valutazione del comportamento della parte in ordine all'apprezzamento della entità del lamentato pregiudizio, non postula altresì che dalla tempestiva presentazione dell'istanza in questione derivi necessariamente ed automaticamente un incremento dell'indennizzo rispetto a quello determinabile sulla base dei criteri normalmente seguiti: sul punto in esame, d'altronde, numerosi ricorrenti non hanno omesso censure tese a far valutare la presentazione dell'*istanza di prelievo* quale elemento di incremento del *plafond* di indennizzo. La Corte di Cassazione ha, però, fermamente giudicato infondato l'orientamento *de quo*, per la ragione che la manifestazione di diligenza del privato non può tradursi in una sorta di sanzione aggiuntiva per lo Stato apparato che ritardi il giudizio. Dunque, per il Supremo Giudice, la presentazione di *istanze di prelievo* non può comportare in nessun caso una maggiore responsabilità del Governo italiano ai fini della liquidazione del danno determinato dall'irragionevole durata del processo, e ciò non solo perché nessun aggravamento di responsabilità è previsto dalla norma per l'Amministrazione in tal caso, ma anche perché, in forza delle novità legislative intervenute di recente, la suddetta istanza è ora condizione imprescindibile per la proponibilità del ricorso *ex art. 2, legge n. 89/2001* (13).

L'importante arresto della Corte di legittimità a sezioni unite n. 28507/05 non può, tuttavia, essere ritenuto definitivamente dirimente l'annosa questione della rilevanza dell'*istanza di prelievo* nei giudizi in materia di equa riparazione in quanto, con il D.L. 25 giugno 2008, n. 112, art. 54, comma 2, convertito nella L. 6 agosto 2008, n. 133, il Legislatore ha profondamente innovato il giudizio *ex legge Pinto*, trasformando l'istanza di cui all'art. 51 del Regio Decreto 17 agosto 1907, n. 642 in una vera e propria condizione di proponibilità dell'azione indennitaria *ex art. 2* della citata legge n. 89/2001.

Il citato art. 54, comma 2, statuisce infatti: "*la domanda di equa riparazione non è proponibile se nel giudizio dinanzi al giudice amministrativo in cui si assume essersi verificata la violazione di cui alla L. 24 marzo 2001, n. 89, art. 2, comma 1, non è stata presentata un'istanza ai sensi del R.D. 17 agosto 1907, n. 642, art. 51, comma 2*".

della Corte o dei suoi collaboratori interni o esterni all'organizzazione giudiziaria (...) poiché anche nei casi un cui, per la situazione logistica in cui è costretto a lavorare, da questi non sarebbe stato possibile esigere di più di quanto ha fatto in termini di velocità di definizione del procedimento, il fatto stesso che lo stato delle strutture e dell'organizzazione abbia reso inevitabili rinvii molto lunghi tra un'udienza e l'altra e tempi d'attesa anche di anni tra il completamento dell'istruttoria e la decisione della causa è già sufficiente ad affermare la responsabilità dello Stato per la difettosa concezione ed organizzazione del sistema giudiziario» (vedi anche Corte d'Appello, Napoli, decreti 17 luglio 2008, 4 agosto 2008, 20 ottobre 2008).

(13) Confronta Cass. civ. Sez. I, Ordinanza 28 gennaio 2009, n. 2139; Cass. civ. Sez. I, Ordinanza 26 gennaio 2009, n. 1820; Cass. civ. Sez. I, Ordinanza 19 gennaio 2009, n. 1154.

Questo significa che, a far data dal 25 giugno 2008 (entrata in vigore della normativa *de qua*), l'omessa presentazione dell'istanza di prelievo nel processo presupposto potrà costituire argomento fondante un'eventuale eccezione di proponibilità della domanda di equa riparazione, avendo così il Legislatore chiaramente inteso ascrivere anche alla responsabilità del privato ricorrente l'eccessiva durata di un procedimento amministrativo. Diversamente, la tardiva presentazione della stessa rispetto al termine indicato dall'art. 51, R.D. n. 642/1907, potrà essere assunta a sintomo dello scarso patema d'animo sopportato dalla parte istante.

In buona sostanza, se ne desume che se da un lato l'obbligo di definire il giudizio principale per il Giudice Amministrativo sorge soltanto per effetto del deposito notificato e non, invece, dalla data di presentazione dell'*istanza di prelievo* (che in tale sede costituisce soltanto un atto d'impulso processuale), dall'altro lato è parimenti incontestabile che il Legislatore del 2008, prevedendo per il processo amministrativo – e soltanto per il processo amministrativo – una specifica condizione di proponibilità della domanda indennitaria per irragionevole durata del giudizio, ha inteso delimitare l'ambito di applicazione della stessa legge Pinto, "responsabilizzando" coloro i quali intendano proporre un ricorso dinanzi al Giudice amministrativo.

Obiettivo del legislatore è stato, infatti, quello di porre un argine normativo all'emorragia di denaro pubblico connessa ai pagamenti per l'equa riparazione di cui alla legge n. 89/2001 con riferimento ai processi amministrativi, valorizzando proprio quella disposizione del regolamento di procedura dinanzi al Consiglio di Stato (art. 51 del R.D. n. 642/1907) che prevedeva la possibilità di distinguere i ricorsi che necessitavano di una trattazione urgente da quelli che invece non avevano bisogno di una decisione immediata, rimettendo proprio alla parte istante il potere di discernere, tramite la presentazione di un'istanza definita volgarmente "*di prelievo*", ciò che rivestiva carattere di urgenza da ciò che non rivestiva tale carattere. Ovviamente, in mancanza della presentazione di detta istanza, non poteva non presumersi che proprio la parte istante non avesse un interesse particolare alla trattazione urgente del ricorso e comunque che non subisse alcun pregiudizio dal ritardo nella decisione del ricorso nel merito. Altrettanto ovviamente si deve oggi arguire che, dopo l'entrata in vigore dell'art. 54 del D.L. n. 112/2008, un pregiudizio per il ritardo nella definizione del processo amministrativo sia assolutamente inconfigurabile fino a quando non venga depositata dal ricorrente un'istanza di trattazione urgente del ricorso, in mancanza della quale l'organo giudicante è certamente autorizzato a decidere prima quei ricorsi in relazione ai quali sia stata presentata, appunto, un'*istanza di prelievo*.

Si osservi, poi, che nel rispetto dei principi dettati agli artt. 11 e 15 delle disposizioni sulla legge in generale, concernenti la successione delle leggi nel tempo, e coerentemente al consolidato orientamento della Cassazione, deve ri-

tenersi che il citato art. 54 costituisca *ius superveniens* e non sia, pertanto, *ratione temporis* applicabile ai processi principali pendenti prima del 25 giugno 2008: in difetto di una disciplina transitoria o di esplicite previsioni contrarie, infatti, gli atti processuali già compiuti restano regolati, secondo il fondamentale principio del *tempus regit actum*, dalla norma sotto il cui imperio siano stati posti in essere e sfuggono al regime dei nuovi interventi legislativi (14).

Ne deriva che, essendo la retroattività della legge processuale un effetto prevedibile dal legislatore con norme transitorie ma non liberamente attuabile dall'interprete, l'applicazione dell'art. 54, comma 2, decreto legge n. 112/2008 ad azioni indennitarie ex legge n. 89/2001 proposte anteriormente alla data della sua entrata in vigore determinerebbe un'indebita applicazione retroattiva della legge processuale, quindi un *error in procedendo* ricorribile in Cassazione ex art. 360, comma 2, n. 3.

Non appare tuttora chiaro, per di più, se il citato intervento normativo vada applicato unicamente quando anche il processo principale sia stato istaurato successivamente al 25 giugno 2008 ovvero (secondo un'interpretazione meno rigorosa) possa giudicarsi sufficiente a tal fine la sola instaurazione del processo per equa riparazione.

In proposito preme dare atto dell'originale posizione manifestata più volte dalla difesa erariale in relazione ad istanze indennitarie proposte successivamente alla data di entrata in vigore del Decreto Legge n. 112 del 2008, quando il presupposto processo principale fosse però precedente alla data in questione. Sostiene l'Avvocatura dello Stato, infatti, che l'innovata disciplina introdotta dall'art. 54, comma 2, Decreto Legge n. 112 del 2008 e individuante nell'*istanza di prelievo* una indispensabile condizione di proponibilità del ricorso ex legge Pinto, debba ritenersi applicabile tutte le volte che, pur essendo il giudizio presupposto precedente alla data del 25 giugno 2008, non così possa dirsi per il corrispondente giudizio indennitario, essendo stato lo stesso istaurato dopo l'entrata in vigore del D.L. n. 112/2008 e andando, conseguentemente, soggetto al nuovo regime normativo. La più gravosa disciplina

(14) Cfr. Corte di Cassazione, sentenza 28 novembre 2008, n. 28428, ove si afferma che: “*premessi, infatti, come il D.l. n. 112 del 2008 sia entrato in vigore il 25 giugno 2008, ovvero (ai sensi dell'art. 85 di esso) il giorno stesso della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, deve, nella specie, osservarsi che, in difetto di esplicite previsioni contrarie (tale essendo esattamente il caso in esame) il principio di immediata applicazione della legge processuale sopravvenuta ha riguardo soltanto agli atti processuali successivi all'entrata in vigore della legge stessa, alla quale non è dato incidere, pertanto, sugli atti anteriormente compiuti, i cui effetti restano regolati, secondo il fondamentale principio del tempus regit actum, dalla norma sotto il cui imperio sono stati posti in essere (...), un generale criterio di “affidamento” legislativo (desumibile dall'art. 1 delle disposizioni sulla legge in generale) precludendo la possibilità di ritenere che gli effetti dell'atto processuale già formato al momento dell'entrata in vigore della nuova disposizione (domanda appunto di equa riparazione) siano da quest'ultima regolati, quanto meno nei casi (come quello in esame) in cui la retroattività della disciplina varrebbe a comprimere la tutela della parte, senza limitarsi a modificare la mera tecnica del processo”.*

andrebbe, quindi, applicata a tutti i giudizi in materia di equa riparazione sorti dopo il 25 giugno 2008, irrilevante essendo il momento in cui si è originata la principale vicenda processuale.

L'intransigente orientamento in questione è, indubbiamente, originato dall'esasperata ed ormai irrefrenabile corsa degli avvocati di parte a presentare *istanze di prelievo* nell'imminente proposizione di un'azione indennitaria per l'irragionevole durata del processo amministrativo presupposto, onde scongiurare il timore di una pronuncia di improcedibilità della Corte d'appello capace di paralizzare irrimediabilmente l'azione *de qua*.

Sulla questione, ormai sempre più incandescente, è lecito attendere una risolutiva pronuncia della Corte Suprema. Certamente, un generale principio di affidamento impone al Giudice di legittimità l'increscioso dovere di applicare con rigore le regole, anche processuali, riguardanti la successione delle leggi nel tempo; e tuttavia, non può non sottolinearsi l'opportunità che la Corte abbia in debita considerazione gli obiettivi perseguiti dal Legislatore con la succitata novella, per un verso diretta a responsabilizzare i privati che si trovino a dover affrontare un processo (i quali, pertanto, non sono più considerati vittime inconsapevoli di un sistema di giustizia farraginoso e lento), per l'altro verso tesa a contenere l'enorme sperpero di denaro pubblico derivante dal proliferare di ricorsi *ex lege* n. 89 del 2001.

Rimane impregiudicata la questione se l'istanza di prelievo, alla luce del predetto recente intervento legislativo, non costituisca soltanto una condizione di proponibilità della domanda di equa riparazione (condizione che, si ricordi, vale soltanto per i procedimenti pendenti dopo la data del 25 giugno 2008), ma rappresenti altresì un incombente processuale idoneo a rendere eventualmente irrilevante il tempo decorso anteriormente al deposito della stessa *istanza di prelievo*, al fine del computo del termine di ragionevole durata del giudizio.

La Corte di Cassazione ha, finora, eluso la problematica, affermando che *“l'inapplicabilità della norma ratione temporis rende inutile qui approfondire se essa stabilisca soltanto una condizione di proponibilità della domanda, ovvero renda anche irrilevante il tempo decorso anteriormente al deposito dell'istanza di prelievo, al fine del computo del termine di ragionevole durata del giudizio”* (Corte di Cassazione, Sez. I, sentenza n. 24901/2008).

Un'interpretazione sintonica con gli obiettivi perseguiti dal Legislatore nel predisporre la novità legislativa induce, comunque, a ritenere che l'istanza in questione vada oggi intesa non solo quale condizione di proponibilità dell'azione per il ristoro della irragionevole durata del processo amministrativo, ma altresì come vero strumento giuridico idoneo a “sterilizzare” il tempo decorso anteriormente al deposito dell'istanza stessa, con la conseguente irrilevanza dello stesso al fine del computo del termine di irragionevole durata soggetto a riparazione monetaria. Ciò per la ragione che se nessuna disposi-

zione della legge TAR o del regolamento di procedura dinanzi al Consiglio di Stato esclude oggi la possibilità di presentare un'istanza di prelievo contestuale al deposito del ricorso dinanzi al Giudice Amministrativo, risulta evidente come, da un lato, la mancata presentazione di un'istanza per la trattazione urgente del ricorso andrebbe interpretata quale sicura manifestazione di disinteresse alla immediata trattazione della causa e, dall'altro, che la parte ricorrente non subirebbe pregiudizio alcuno per il ritardo nella pronuncia della sentenza da parte del Giudice amministrativo.

A conclusione dell'intricata disamina operata pare opportuno riepilogare brevemente quale debba essere oggi – alla luce di una lettura conciliante le nuove disposizioni normative con l'orientamento osservato dalla Corte di Cassazione – il rilievo da accordare all'istanza di prelievo, quale incidenza essa abbia nei giudizi riguardanti la materia della cd. legge Pinto e quali impedimenti, casomai ce ne fossero, derivino dalla sua omessa presentazione.

Certamente, in relazione ai procedimenti istaurati precedentemente alla data del 25 giugno 2008, l'omessa presentazione dell'istanza di prelievo non è causa impediante il riconoscimento della denunciata violazione del diritto alla ragionevole durata del processo assumendo, a rigore, rilievo esclusivamente ai fini dell'apprezzamento dell'entità dell'indennizzo sotto il profilo della valutazione del comportamento negligente della parte ricorrente e potendo, conseguentemente, indurre il giudice ad uno scostamento rispetto ai parametri di liquidazione indicati dalla Corte di Strasburgo.

Ne deriva che il mancato ricorso a tale strumento non potrà fungere da argomento fondante un'eccezione di improcedibilità del ricorso ex art. 2, legge n. 89 del 2001, non avendo il Legislatore individuato in capo al privato alcuna responsabilità connessa all'irragionevole durata del processo.

Per quanto attiene, invece, ai procedimenti istaurati a far data dal 25 giugno 2005 (quindi successivi al momento di entrata in vigore del Decreto Legge n. 112/2008) l'ottemperanza dell'obbligo di presentazione dell'istanza di prelievo è da considerarsi condizione imprescindibile per l'eventuale domanda di equa riparazione, solo la tardiva presentazione della stessa potendo, semmai, essere utilizzata quale prova dello scarso interesse per il giudizio e dell'inconsistente patema d'animo collegato alla sua non celere definizione.

*Dott.ssa Morena Pirollo**

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

Cassazione civile, Sezione Prima, sentenza 6 giugno 2003 n. 3347*Svolgimento del processo*

Con ricorso alla Corte di Appello di Roma, R. D. S., premesso di avere instaurato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, mediante ricorso in data 26/29 luglio 1986, un giudizio nei riguardi del Comune di Benevento per l'annullamento di alcuni atti amministrativi relativi all'approvazione di una variante al Piano Regolatore Generale del Comune medesimo e premesso altresì che la controversia era stata quindi definita in primo grado con la sentenza depositata il 10 novembre 1999 a seguito della presentazione di istanza di prelievo, chiedeva che, previo accertamento della violazione dell'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole di durata del processo, venisse disposta la condanna della Presidenza del Consiglio dei Ministri al pagamento di quanto dovutole a titolo di equa riparazione del danno, patrimoniale e non, subito in conseguenza di siffatta durata.

Si costituiva in giudizio l'Amministrazione convenuta, resistendo alla pretesa avversaria.

Il giudice adito, con decreto emesso in data 27 dicembre 2001/15 gennaio 2002, rigettava il ricorso, assumendo:

a) che il procedimento instaurato davanti ai giudici amministrativi fosse complesso, atteso che oggetto dell'impugnativa era una variante al P.R.G. sopra indicato e che la parte ricorrente aveva proposto ben ventuno motivi di gravame;

b) che l'intero periodo di pendenza del giudizio in questione non fosse imputabile al comportamento dell'Amministrazione, posto che il momento decisivo per accertare l'esistenza di un simile comportamento era costituito dalla presentazione dell'istanza di prelievo, laddove, nella specie, la ricorrente non ne aveva indicato la data ed era perciò da presumere, semmai, che la medesima istanza fosse stata avanzata poco tempo prima della decisione.

Avverso siffatto decreto, propone ricorso per cassazione la De Stasio, deducendo due motivi di impugnazione, ai quali resiste la Presidenza del Consiglio dei Ministri con controricorso.

Motivi della decisione

Deve innanzi tutto essere disatteso il preliminare rilievo di improponibilità e/o inammissibilità della domanda, avanzato dall'Amministrazione controricorrente sull'assunto che, trattandosi di un caso nel quale si verte sulla ragionevolezza o meno della durata di un processo amministrativo, erroneamente la Corte territoriale ha ritenuto infondata la relativa eccezione (di inammissibilità appunto) sollevata in sede di merito dalla stessa Amministrazione in riferimento alla pretesa inapplicabilità della legge n. 89 del 2001 alla fattispecie.

In realtà, dalla lettura dell'impugnato decreto si evince come detta Corte non abbia minimamente statuito in ordine alla riferita questione (della cui prospettazione neppure, del resto, è traccia nel medesimo provvedimento), senza che, d'altra parte, l'odierna censura della controricorrente involga in alcun modo la deduzione del vizio di omessa pronuncia, ovvero del solo astrattamente suscettibile di essere denunziato in un simile contesto.

Tanto premesso, con il primo motivo di gravame, lamenta la ricorrente violazione e falsa applicazione dell'art. 2 della legge n. 89 del 2001, degli artt. 6 e 53 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dell'art. 111 della Costituzione, dell'art. 23 della legge n. 1034 del 1971 e degli artt. 51 e 53 del regio decreto n. 642 del 1907, in relazione all'art. 360 c.p.c., primo comma, n. 3, nonché omessa, insufficiente e contraddit-

toria motivazione, in relazione all'art. 360, primo comma, n. 5, c.p.c., assumendo:

1a) che la Corte capitolina cade nelle censure rubricate quando ritiene che il mancato tempestivo deposito (solo supposto ma non provato) dell'istanza di prelievo costituisca un comportamento dilatorio dell'odierna ricorrente, addebitandole l'intero ritardo nella decisione del ricorso e lasciando così intendere che, senza istanza di prelievo, non possa essere discusso e deciso un ricorso, con evidente confusione tra istanza di fissazione dell'udienza di discussione ed istanza di prelievo, laddove, nella specie, essendo stata la prima di queste ultime due istanze inoltrata, a mezzo il deposito stesso del ricorso, il 4 ottobre 1986, è da tale data che ogni impulso processuale è stato trasferito all'Autorità Giurisdizionale Amministrativa, onde l'inerzia dell'Ufficio nel fissare l'udienza, indipendentemente dall'onere facoltativo per la parte impugnante di depositare l'istanza di prelievo, imponeva alla Corte territoriale di giudicare più rigorosamente le responsabilità dell'Amministrazione convenuta;

1b) che il giudice del merito erra quando ritiene che la particolare complessità della materia trattata nello specifico giudizio sia implicita nella natura degli atti impugnati e nel numero dei motivi di ricorso, atteso che, trattandosi di una variante al PRG comunale, in seguito alla quale veniva modificata la destinazione urbanistica del terreno di proprietà della ricorrente (da edilizia residenziale privata a servizi pubblici essenziali, con chiaro preordine all'esproprio), il tema affrontato era, in definitiva, di pura legittimità e meramente documentale, onde non presentava alcun grado di difficoltà, non richiedendo alcuna attività istruttoria.

Con il secondo motivo di impugnazione, del cui esame congiunto con il precedente si palesa l'opportunità involgendo esso, almeno in parte (nei termini appresso specificati), questioni simili se non addirittura identiche, lamenta la ricorrente violazione dell'art. 2, comma terzo, della legge n. 89 del 2001, degli artt. 13 e 19 della Convenzione europea già sopra richiamata, dell'art. 2697 c.c. e degli artt. 8, 115 e 116 c.p.c., degli artt. 1223, 1226, 1227, 2043, 2056 e 2059 c.c., nonché degli artt. 2, 24 e 111 della Costituzione, in relazione all'art. 360 c.p.c., primo comma, nn. 3 e 5, deducendo:

2a) che la Corte territoriale è incorsa in errore là dove, in primo luogo, ha posto a carico della parte ricorrente l'onere della prova del suo comportamento processuale, anche per quello che riguarda la data di presentazione della cosiddetta istanza di prelievo, ha secondariamente apprezzato la prova fornita dalla ricorrente in modo illogico e "*contra legem*" (avendo dimostrato la medesima ricorrente di avere richiesto copia o certificazione sull'istanza in parola ed avendone detta Corte richiesto l'acquisizione, senza che né l'una né l'altra iniziativa abbiano sortito esito alcuno), ha infine elevato un supposto effetto processuale (la celere trattazione, cioè, a seguito della presentazione dell'istanza di prelievo) a nozione di fatto rientrante nella comune esperienza;

2b) che lo stesso giudice, qualificando erroneamente l'istanza di prelievo come un obbligo processuale il cui inadempimento bloccherebbe o ritarderebbe il processo, ha fatto derivare dalla sua tardiva presentazione addirittura l'insussistenza giuridica della violazione lamentata, pur materialmente presente, laddove una simile tardiva presentazione, configurandosi esattamente in termini di mancato esercizio di una facoltà ai fini dell'eventuale accelerazione del processo, al più poteva essere tenuta presente, come fattore riduttivo, nella quantificazione del danno da liquidare;

2c) che, assodata l'eccedenza della durata ragionevole, è indubbio che la ricorrente abbia subito un disagio nel non vedere decisa la propria questione in tempi corrispondenti, mentre, del resto, la possibilità di indennizzare tale disagio prescinde da qualsiasi onere probatorio, essendo il relativo danno morale "*in re ipsa*".

I due motivi, nei limiti di cui appresso, sono fondati.

Per quanto attiene, innanzi tutto, alla censura meglio illustrata sotto il capo 1b), si osserva che questa è inammissibile.

La Corte territoriale, infatti, ha ritenuto la complessità del procedimento instaurato avanti i giudici amministrativi in quanto:

a) oggetto dell'impugnativa era una variante al Piano Regolatore Generale del Comune di Benevento;

b) la parte impugnante aveva proposto "*ben ventuno motivi di impugnazione*".

Per contro, l'odierna ricorrente ha specificatamente censurato soltanto la prima delle due "*rationes decidendi*" sopra riportate, nulla avendo dedotto in ordine alla seconda, relativa appunto alla proposizione di "*ben ventuno motivi di impugnazione*".

Deve, pertanto, trovare applicazione il consolidato principio secondo cui, qualora la decisione del giudice di merito si fondi su più ragioni autonome, ciascuna delle quali logicamente e giuridicamente idonea a sorreggerla, come nella specie, l'omessa impugnazione, con il ricorso per cassazione, pure di una soltanto di tali ragioni determina l'inammissibilità, per difetto di interesse, anche del gravame proposto avverso le altre, in quanto l'eventuale accoglimento di quest'ultimo non inciderebbe sulla "*ratio decidendi*" non censurata, con la conseguenza che la pronuncia impugnata resterebbe pur sempre fondata, del tutto legittimamente, su di essa (Cass. 18 aprile 1998, n. 3951; Cass. 28 agosto 1999, n. 9057; Cass. 23 aprile 2002, n. 5902). Circa, poi, le censure riportate sotto i capi 1a) e 2b) che precedono, si osserva che la Corte territoriale non ha ritenuto che l'intero periodo di pendenza di un giudizio amministrativo sia ascrivibile al comportamento della Pubblica Amministrazione, in violazione del disposto dell'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, avendo assunto in particolare:

a) che, nella specie, la sentenza la quale ha definito il procedimento è stata emanata dopo il deposito della cosiddetta "istanza di prelievo", come affermato dalla stessa ricorrente;

b) che tale istanza può essere considerata come il momento decisivo per accertare l'esistenza o meno di un comportamento imputabile alla medesima Amministrazione;

c) che fin quando, cioè, la parte impugnante non decida, secondo i propri interessi, di presentare la suddetta istanza, non può essere addossata all'Amministrazione la completa quiescenza del procedimento, rimesso, in ogni caso, all'iniziativa delle parti, laddove, invece, allorquando l'attività processuale, nonostante la richiesta di una di queste, si sia protratta per un periodo da considerare eccessivo, non può dubitarsi della riferibilità di tale circostanza alla stessa Amministrazione.

Ciò posto, giova premettere che, alla stregua della normativa anteriore all'entrata in vigore della legge 21 luglio 2000, n. 205 (inapplicabile al caso di specie "*ratione temporis*"), segnatamente costituita dagli artt. 23 e 25 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (Istituzione dei Tribunali Amministrativi Regionali), dall'art. 40 del regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054 (Testo Unico delle leggi sul Consiglio di Stato) e dall'art. 35 del regio decreto 17 agosto 1907, n. 642 (Regolamento per la procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato), la fase finale del processo davanti al giudice amministrativo si concretizza nell'udienza di discussione del ricorso, la cui fissazione, nella generalità dei casi, postula la presentazione, ad opera del ricorrente o di qualunque altra parte costituita, di un'apposita istanza diretta al presidente dell'organo giurisdizionale adito, la quale deve essere avanzata nel termine massimo di due anni dal deposito del ricorso medesimo (o dall'ultimo atto di procedura, quante volte occorra riproporla, ex art. 23, primo comma, legge n. 1034 del 1971, come nel caso in cui

venga ordinata un'istruttoria ovvero la causa venga cancellata dal ruolo), a pena di estinzione del giudizio per perenzione (rilevabile d'ufficio e tale da travolgere ogni atto processuale precedentemente compiuto), così determinando l'assoggettamento del rapporto processuale all'impulso d'ufficio, nel senso esattamente che, dopo la presentazione della domanda di fissazione dell'udienza, l'ulteriore svolgimento del processo è dominato dal potere di iniziativa del giudice amministrativo, secondo quanto traspare dal fatto che la normativa fissa solo i termini relativi alla produzione di documenti ed alla presentazione di memorie (art. 23, quarto comma, legge n. 1034 del 1971) e che la stessa partecipazione delle parti all'udienza è meramente eventuale, potendosi procedere all'assegnazione del ricorso ed alla decisione anche in assenza del loro intervento (art. 55 regio decreto n. 642 del 1907).

Per quanto riguarda, poi, i giudizi davanti al Consiglio di Stato, il legislatore, con la disposizione contenuta nell'art. 53, primo comma, del regio decreto n. 642 del 1907 da ultimo citato, che la prevalente dottrina reputa applicabile anche ai giudizi di primo grado davanti ai Tribunali Amministrativi Regionali, ha previsto che la determinazione del giorno dell'udienza per la discussione del ricorso (da parte del presidente mediante il provvedimento *ex art.* 51, primo comma, dello stesso regio decreto n. 642 del 1907) abbia luogo nel rispetto dell'ordine cronologico di presentazione delle relative domande di fissazione dell'udienza anzidetta, ovvero di iscrizione di queste ultime nell'apposito registro all'uopo tenuto presso la segreteria (si vedano anche gli art. 23 della legge n. 1034 del 1971 e art. 24 del D.P.R. 21 aprile 1973, n. 214). Peraltro, tale ordine può essere sovvertito, determinandosi in questo modo una diversa "precedenza", in esito all'esercizio, ancora ad opera del presidente, dei propri poteri di accelerazione nella chiamata dei ricorsi, consentendogli esattamente l'art. 51, secondo comma, del regolamento del Consiglio di Stato (regio decreto n. 642 del 1907) di dichiararne alcuni "urgenti", vuoi ad istanza di parte vuoi d'ufficio, onde l'introduzione, nella prassi e nella stessa giurisprudenza (Cons. Stato 15 settembre 1986, n. 676), di quella che ha assunto la comune denominazione di "istanza di prelievo", riconoscendosi cioè ad una delle parti la possibilità di produrre al presidente medesimo una (ulteriore) richiesta, "intesa a far pervenire il giudizio ad una sollecita definizione", attraverso la quale il giudice, dietro illustrazione dei concreti motivi di urgenza, è stimolato ad anticipare l'udienza di discussione del ricorso.

Tanto premesso, si osserva come la giurisprudenza della CEDU, se per un verso ha ritenuto che, nei casi in cui è possibile, grava sulla parte l'onere di promuovere l'accelerazione dell'"*iter*" processuale, chiedendo, ad esempio, di anticipare l'udienza (CEDU 15 novembre 1996, Ceteroni c. Italia), sul presupposto che le parti stesse debbono partecipare con diligenza agli adempimenti, astenersi dal ricorrere ad espedienti dilatorie e "servirsi delle possibilità offerte dall'ordinamento interno per abbreviare il giudizio", senza peraltro porre in essere manovre al di fuori della norma (CEDU 7 luglio 1989, Union Alimentaria Sanders c. Spagna), abbia tuttavia affermato che è compito degli Stati membri "organizzare il rispettivo sistema giudiziario in modo tale da assicurare una durata ragionevole dei procedimenti" (CEDU 13 luglio 1983, Zimmermann c. Svizzera; CEDU 25 giugno 1987, Baggetta c. Italia; CEDU 24 maggio 1991, Caleffi c. Italia; Pugliese c. Italia; Vocaturo c. Italia), onde il principio del termine ragionevole enunciato dall'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione europea "non esonera i tribunali dall'obbligo di procedere senza dilazioni" (CEDU 7 luglio 1989, cit.) ed il fatto, in specie, che il ricorrente non abbia inoltrato alcuna istanza per far fissare con urgenza la discussione della causa costituisce una ragione che "non giustifica... i gravi ritardi in cui (siano) incorse le autorità nazionali" (CEDU 24 maggio 1991, Vocaturo c. Italia, cit.).

Se pure, quindi, nella sfera della giurisdizione amministrativa, al pari di quanto accade in

quella civile (là dove figura la possibilità di ricorrere all'abbreviazione di termini, all'anticipazione di udienze e ad istanze sollecitatorie di vario genere) e a differenza di quanto affermato dalla stessa CEDU riguardo al processo penale (là dove, pur negandosi che siano computabili i ritardi dovuti alla fuga o alla latitanza dell'imputato - CEDU 19 ottobre 1999, Gelli c. Italia - e, più in generale, i ritardi dovuti a condotte dilatorie o ostruzionistiche, non si è escluso dal calcolo della durata processuale il tempo trascorso per la semplice non collaborazione di chi sia sottoposto a procedimento penale: CEDU 15 luglio 1982, Eekle c. Repubblica Federale Tedesca; CEDU 25 febbraio 1993, Dobbertin c. Francia; CEDU 7 agosto 1996, Ferrantelli e Santangelo c. Italia), è ammissibile che la parte ricorrente abbia l'onere di attivarsi al fine di promuovere, con il suo comportamento, una speciale celerità del processo o, comunque, la più rapida conclusione di esso, sollecitando appunto l'uso, da parte del giudice, dei suoi poteri officiosi e riducendo così la durata che si stia palesando irragionevole, occorre tuttavia riconoscere che l'Amministrazione deve comunque provvedere ad organizzare gli uffici giudiziari in modo tale che questi ultimi, pure nel caso in cui gli utenti non risultino diligenti nella cura dei propri interessi, siano in grado di provvedere in tempi sufficientemente celeri, ovvero in modo tale che venga assicurata la ragionevole durata dei processi, in condizioni non soltanto normali ma anche di emergenza (CEDU 13 luglio 1983, cit.; CEDU 25 giugno 1987, cit.).

Ove, poi, a ciò si aggiunga il rilievo secondo il quale l'art. 2056 c.c., richiamato dall'art. 2 della legge n. 89 del 2001, costituisce un limite insuperabile alla liquidazione equitativa, così postulando che il giudice, da un lato, non possa comunque indennizzare (ad esempio) i pregiudizi prevedibili di cui all'art. 1225 c.c., non contemplato dal predetto art. 2056 c.c., nonché, dall'altro lato, che il medesimo giudice debba considerare, ex art. 1227, secondo comma, c.c., i pregiudizi suscettibili di essere evitati dal postulante con l'uso dell'ordinaria diligenza, deve concludersi che il difetto di opportuni impulsi sollecitatori tesi ad ottenere una più spedita trattazione della causa (del genere appunto dell'"istanza di prelievo" sopra considerata) non incida sul calcolo dei tempi del processo, nel senso che il difetto di un comportamento, ad opera della parte interessata, attivamente rivolto al conseguimento ed all'attuazione del diritto ad una ragionevole durata del processo stesso, la cui lesione si vuole compensata attraverso un ristoro economico, rileva ai soli fini della liquidazione dell'equa riparazione, operando la normativa in esame sul piano della quantificazione del danno e non dell'"*an debeatur*", onde la possibilità di addivenire alla richiesta di anticipazioni di udienza (come, più in generale, ad istanze sollecitatorie di altra natura) integra l'ordinaria diligenza processuale ed il relativo, mancato esercizio, a differenza dell'ipotesi in cui mezzi siffatti non siano previsti dall'ordinamento, esclude che la durata irragionevole del processo venga imputata esclusivamente allo Stato.

Pertanto, restando assorbite le ulteriori censure illustrate sotto le lettere 2a) e 2c) che precedono, atteso che i vizi rispettivamente denunciati con siffatte censure "dipendono" evidentemente dallo stesso assunto, erroneo, dal quale la Corte territoriale ha preso le mosse (potere cioè l'istanza di prelievo "essere considerata il momento decisivo per accertare l'esistenza o meno di un comportamento imputabile alla P.A.") di cui alle censure sin qui esaminate, il ricorso merita accoglimento per quanto di ragione, onde il provvedimento impugnato va cassato in relazione alle censure accolte, con rinvio, anche ai fini delle spese, alla Corte di Appello di Roma in diversa composizione, affinché detto giudice provveda a statuire sulla controversia demandata alla sua cognizione facendo applicazione del seguente principio di diritto: "Ai fini dell'apprezzamento della fondatezza della domanda, proposta a norma degli articoli 2 e 3 della legge 24 marzo 2001, n. 89, di equa riparazione del danno, patrimoniale e non patrimo-

niale, che possa essere derivato al ricorrente per effetto del ritardo eccedente il termine ragionevole di cui al primo comma del citato art. 2, la mancanza di opportuni impulsi sollecitatori, provenienti dalla parte interessata, tesi ad ottenere una più spedita trattazione della causa, del genere della cosiddetta "istanza di prelievo" nel processo amministrativo, non incide sul calcolo dei tempi del processo stesso, nel senso che il difetto di un tale comportamento rileva ai soli fini della liquidazione dell'equa riparazione anzidetta, onde la possibilità di addivenire alla richiesta di simili anticipazioni (come, in senso più largo, ad altre istanze di natura analogica) integra l'ordinaria diligenza processuale ed il relativo, mancato esercizio, a differenza dell'ipotesi in cui mezzi siffatti non risultino previsti dall'ordinamento, esclude che la durata irragionevole del giudizio venga imputata esclusivamente allo Stato".

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso per quanto di ragione, cassa il provvedimento impugnato in relazione alle censure accolte e rinvia, anche ai fini delle spese, alla Corte di Appello di Roma in diversa composizione.

Così deciso in Roma, il 30 settembre 2002.

** *** **

Cassazione civile, Sezione Prima, sentenza 17 aprile 2003 n. 6180

Svolgimento del processo

Con ricorso - in riassunzione ex art. 6 L. n. 89 del 2001 dal procedimento instaurato innanzi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo - depositato innanzi alla Corte d'Appello di Roma, Russo Ennio lamentava, in contraddittorio con il Presidente del Consiglio dei Ministri, l'irragionevole durata di un procedimento svoltosi innanzi al TAR Campania ed avente ad oggetto l'annullamento di un atto della DPT di Benevento. Precisava all'uopo: di aver notificato il ricorso il 13 novembre 1996 depositandolo in data 12 dicembre 1996, contestualmente istando per la fissazione dell'udienza ai sensi dell'art. 23 L. n. 1034 del 1971, di aver depositato in data 17 febbraio 1999 la cd. istanza di prelievo, di non aver ancora visto decidere la causa; gli aver quindi diritto all'equa riparazione, essendo irragionevole la durata di un sol grado di giudizio di oltre cinque anni.

Costituitosi il PdCdM, la adita Corte di Roma con decreto 23 gennaio 2002 rigettava la domanda affermando: che il ricorso doveva ritenersi infondato per due concorrenti, ma autonome, "*rationes decidendi*"; che, in primo luogo, nella specie non poteva ravvisarsi durata irragionevole del processo dato che l'istanza di prelievo era del 17 febbraio 1999 e che una durata inferiore ai tre anni (computata dalla data dell'istanza) non poteva ritenersi irragionevole né alla stregua della giurisprudenza della CEDU né sulla base delle pronunzie italiane; che in secondo luogo il preteso danno non era neanche configurabile essendo stati innanzi al TAR chiesti accessori di un credito per l'importo di L. 5.544.924 senza che, allo stato, in difetto di una decisione, potesse intravedersene la fondatezza e posto che il danno patrimoniale sarebbe stato interamente eliminato dalla pronunzia e l'esiguità del "*petitum*" induceva ad escludere alcun danno morale.

Per la cassazione di tale decreto il Russo ha proposto ricorso notificandolo il 5 aprile 2002. Il PdCdM ha notificato controricorso il 30 aprile 2002. Il ricorrente ha depositato memoria ex art. 378 c.p.c.

Motivi della decisione

Con il primo motivo del ricorso si denuncia violazione degli artt. 2 L. n. 89 del 2001, 23 L. n. 1034 del 1971, 51 e 53 R.D. n. 642 del 1907 e vizio di motivazione, per avere la Corte di merito ritenuto comportamento imputabile alla parte istante, ed escludente la durata irragionevole del processo, la formulazione di una istanza di prelievo solo nel febbraio 1999, così equivocando sulla natura, di semplice facoltà processuale, di tale sollecitazione e così trascurando di indagare sulla complessità o semplicità della causa e pertanto mancando di addebitare all'Autorità Giudiziaria Amministrativa i cinque anni di totale sua inerzia nella (pur necessaria) trattazione del procedimento.

Con il secondo motivo, al primo subordinato, si denuncia violazione dell'art. 2 co. 3 L. n. 89 del 2001, art. 2697 c.c., artt. 115-116 c.p.c., artt. 1223-1226-1227 c.c., artt. 2056-2059-2043 c.c., per avere la Corte di Roma escluso la sussistenza del danno risarcibile formulando all'uopo una prognosi sull'esito possibile del processo ed un giudizio sulla inesistenza del danno morale per l'esiguità del "*petitum*" e, quindi, erroneamente collegando al diritto vantato l'interesse alla ragionevole durata del processo.

Ritiene il Collegio, dissentendo dalle censure esposte nell'ampio primo motivo del ricorso, che la assai sintetica - ma chiara - statuizione della Corte territoriale, adottata come prima delle due alternative "*rationes decidendi*", sia conforme al diritto (e pro parte non impugnata in modo pertinente) e vada pertanto, con le opportune integrazioni, pienamente confermata. Giova premettere che questa Corte ha già avuto modo di pronunciare sulla questione della rilevanza - in sede di accertamento della protesa violazione all'obbligo di rispetto del termine ragionevole di cui all'art. 6 par. 1 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (art. 2 comma 2 L. n. 89 del 2001) - della mancata tempestiva proposizione della cd. "istanza di prelievo" al Presidente del T.A.R. da parte del ricorrente che, pure, abbia adempiuto all'obbligo di avanzare la tempestiva istanza di fissazione di udienza (statuita a pena di perenzione del giudizio dall'art. 23 della L. n. 1034 del 1971, sul punto non novellato dall'art. 1 comma 3 della L. n. 205 del 2000).

Ed in tutte e tre le pronunzie allo stato emesse (Cass. 15445/02, 15992/02, 3347/03) si è avuto modo di formulare alcune osservazioni - sulla premessa, comune alla vicenda processuale qui in esame, della inapplicabilità "*ratione temporis*" delle nuove norme di cui alla legge n. 205 del 2000 - che appare opportuno rammentare ed integrare con ulteriori rilievi, utili alla soluzione della questione sottoposta.

E' dunque da precisare che:

- accanto all'obbligo (art. 23 L. n. 1034 del 1971) di presentazione dell'istanza di fissazione di udienza nel biennio dal deposito del ricorso e di sua rinnovazione all'esito dell'espletamento dell'eventuale istruttoria (la cui inosservanza è dall'art. 25 sanzionata dall'estinzione, per perenzione, del procedimento), sussiste l'onere della istanza di prelievo in discorso;

- tale istanza è prevista dagli artt. 51 c. 2 e 53 c. 2 R.D. n. 642 del 1907 (Regolamento per la procedura innanzi al Consiglio di Stato) come strumento per pervenire - in ragione della dichiarata o ravvisata urgenza del ricorso - alla più sollecita trattazione della causa, determinando il Presidente dell'organo ad una fissazione con precedenza rispetto all'ordine di trattazione risultante dalle date di iscrizione dei ricorsi;

- la testé cennata norma di procedura regolante l'istanza in discorso, nel trentennio di vita dei TAR ha ricevuto costante e diffusa applicazione nella fissazione delle udienze innanzi ai Tribunali Amministrativi Regionali, essendo perverso prevista l'annotazione delle istanze di ur-

genza nel registro delle domande di fissazione di udienza dal comma 1) dell'art. 24 del Regolamento di esecuzione della L. n. 1034 del 1971 approvato con D.P.R. n. 214 del 1973;

- la diffusione dello strumento acceleratorio costituito dalla proposizione della menzionata istanza di prelievo al fine di pervenire alla (più) sollecita discussione del ricorso innanzi al T.A.R. è frutto, ad avviso del Collegio, ben più che di una prassi di applicazione estensiva ai relativi giudizi di norma posta in altra "*sedes materiae*", di una applicazione diffusa e sistematica dei principi impliciti nella norma regolamentare dell'annotazione delle istanze d'urgenza (art. 24 c. 1 D.P.R. n. 214 del 1973 cit.), applicazione che ben si può definire come integrante il diritto vivente della procedura innanzi ai T.A.R. (che oggi vede il ricorso alla previsione di un invito alla riproposizione di istanza di sollecito per i ricorsi "ultradecennali", la cui inosservanza è sanzionata con l'adozione del decreto di perenzione: art. 9 L. n. 205 del 2000);

- testé rammentata "istituzionalizzazione" dello strumento acceleratorio costituito dalla istanza di prelievo per la fissazione dei ricorsi innanzi ai T.A.R. rende dunque sterile - ai fini che occupano - decidere se il ricorrente abbia facoltà od obbligo di proporla, quel che rileva essendo l'onere dal diritto assegnato alla parte ricorrente di avvalersi di tale istanza per trarre il suo ricorso da una condizione di inerte quiescenza a quella della sua (tempestiva e sollecita, od ingiustificatamente differita) effettiva trattazione.

Fatte queste premesse è però d'obbligo osservare che la soluzione data al quesito che su tali premesse deve trovare risposta non è stata - nelle pronunzie di questa Corte dianzi citate - del tutto omogenea, avendo le pronunzie pubblicate nel 2002 attestato la propria statuizione sulla rilevanza assorbente che assume il rinvio al comportamento delle parti nell'accertamento della violazione della durata ragionevole (art. 2 c. 2 L. n. 89 del 2001), sì da escludere addebitabilità all'Amministrazione dei tempi imputabili alla negligente condotta delle parti stesse nel non avvalersi dello strumento acceleratorio disponibile, ed invece puntando la sent. 3347/03 - e con ampia e diffusa applicazione diretta dei principi della giurisprudenza della CEDU - sulla permanente inadempienza dell'Amministrazione nel non aver organizzato il servizio in guisa da assicurare celerità "...anche a favore degli utenti che non risultino diligenti nella cura dei propri interessi..." e semmai potendo la negligenza delle parti private rilevare ai sensi dell'art. 1227 c.c. comma 2 nella sede della liquidazione di cui al comma 3 dell'art. 2 della L. n. 89 del 2001.

Ritiene il Collegio, dissentendo dall'indirizzo seguito dal più recente pronunziato di questa Corte, che debbasi privilegiare la prima opzione ermeneutica, posto che:

- la scelta legislativa - di collocare il comportamento delle parti, al pari di quello del giudice e di ogni altra pubblica autorità, tra gli oggetti dello scrutinio di merito sulla irragionevolezza della durata del processo (art. 2 c. 2 L. n. 89 del 2001 cit.) - appare eloquente dell'obiettivo politico perseguito, in coerenza con il rifiuto di fissare astratti parametri cronologici di durata ragionevole: la valutazione di irragionevolezza non deve discendere dalla pervasiva presunzione di addebitabilità all'Amministrazione di ogni durata rapportabile a carenza nell'organizzazione del servizio ma dalla equilibrata ponderazione del ruolo avuto, nel concreto del processo in disamina, dai suoi attori pubblici e privati rispetto alla domanda di giustizia che quella controversia, con la sua complessità o semplicità, proponeva allo Stato-apparato;

- in tal senso, la negligenza della parte istante nel non essersi avvalsa dello strumento di attivazione od acceleratorio che il "diritto vivente" ha messo a sua disposizione nel processo innanzi ai T.A.R. rileva come comportamento oggettivo che ha dato causa - altrettanto oggettivamente - alla mancata attivazione dell'organo di giustizia e che l'art. 2 comma 2 L. n. 89 del 2001 più volte citato impone di valutare come causa, o concausa, della non ragionevole-

lezza del tempo trascorso: ditalché, se a nulla rileva sottolineare la non obbligatorietà della proposizione dell'istanza e se altrettanto non rileva notare che, alla sua presentazione, non si rinviene l'espressa previsione di un obbligo per il Presidente del TAR di procedere alla immediata fissazione, è assolutamente rilevante il tempo in cui l'istanza viene proposta nel senso che con la sua proposizione, e solo da quella data, il decorrere del tempo diventa esclusivo parametro di valutazione del comportamento dell'organo di giustizia ai fini dello scrutinio della ragionevolezza della durata (a carico del quale la proposizione stessa, in forza del richiamato diritto vivente, determina una palese "*traslatio*" degli oneri di attivazione e del correlato disvalore per l'inosservanza);

- se, dunque, l'efficienza causale della tempestiva o tardiva proposizione dell'istanza di prelievo trova la sua collocazione propria nello scrutinio di "adeguatezza" del comportamento della parte (art. 2 c. 2 della L. n. 89 del 2001), ne discende l'improprietà della sua considerazione nella "*sedes materiae*" della liquidazione del danno (l'art. 1227 c.c. cpv. richiamato dall'art. 2056 c.c. al quale fa rinvio il comma 3 dell'art. 2 della legge n. 89 del 2001). Ed invero, l'uso che la parte faccia, od ometta, di una opportunità processuale offerta dall'ordinamento è naturalmente quanto esclusivamente compreso tra gli oggetti dello scrutinio sulla irragionevolezza della durata del processo e cioè tra gli elementi costitutivi del fatto generatore dell'obbligo di indennizzo, e non può rifluire, in seconda battuta, anche nella sede dello scrutinio della diligenza del creditore nell'elidere al possibile i danni arrecati (a ciò ostando i formulati rilievi di ordine sistematico sul carattere assorbente del ruolo avuto dagli "attori" del processo nella sua durata).

Alla luce delle esposte considerazioni appare immune da censure in diritto fa valutazione operata dalla Corte di merito la cui decisione, integrata e corretta la relativa motivazione nei sensi sopra indicati, ed immune da vizi logici restando la residua parte della statuizione, deve essere ritenuta conforme a diritto.

L'impugnato decreto, infatti, ha preso atto della proposizione della istanza di prelievo ad oltre due anni dal deposito del ricorso e si è mosso sull'assunto della ragionevolezza del passaggio di meno di tre anni dopo la proposizione stessa.

Orbene, può conclusivamente e sinteticamente affermarsi che:

- 1) da un canto, il decreto ha ravvisato nel negligente comportamento del ricorrente la ragione della imputabilità a suo carico della durata del processo anteriore alla sua iniziativa;
- 2) dall'altro canto, il provvedimento ha considerato come ragionevole il tempo intercorso tra l'istanza stessa e la proposizione della domanda riparatoria;
- 3) il decreto è poi passato a formulare discutibili quanto pleonastiche considerazioni sulla assenza di danno in concreto;
- 4) la prima statuizione - con le integrazioni della motivazione in diritto dianzi precisate - può essere ritenuta conforme a diritto;
- 5) la seconda statuizione (afferente la durata del processo per la frazione temporale certamente imputabile all'Amministrazione) è frutto di una valutazione avverso la quale nel motivo non sono indicati vizi logici di sorta ma sono addotte solo generiche ragioni di dissenso nel merito (e con richiamo ad alcuni pronunziati della CEDU);
- 6) la terza statuizione - di sostegno di una alternativa "*ratio decidendi*" - non viene più in rilievo;
- 7) pertanto, deve essere rigettato il primo motivo, e dalla correlata conferma della statuizione di rispetto del termine ragionevole di durata del processo, va dichiarato discendere l'assorbimento del secondo mezzo, afferente le riportate considerazioni sulla esistenza e consistenza del danno risarcibile.

Ritiene il Collegio che sussistano giusti motivi per compensare tra le parti le spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte di Cassazione, rigetta il ricorso e compensa tra le parti le spese del giudizio. Così deciso in Roma, il 13 Marzo 2003.

** *** **

Cassazione civile, Sezioni Unite, sentenza 23 dicembre 2005 n. 28507

Svolgimento del processo

Con ricorso depositato il 17 aprile 2002 C.C.S. conveniva in giudizio dinanzi alla Corte d'appello di Genova la Presidenza del Consiglio dei Ministri per sentirla condannare al pagamento di una somma a titolo di equo indennizzo dei danni patrimoniali e non patrimoniali per la non ragionevole durata di cinque giudizi da lui promossi dinanzi al TAR per la Toscana, rispettivamente il 6 giugno 1990, il 9 novembre 1993, il 28 novembre 1997, il 16 febbraio 1998 e il 6 marzo 1998, tuttora in attesa di fissazione dell'udienza di discussione.

Con decreto del 18 giugno-17 luglio 2002 la corte adita rigettava la domanda osservando preliminarmente che il ricorrente non aveva titolo per far valere eventuali danni riferibili a ritardi maturati prima del 18 aprile 2001, data di entrata in vigore della l. n. 89 del 2001.

Quindi, passando a esaminare i vari processi pendenti, affermava che per il primo di essi, promosso dalla sig.ra M.T.S., madre del ricorrente che in qualità di erede aveva provveduto alla riassunzione, la domanda non poteva trovare accoglimento poiché la riassunzione era avvenuta solo il 4 settembre 2001, e non era trascorso neppure un anno dal momento in cui era divenuto parte processuale; che per il secondo e il terzo la domanda era priva di fondamento essendo decorsi solo tre anni dalla presentazione dell'istanza di prelievo; che parimenti infondata doveva ritenersi la domanda per il quarto e il quinto processo per i quali l'istanza di prelievo non era stata neppure presentata.

Contro la sentenza ricorre per cassazione con due motivi C.C.S.

Non ha presentato difese la Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Con ordinanza del 9 marzo-26 giugno 2002 è stata disposta la rimessione degli atti al Primo Presidente che ha provveduto all'assegnazione del ricorso alle Sezioni unite per la risoluzione della questione di particolare importanza relativa all'individuazione del momento in cui sorge il diritto alla durata ragionevole del processo nonché del contrasto di giurisprudenza relativo all'accertamento del momento iniziale ai fini del computo del termine di durata del processo amministrativo.

Motivi della decisione

Con il primo motivo viene denunciata la violazione e la falsa applicazione dell'art. 6, n. 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo ratificata con la l. 848/1955, in relazione all'art. 360, n. 3, c.p.c. e si contesta l'affermazione secondo cui solo dalla data di entrata in vigore della l. 89/2001 sarebbe sorto il diritto all'equa riparazione, prima non esistente nel vigente sistema positivo, con la conseguente esclusione della legittimazione degli eredi alla proposizione della domanda di equo indennizzo per l'eccessiva durata di un processo instaurato dal loro dante causa prima di tale data.

La questione è stata sinora decisa in senso negativo dalla giurisprudenza di questa Corte la quale ha considerato che la l. 89/2001 contempla senza limitazioni temporali le violazioni del canone di ragionevole durata del processo verificatesi dopo la ratifica della Convenzione dei diritti dell'uomo, ma che, in assenza di una espressa previsione di retroattività della norma interna costitutiva del diritto all'equo indennizzo, resta esclusa la nascita di tale diritto in capo a un soggetto deceduto prima della sua entrata in vigore e, conseguentemente, la sua trasmissibilità agli eredi (Cassazione 17650/2002; 360/2003); e ciò anche se la parte, poi deceduta, avesse già proposto ricorso alla Corte di Strasburgo in quanto la fattispecie riparatoria prevista dalla normativa comunitaria non costituiva un diritto azionabile dinanzi a un giudice diverso da quello europeo. Tali considerazioni trovavano un ulteriore elemento di conferma nel rilievo che la norma transitoria dell'art. 6 della l. 89/2001 aveva natura di norma sostanziale e non processuale e non prevedeva alcun *traslato iudicii* ma consentiva unicamente una circoscritta e limitata applicazione retroattiva del nuovo istituto dell'equa riparazione con riferimento ai soli giudizi per i quali si fosse già avuto il tempestivo deposito del ricorso dinanzi alla Corte di Strasburgo e non fosse ancora intervenuta una dichiarazione di ricevibilità del ricorso stesso (Cassazione 5264/2003).

Ciò premesso, merita accoglimento l'invito a riconsiderare la fondatezza di tale orientamento interpretativo, contenuto nell'ordinanza di rimessione, sulla base dell'evoluzione della giurisprudenza delle Sezioni unite le quali, con le sentenze in data 1339/2004, 1340 e 1341 hanno identificato il fatto costitutivo prefigurato dall'art. 2 della l. 89/2001 proprio nel mancato rispetto del termine ragionevole di durata del processo stabilito dall'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, e hanno negato, conseguentemente, che la fattispecie prevista dalla norma interna assumesse connotati diversi da quelli stabiliti dalla Convenzione, rispetto alla quale essa andrebbe considerata non già costitutiva del diritto all'equa riparazione per la non ragionevole durata del processo, bensì unicamente istitutiva della via di ricorso interno, prima inesistente, diretta ad assicurare una tutela pronta ed efficace alla vittima della violazione del canone di ragionevole durata del processo in attuazione del disposto dell'art. 13 della Convenzione il quale stabilisce il diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale il cui esperimento preventivo opera, a norma dell'art. 35, come condizione di procedibilità del ricorso alla Corte di Strasburgo che, ai sensi dell'art. 34, era proponibile in via immediata e diretta prima dell'introduzione del ricorso negli ordinamenti nazionali.

Va ricordato al riguardo che l'art. 1 della Convenzione stabilisce che «le Parti Contraenti riconoscono ad ogni persona soggetta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà definiti dal titolo primo della Convenzione», tra i quali è compreso il diritto ad un processo equo e di durata ragionevole (art. 6), che dev'essere tutelato attraverso il ricorso a un'istanza nazionale (art. 13), la cui introduzione nell'ordinamento vigente è avvenuta tardivamente, solo a seguito del moltiplicarsi delle condanne nei confronti dello stato in sede comunitaria per il pregiudizio derivante dalla non ragionevole durata dei processi.

La l. 848/1955, provvedendo a ratificare e rendere esecutiva la Convenzione, ha introdotto nell'ordinamento interno i diritti fondamentali, aventi natura di diritti soggettivi pubblici, previsti dal titolo primo della Convenzione e in gran parte coincidenti con quelli già indicati nell'art. 2 Cost., rispetto al quale il dettato della Convenzione assume una portata confermativa ed esemplificativa (Corte costituzionale, 388/1999).

La natura immediatamente precettiva delle norme convenzionali a seguito di ratifica dello strumento di diritto internazionale è stata già del resto riconosciuta esplicitamente dalla giurisprudenza di questa Corte che ha affermato l'avvenuta abrogazione dell'art. 34, comma 2,

del r.d.l. 511/1946, nella parte in cui escludeva la pubblicità della discussione della causa nel giudizio disciplinare a carico di magistrati per contrasto con la regola della pubblicità delle udienze sancito dall'art. 6 della Convenzione che pone precisi limiti alla discussione della causa a porte chiuse (Sezioni unite 7662/1991); parimenti ha riconosciuto il carattere di diritto soggettivo fondamentale, insopprimibile anche dal legislatore ordinario, al diritto all'imparzialità del giudice nell'amministrazione della giustizia, con richiamo all'art. 6 della Convenzione (Cassazione 4297/2002), e, infine, ha espressamente riconosciuto la natura sovraordinata alle norme della Convenzione sancendo l'obbligo per il giudice di disapplicare la norma interna in contrasto con la norma pattizia dotata di immediata precettività nel caso concreto (Cassazione 10542/2002).

Deve essere quindi superato l'orientamento secondo cui la fonte del riconoscimento del diritto all'equa riparazione dev'essere ravvisata nella sola normativa nazionale (Cassazione 11046/2002; 11987/2002; 16502/2002; 5664/2003; 13211/2003) e ribadito il principio che il fatto costitutivo del diritto all'indennizzo attribuito dalla legge nazionale coincide con la violazione della norma contenuta nell'art. 6 della convenzione, di immediata rilevanza nel diritto interno.

Né appare meritevole di consenso la distinzione adombrata in sede di discussione orale, tra diritto ad un processo di ragionevole durata, introdotto dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (o addirittura ad essa preesistente come valore costituzionalmente protetto), e diritto all'equa riparazione, che sarebbe stato introdotto solo con la l. 89/2001, in quanto la tutela assicurata dal giudice nazionale non si discosta da quella precedentemente offerta dalla Corte di Strasburgo, alla cui giurisprudenza è tenuto a conformarsi il giudice nazionale (Sezioni unite 1340/2004).

Da ciò consegue che il diritto all'equa riparazione del pregiudizio derivato dalla non ragionevole durata del processo verificatosi prima dell'entrata in vigore della l. 99/2001 va riconosciuto dal giudice nazionale anche in favore degli eredi della parte che abbia introdotto prima di tale data il giudizio del quale si lamenta la non ragionevole durata, col solo limite che la domanda di equa riparazione non sia stata già proposta alla Corte di Strasburgo e che questa si sia pronunciata sulla sua ricevibilità.

L'accoglimento del primo motivo di ricorso non preclude l'esame del secondo motivo, avente natura autonoma, con il quale si lamenta il vizio di motivazione su un punto decisivo della controversia con riferimento all'affermazione, posta a fondamento della statuizione di rigetto della domanda di equa riparazione per l'eccessiva durata dei processi pendenti dinanzi al giudice amministrativo, secondo cui la mancata o tardiva presentazione dell'istanza di prelievo escluderebbe la permanenza di un interesse alla decisione in capo al ricorrente, non essendo dato riscontare l'esistenza di una presunzione generale in tal senso.

Va premesso al riguardo che nel sistema vigente prima dell'entrata in vigore della l. 205/2000 - al quale deve farsi riferimento per i giudizi dei quali si lamenta nella specie la non ragionevole durata - il processo amministrativo richiede, dopo il deposito del ricorso, un solo necessario, infungibile impulso di parte costituito dalla presentazione nei due anni dal deposito del ricorso (o dall'ultimo atto della procedura quando venga ordinata un'attività istruttoria o la causa sia stata cancellata dal ruolo) di un'apposita istanza di fissazione, in mancanza della quale la causa si estingue per perenzione; una volta presentata tale istanza, infatti, il processo è dominato dal potere di iniziativa del giudice e non costituisce, perciò, adempimento necessario l'istanza di prelievo del ricorso dal ruolo, prevista dall'art. 51, comma 2, r.d. 642/1907, che ha il solo fine di fare dichiarare il ricorso urgente onde ottenerne la trattazione anticipata sovvertendo l'ordine cronologico di iscrizione delle domande di fissazione dell'udienza di

discussione.

Orbene, con riferimento al problema dell'individuazione del momento iniziale dal quale decorre la durata del procedimento amministrativo instaurato prima dell'entrata in vigore della l. 205/2000 la giurisprudenza prevalente afferma che esso coincide con quello della presentazione dell'istanza di prelievo, ritenendo sufficiente a tal fine l'onere posto a carico del ricorrente di avvalersene per trarre il ricorso da una condizione di quiescenza e ottenerne l'effettiva trattazione, in considerazione del fatto che l'art. 2, comma 2, della l. 89/2001 esclude l'addebitabilità all'Amministrazione dei tempi imputabili alla negligente condotta della parte che non si sia avvalsa dello strumento acceleratorio posto a sua disposizione, sicché solo dal momento della presentazione di tale istanza il decorso del tempo potrebbe considerarsi parametro esclusivo di valutazione del comportamento del giudice adito al fine di valutare la ragionevolezza della durata del processo (Cassazione 15445/2002; 15992/2002; 6180/2003; 22503/2004).

A tale interpretazione si contrappone un orientamento minoritario secondo cui la mancata presentazione dell'istanza di prelievo non può influire sul calcolo dei termini del processo, ma potrebbe incidere unicamente sulla determinazione dell'entità dell'equa riparazione spettante con riferimento al dettato dell'art. 2056 c.c. richiamato nell'art. 2 della l. 89/2001, che a sua volta richiama l'art. 1227, il quale al secondo comma esclude il risarcimento dei danni che il danneggiato avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza, col risultato che la durata irragionevole del processo, ancorché accertata, non potrebbe porsi esclusivamente a carico dello Stato (Cassazione 3347/2003).

Va segnalato che successivamente alla ordinanza di rimessione degli atti al Primo Presidente, è intervenuta una nuova pronuncia (Cassazione 23187/2004) con la quale, in adesione all'orientamento ripetutamente espresso dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, ha già proceduto alla revisione dell'interpretazione sinora prevalente affermando che la lesione del diritto ad una ragionevole durata del processo va riscontrata, anche per le cause proposte davanti al giudice amministrativo, con riferimento al periodo di tempo decorso dall'instaurazione del procedimento, senza che su di esso possa incidere la mancata o ritardata presentazione dell'istanza di prelievo.

Tale interpretazione, che ha incontrato il consenso delle decisioni che si sono succedute sulla questione in esame (Cassazione 18759/2005; 19801/2005), merita ulteriore conferma in considerazione del fatto - evidenziato nella motivazione della citata pronuncia - che la presenza di strumenti sollecitatori non sospende né differisce il dovere dello Stato di pronunciare sulla domanda, né implica il trasferimento sul ricorrente della responsabilità per il superamento del termine ragionevole per la definizione del giudizio, salva restando la valutazione del comportamento della parte al solo fine dell'apprezzamento dell'entità del lamentato pregiudizio. In conclusione il ricorso merita accoglimento e conseguentemente il decreto impugnato dev'essere cassato con rinvio della causa ad altro giudice il quale si conformerà ai principi di diritto innanzi enunciati.

Al giudice di rinvio viene rimessa altresì la pronuncia sulle spese del giudizio di cassazione

P.Q.M.

La Corte, pronunciando a Sezioni unite, accoglie il ricorso, cassa il decreto impugnato e rinvia la causa ad altra sezione della Corte di appello di Genova, cui rimette altresì la pronuncia sulle spese del giudizio di cassazione.

Così deciso in Roma, il 15 dicembre 2005.

** *** **

Cassazione civile, Sezione Prima, sentenza 28 novembre 2008 n. 28428*Svolgimento del processo*

Con ricorso depositato il 16.4.2004, G.B. chiedeva alla Corte di Appello di Roma che, previo accertamento della violazione dell'art.6, paragrafo 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (d'ora in avanti, per brevità, denominata semplicemente "Convenzione europea"), sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole di durata del processo, venisse disposta la condanna della Presidenza del Consiglio dei Ministri al pagamento di quanto dovutogli a titolo di equa riparazione del danno non patrimoniale subito in conseguenza del fatto:

- a) che, in data 28.10.1974, aveva proposto ricorso alla Corte dei Conti avverso il decreto n. 1056/1973 del Ministero della Difesa, mediante il quale gli era stato negato il trattamento di pensione privilegiata ordinaria;
- b) che, in data 30.6.1998, aveva presentato istanza di sollecito;
- c) che, in data 23.2.2001, detto Giudice aveva pronunciato sentenza di rigetto;
- d) che tale decisione, con ricorso notificato il 22.2.2002, era stata impugnata davanti alla Corte dei Conti, Sezione Giurisdizionale Centrale, la quale aveva pronunciato sull'appello mediante sentenza in data 11.6.2003.

Si costituiva in giudizio l'Amministrazione convenuta, resistendo alla pretesa avversaria.

La Corte territoriale adita, con decreto emesso in data 25.10.2004/4.10.2005, rigettava il ricorso, assumendo che la durata del giudizio presupposto dovesse considerarsi ragionevole, atteso che il giudizio di primo grado era stato definito nel termine di anni tre circa dal deposito dell'istanza di prelievo, laddove il giudizio di secondo grado era stato definito nel termine di sedici mesi circa dalla proposizione dell'appello, onde non risultavano superati i termini solitamente indicati dalla Corte di Strasburgo per giudizi simili.

Avverso tale decreto, ricorre per cassazione il B., deducendo due motivi di gravame, ai quali non resiste la Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Ai sensi dell'art.375 c.p.c., è stata fissata l'adunanza in camera di consiglio.

Motivi della decisione

Con il primo motivo di impugnazione, lamenta il ricorrente violazione e falsa applicazione della L. n. 89 del 2001, art. 2 e art. 6 della Convenzione europea, nonché della L. n. 585 del 1971, art. 20 e della L. n. 19 del 1994, art. 6, concernenti le norme processuali del Giudice contabile, assumendo:

- a) che le Sezioni Unite della Suprema Corte, con la sentenza n. 28507 del 2005, in adesione all'orientamento ripetutamente espresso dalla giurisprudenza europea, hanno affermato che la lesione del diritto ad una ragionevole durata del processo va riscontrata, anche per le cause proposte davanti al giudice amministrativo, con riferimento al periodo di tempo decorso dall'instaurazione del procedimento, senza che su di esso possa incidere la mancata o ritardata presentazione dell'istanza di prelievo o di sollecito;
- b) che la Corte territoriale ha ignorato la speciale normativa processualistica del Giudice contabile, alla quale è completamente sconosciuto l'uso dell'istanza di prelievo;
- c) che, solo con la riforma del 1994 (L. n. 19) ed in riferimento ai processi pendenti, il legi-

slatore ha espressamente prescritto all'art. 6 che la parte, la quale ne aveva interesse, doveva proporre, nel termine perentorio di sei mesi dalla comunicazione della segreteria della sezione, istanza per la prosecuzione del giudizio, sanzionando l'inottemperanza con l'estinzione dello stesso, dichiarata d'ufficio;

d) che, pertanto, fino alla novella del 1994, l'odierno ricorrente non aveva alcun potere di impulso processuale, governando il principio dell'officialità, laddove, successivamente, egli ha utilizzato tutti gli strumenti messi a disposizione dall'ordinamento per il regolare svolgimento del processo.

Il motivo è manifestamente fondato.

La Corte territoriale, con apprezzamento di per sé incensurato, ha dato conto del fatto:

a) che, in data 28.10.1974, è stato proposto dal B. ricorso alla Corte dei Conti avverso il Decreto n. 1056 del 1973, del Ministero della Difesa, mediante il quale gli era stato negato il trattamento di pensione privilegiata ordinaria;

b) che, in data 30.6.1998, il medesimo B. ha presentato istanza di sollecito;

c) che, in data 23.2.2001, il Giudice contabile ha pronunciato sentenza di rigetto;

d) che tale decisione, con ricorso notificato il 22.2.2002, è stata impugnata davanti alla Corte dei Conti, Sezione Giurisdizionale Centrale, la quale ha pronunciato sull'appello mediante sentenza in data 11.6.2003.

La stessa Corte territoriale, peraltro, ha ritenuto che *“il termine del giudizio presupposto deve considerarsi ragionevole, atteso che il giudizio di primo grado è stato definito nel termine di anni tre circa dal deposito dell'istanza di prelievo, mentre il giudizio di secondo grado è stato definito nel termine di sedici mesi circa dalla proposizione dell'appello, sicchè non risultano superati i termini solitamente indicati dalla Corte di Strasburgo per giudizi similari”*.

Argomentando in tal modo, il Giudice di merito non ha fatto corretta applicazione del principio, uniformemente enunciato da questa Corte all'esito della pronuncia delle Sezioni Unite n. 28507 del 23 dicembre 2005 (così, in termini, Cass. 29 marzo 2006, n. 7118; Cass. 21 aprile 2006, n. 9411; Cass. 28 aprile 2006, n. 9853; Cass. 11 maggio 2006, n. 10894; Cass. 7 luglio 2006, n. 15603; Cass. 14 novembre 2006, n. 24258; Cass. 16 novembre 2006, n. 24438, onde, in questo senso, appunto, la manifesta fondatezza del motivo in esame), secondo cui, in tema di equa riparazione ai sensi della L. 24 marzo 2001, n. 89, la lesione del diritto alla definizione del processo in un termine ragionevole, di cui all'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione europea, va riscontrata, anche per le cause davanti al giudice amministrativo, con riferimento al periodo intercorso dall'instaurazione del relativo procedimento, senza che una tale decorrenza del termine ragionevole di durata della causa possa subire ostacoli o slittamenti in relazione alla mancanza dell'istanza di prelievo od alla ritardata presentazione di essa, là dove, cioè, la previsione di strumenti sollecitatori non sospende né differisce il dovere dello Stato di pronunciare sulla domanda, in caso di omesso esercizio degli stessi, né implica il trasferimento sul ricorrente della responsabilità per il superamento del termine ragionevole di definizione del giudizio, salva restando la valutazione del comportamento della parte al solo fine dell'apprezzamento dell'entità del lamentato pregiudizio.

Né, in contrario, può essere tratto argomento dalla recente disposizione contenuta nel D.L. 25 giugno 2008, n. 112, art. 54, comma 2, convertito nella L. 6 agosto 2008, n. 133, là dove tale disposizione recita *“La domanda di equa riparazione non è proponibile se nel giudizio dinanzi al giudice amministrativo in cui si assume essersi verificata la violazione di cui alla L. 24 marzo 2001, n. 89, art. 2, comma 1, non è stata presentata un'istanza ai sensi del R.D. 17 agosto 1907, n. 642, art. 51, comma 2”*.

Premesso, infatti, come il D.L. n. 112 del 2008 sia entrato in vigore il “25 giugno 2008”, ovvero (ai sensi dell'art. 85 di esso) “*il giorno stesso della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale*”, deve, nella specie, osservarsi che, in difetto di esplicite previsioni contrarie (tale essendo esattamente il caso in esame), il principio dell'immediata applicazione della legge processuale sopravvenuta ha riguardo soltanto agli atti processuali successivi all'entrata in vigore della legge stessa, alla quale non è dato di incidere, pertanto, sugli atti anteriormente compiuti, i cui effetti restano regolati, secondo il fondamentale principio del *tempus regit actum*, dalla norma sotto il cui imperio siano stati posti in essere (come, di nuovo nella specie, la domanda di equa riparazione avanzata il 16.4.2004), un generale criterio di “affidamento” legislativo (desumibile dall'art. 1 delle disposizioni sulla legge in generale) precludendo la possibilità di ritenere che gli effetti dell'atto processuale già formato al momento dell'entrata in vigore della nuova disposizione (domanda appunto di equa riparazione) siano da quest'ultima regolati, quanto meno nei casi (come quello in esame) in cui la retroattività della disciplina verrebbe a comprimere la tutela della parte, senza limitarsi a modificare la mera tecnica del processo (Cass. 12 maggio 2000, n. 6099).

Del resto, è appena il caso di osservare come l'orientamento giurisprudenziale sopra riportato sia stato ribadito da questa Corte anche in relazione alle cause davanti al Giudice contabile e, segnatamente, a quelle pensionistiche, rispetto alle quali, cioè, trovasi parimenti affermato che la lesione del diritto alla definizione del processo nel termine ragionevole va riscontrata con riguardo al periodo intercorso dall'instaurazione del procedimento, ovvero tenendo conto del tempo complessivo dell'attesa della risposta sulla domanda di giustizia, senza che una simile decorrenza del predetto termine di durata della causa possa subire ostacoli o slittamenti in seguito alla mancanza (o al ritardo nella presentazione) dell'istanza di prelievo o di sollecitazione o di trattazione anticipata, ove pure prevista dalla prassi degli uffici giudiziari quale strumento acceleratorio (Cass. 21 febbraio 2006, n. 3782; Cass. 7 aprile 2006, n. 8156).

Pertanto, risultando inammissibile il secondo motivo di gravame (attraverso il quale è stato lamentato che, una volta accertata la violazione del termine ragionevole, non bisogna tener conto del solo tempo eccedente, ma l'indennizzo va riconosciuto e applicato per ogni anno di durata del processo e non per ogni anno di ritardo, laddove, però, la Corte territoriale ha rigettato il ricorso per equa riparazione sulla base dell'assorbente rilievo di cui al motivo che precede, senza minimamente statuire in ordine al profilo dedotto con tale secondo motivo), il ricorso odierno merita accoglimento nei sensi di cui in motivazione, onde l'impugnato decreto deve essere cassato in relazione alle censure accolte e, ravvisata la sussistenza delle condizioni indicate dall'art. 384 c.p.c., comma 1, ultima parte, (nel testo, applicabile *ratione temporis*, anteriore alle modifiche introdotte dal D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40), nel senso esattamente che il periodo eccedente la ragionevole durata del giudizio presupposto risulta determinato in “24”anni (dovendosi detrarre dalla durata complessiva di quest'ultimo, da apprezzare in circa “29”anni, ovvero dall'inizio, in data 28.10.1974, sino alla pronuncia, in data 11.6.2003, della sentenza della Corte dei Conti in sede di appello, la durata “normale” di due gradi di giudizio, stimata pari a complessivi anni “5”) e che può, del resto, ripercorrendo gli arresti della Corte europea dei diritti dell'uomo, individuarsi nell'importo di Euro 1.000,00, la base di calcolo dell'equa riparazione per ciascun anno in relazione al danno non patrimoniale (Cass. 23 aprile 2005, n. 8568; Cass. 26 gennaio 2006, n. 1630; Cass. 13 aprile 2006, n. 8714; Cass. 7 dicembre 2006, n. 26200; Cass. 22 dicembre 2006, n. 27503; Cass. 24 gennaio 2007, n. 1605; Cass. 1 marzo 2007, n. 4845), suscettibile di venire innalzata fino ad euro 1.500,00 (ed anche al di sopra) per le (sole) ipotesi che presentino specifiche e peculiari connotazioni di intensità dello

stress e dell'ansia da attesa di una decisione liberatoria, la Presidenza del Consiglio dei Ministri deve essere condannata al pagamento, in favore del ricorrente, della somma di Euro 24.000,00, oltre agli interessi legali dalla domanda (16.4.2004) sino al saldo.

La sorte delle spese del giudizio di merito e di quello di legittimità segue il criterio della soccombenza, liquidandosi dette spese, rispettivamente, in complessivi Euro 1.075,00, di cui Euro 475,00 per diritti ed Euro 500,00 per onorari, nonché in complessivi Euro 700,00, di cui Euro 600,00 per onorari, oltre, in ambedue i casi, le spese generali (nella misura percentuale del 12,50% sull'importo degli onorari medesimi) e gli accessori (I.V.A. e Cassa Previdenza Avvocati) dovuti per legge.

Le (sole) spese riguardanti il giudizio di legittimità vanno, infine, distratte a vantaggio del difensore Avv. A. Marchetti, il quale se ne è dichiarato antistatario proponendo la relativa istanza *ex art. 93 c.p.c.*, laddove analogo provvedimento non può essere adottato in ordine alle spese riguardanti il giudizio di merito, risultando dalla stessa intestazione dell'impugnato decreto come l'anzidetto difensore non fosse munito di "procura" (secondo quanto richiesto dal già citato art. 93 c.p.c.) in quest'ultimo giudizio.

P.Q.M.

La Corte:

Accoglie il ricorso nei sensi di cui in motivazione, cassa il decreto impugnato in relazione alle censure accolte e, decidendo la causa nel merito, condanna la Presidenza del Consiglio dei Ministri al pagamento, in favore di B.G., della somma di Euro 24.000,00, oltre agli interessi legali dalla domanda sino al saldo, nonché al rimborso, in favore del ricorrente, delle spese dei giudizi di merito e di legittimità, liquidate, rispettivamente, in complessivi Euro 1.075,00, di cui Euro 475,00, per diritti ed Euro 500,00, per onorari ed in complessivi Euro 700,00, di cui Euro 600,00, per onorari, oltre, in ambedue i casi, le spese generali e gli accessori dovuti per legge, disponendo la distrazione delle spese del giudizio di legittimità a vantaggio del difensore antistatario Avv. A. Marchetti.

Così deciso in Roma, il 4 luglio 2008.

Sugli effetti della cancellazione delle società dal registro delle imprese

La parola alle Sezioni Unite

(Corte di Cassazione, Sezione Prima, sentenza 15 settembre 2009 n. 19804)

Con la sentenza interlocutoria del 15 settembre 2009 n. 19804, la I sez. civile della Corte di Cassazione, dopo aver preso atto dell'esistenza di un contrasto in seno alle sezioni semplici, ha rimesso la causa al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, al fine di stabilire se la cancellazione dal registro delle imprese comporta o meno l'estinzione della società.

Secondo una prima interpretazione - che ripropone l'orientamento giurisprudenziale tradizionale consolidatosi, antecedentemente alla riforma del diritto societario, con riguardo al previgente art. 2456, comma 2, c.c. - anche a seguito della modifica apportata all'art. 2495 c.c., dall'art. 4, d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, la formale cancellazione della società dal registro delle imprese non comporta la sua estinzione, che è determinata, invece, soltanto dalla effettiva liquidazione dei rapporti giuridici pendenti, che alla stessa società fanno capo, nonché dalla definizione di tutte le controversie giudiziarie in corso con i terzi (cfr. Cass., sez. III civ., 15 gennaio 2007, n. 646; *Id.*, sez. civ. III, 23 maggio 2006, n. 12114; prima della riforma delle società, cfr. Cass. 18 agosto 2003, n. 12078; *Id.* 26 aprile 2001, n. 6078; *Id.* 12 giugno 2000, n. 7972; *Id.* 4 ottobre 1999, n. 11021; *Id.* 14 maggio 1999, n. 4774; *Id.* 20 ottobre 1998, n. 10380 e *Id.* 5 settembre 1996, n. 8099).

Secondo un altro indirizzo - che invece è divenuto maggioritario a seguito della riforma del diritto delle società - ai sensi del novellato art. 2495, comma 2, c.c., la cancellazione dal registro delle imprese produce l'effetto costitutivo dell'estinzione irreversibile della società, anche in presenza di crediti insoddisfatti e di rapporti ancora non definiti (cfr. Cass., sez. I civ., 12 dicembre 2008, n. 29242; *Id.*, sez. II civ., 15 ottobre 2008, n. 25192; *Id.* sez. lav., 18 settembre 2007, n. 19347; *Id.* sez. I civ., 28 agosto 2006, n. 18618).

L'orientamento giurisprudenziale favorevole all'estinzione delle società cancellate dal registro delle imprese si fonda sul rilievo secondo il quale il nuovo testo dell'art. 2495 c.c., comma 2, antepone al vecchio testo dell'art. 2456, comma 2, c.c. (che prevede le azioni dei creditori insoddisfatti nei confronti di soci e liquidatori), la proposizione "*Ferma restando l'estinzione della società*", manifesterebbe la volontà del legislatore di stabilire che la cancellazione produce l'effetto costitutivo dell'estinzione irreversibile della società anche in presenza di crediti insoddisfatti e di rapporti di altro tipo non definiti.

Esso può essere così riassunto:

a) a seguito della modifica apportata all'art. 2495 c.c., dall'art. 4, d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, oggi vige nel nostro ordinamento il principio generale secondo il quale alla cancellazione dal registro delle imprese consegue l'irreversibile estinzione della società;

b) tale principio trova applicazione non solo alle società di capitali ed alle società cooperative (alle quali espressamente fa riferimento il vigente art. 2495 c.c.), ma anche alle società di persone (e ciò costituisce una novità assoluta nel panorama giurisprudenziale, atteso che la stessa Corte di Cassazione aveva continuato a sostenere, anche dopo la riforma del diritto delle società, che l'art. 2495 c.c., non poteva trovare applicazione alle società di persone - cfr., per tutte, Cass., sez. civ. III, 23 maggio 2006, n. 12114).

c) la natura meramente ricognitiva della nuova disposizione comporta che l'art. 2495 c.c. si applica retroattivamente, anche ai rapporti giuridici pendenti alla data del 1 gennaio 2004, con la sola esclusione dei rapporti giuridici già esauriti e degli effetti già in precedenza irreversibilmente verificatisi;

d) con riguardo ai processi in corso, si afferma che questi non possano più proseguire nei confronti o su iniziativa della persona giuridica cancellata, con conseguente inammissibilità delle azioni proposte nei confronti o su iniziativa della società estinta.

Che l'*incipit* del comma 2 dell'art. 2495 c.c. abbia posto fine all'*annosa querelle* in ordine all'efficacia, costitutiva o dichiarativa, della cancellazione della società dal registro delle imprese, risolvendola in favore della prima soluzione (in tal senso si è espressa anche la prevalente dottrina commentando la riforma delle società, cfr. ASSOCIAZIONE PREITE, *Il nuovo diritto delle società. Società di capitali e cooperative*, a cura di G. Olivieri, G. Presti, F. Vella, Bologna, 2003, pagg. 356-366, V. BUONOCORE, in AA. VV., *Istituzioni di diritto commerciale*, a cura di V. Buonocore, Torino, 2003, pag. 272; G. F. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2003, pag. 320; F. CORSI, *Le nuove società di capitali*, Milano, 2003, pag. 279; F. GALGANO, *Il nuovo diritto delle società*, nel *Trattato Galgano*, 2003, pag. 410; V. SALAFIA, *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali*, in *Società*, 2003, pag. 382), è messo in discussione dalla sentenza in commento, n. 19804 del 15 settembre 2009, secondo la quale l'interpretazione proposta dell'art. 2495 c.c. troverebbe nella lettera della legge soltanto un modesto supporto, e nessuno nella legge delega, che dava, invece, mandato al legislatore delegato di disciplinare "*gli effetti della cancellazione della società dal registro delle imprese*" (L. 3 ottobre 2001, n. 366, art. 8, comma 1, lett. a).

A ciò si aggiunga che dalla lettura della relazione illustrativa (ove si legge, al § 12, che: "*Per la residua disciplina (artt. 2491 - 2496) si è ritenuto di poter riprodurre sostanzialmente la disciplina esistente...*") emerge che il legislatore del 2003 non sembra essersi mosso, inequivocabilmente, nella direzione di assegnare efficacia costitutiva alla cancellazione della società.

Ne deriva l'esigenza - evidenziata dalla sentenza in commento, e a cui dovranno dare risposta le Sezioni Unite della Corte di Cassazione - di ricercare una soluzione interpretativa che contemperi l'anzidetto orientamento giurisprudenziale favorevole all'estinzione della società cancellata, con l'interesse ad una effettiva tutela dei creditori sociali (specie, fra questi ultimi, quelli che come il fisco e gli enti previdenziali intervengono dopo un lungo periodo di tempo), e che potrebbe passare attraverso la distinzione, nell'ambito delle cc.dd. sopravvenienze, tra le sopravvenienze vere e proprie e le passività note, con la conseguenza di escludere l'effetto estintivo della cancellazione soltanto nel caso in cui i liquidatori abbiano omesso dolosamente o colposamente di soddisfare i creditori sociali, conosciuti o conoscibili usando l'ordinaria diligenza, al momento della cancellazione della società (cfr., in tal senso, G. MINERVINI, *La fattispecie estintiva delle società per azioni e il problema delle cc.dd. sopravvenienze*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1952, pag. 1009).

*Giuseppe Zuccaro**

Corte di Cassazione, Sezione I civile, sentenza 15 settembre 2009 n. 19804 - Pres. Luccioli, Rel. Panzani - R. A. (Avv.ti S. Cersosimo e M. P.G. Guerra) c. R.A.S., Riunione Adriatica di Sicurtà S.p.A. (Avv.ti R. Michele e C. F. Galantini).

(... *Omissis* ...)

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo il R. deduce difetto e contraddittorietà della motivazione in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5 e violazione dell'art. 2456 c.c..

Argomentando anche dalla giurisprudenza formatasi dopo la riforma societaria con riferimento all'art. 2495 c.c. novellato, oltre che dall'insegnamento di Corte costituzionale 319/2000, il ricorrente sostiene che la cancellazione della società dal registro delle imprese ne determina l'estinzione, anche quando sopravvivano rapporti di debito e credito.

La Corte d'appello nell'affermare che la cancellazione, secondo la disciplina pregressa dettata dall'art. 2456 vecchio testo c.c. avrebbe un valore dichiarativo e nel concludere, tuttavia, che si avrebbe non un'estinzione automatica, ma una semplice presunzione di estinzione, avrebbe reso un'affermazione contraddittoria. Ne deriverebbe che la notifica della sentenza 9786/93 alla società nella sua sede non potrebbe essere valida e non potrebbe pertanto aver avuto effetti interruttivi della prescrizione. Non si comprenderebbe inoltre in base a quali elementi la Corte di merito avrebbe potuto ritenere superata la presunzione di estinzione della società da essa stessa affermata.

(... *Omissis*)

2. E' preliminare l'esame del primo motivo di ricorso.

(*) Procuratore dello Stato.

Questa Corte con recenti decisioni ha affermato che in tema d'interpretazione del nuovo diritto societario, la modifica dell'art. 2495 cod. civ., D.Lgs. n. 6 del 2003, ex art. 4, secondo la quale la cancellazione dal registro delle imprese determina, contrariamente a quanto previsto per la disciplina previgente dall'art. 2456 c.c., l'estinzione della società, si applica anche alle società di persone, nonostante la prescrizione normativa indichi esclusivamente quelle di capitali e quelle cooperative ed, inoltre la norma, per la sua funzione ricognitiva, è retroattiva e trova applicazione anche in ordine alle cancellazioni intervenute anteriormente al 1 gennaio 2004, data di entrata in vigore delle modifiche introdotte dal citato D.Lgs. n. 6 del 2003, con la sola esclusione dei rapporti esauriti e degli effetti già irreversibilmente verificatisi (Cass. 28.8.2006, n. 18618; Cass. 18.9.2007, n. 19347; Cass. 15.10.2008, n. 25192; Cass. 12.12.2008, n. 29242). Nella fattispecie esaminata Cass. 18618/06 in sede di giudizio di opposizione a dichiarazione di fallimento ha ritenuto che, nel caso in cui la dichiarazione di fallimento sia stata chiesta da una società successivamente cancellata dal registro delle imprese, non occorre procedere all'integrazione del contraddittorio nei confronti della stessa, non avendo il giudizio ad oggetto l'accertamento del diritto di quest'ultima, e non vertendosi dunque in un'ipotesi di litisconsorzio sostanziale, giustificato dalla qualità di parte del rapporto sostanziale controverso, ma in un'ipotesi di litisconsorzio processuale, in relazione alla quale la cancellazione della società istante esclude la possibilità di una integrazione del contraddittorio nei confronti della stessa, in quanto estinta, ben potendo il giudizio proseguire tra le altre parti.

Cass. 29242/08 ha ritenuto inammissibile la proposizione del ricorso per cassazione per inesistenza del soggetto proponente e conseguente difetto di rappresentanza processuale, trattandosi di società in nome collettivo cancellata dal registro delle imprese dopo la notifica dell'atto di appello, senza che l'evento fosse stato dichiarato in quel giudizio. Cass. 19347/07 ha, analogamente, dichiarato inammissibile il ricorso proposto nei confronti di un consorzio cancellato dal registro delle imprese, in quanto soggetto inesistente e Cass. 25192/08 ha pronunciato negli stessi termini con riferimento a società in nome collettivo cancellata dal registro sin dall'8.1.2003.

In senso contrario con numerose pronunce, anche recenti, la Corte, facendo seguito ad un orientamento giurisprudenziale consolidatosi nel tempo tanto da essere considerato dalla Corte costituzionale come "*diritto vivente*" (Corte Cost. 319/2000), e facendo riferimento alla disciplina vigente anteriormente alla riforma societaria, ha ritenuto con riguardo sia alle società di persone che alle società di capitali che l'atto formale di cancellazione di una società dal registro delle imprese, così come il suo scioglimento, con instaurazione della fase di liquidazione, non determina l'estinzione della società ove non siano esauriti tutti i rapporti giuridici ad essa facenti capo a seguito della procedura di liquidazione, ovvero non siano definite tutte le controversie giudiziarie in corso con i terzi, e non causa, conseguentemente, in relazione a detti rapporti rimasti in sospeso e non definiti, la perdita della legittimazione processuale della società e un mutamento nella rappresentanza sostanziale e processuale della stessa, che permane in capo ai medesimi organi che la rappresentavano prima della cancellazione (*ex multis* Cass. 15.1.2007, n. 646; in Cass. 23.5.2006, n. 12114; Cass. 2.3.2006, n. 4652; Cass. 28.5.2004, n. 10314; Cass. 12.6.2000, n. 7972; Cass. 17.3.1998, n. 2869; Cass. 2.4.1999, n. 3221; Cass. 11.6.1968, n. 1849).

Il primo orientamento si fonda sul rilievo, compiutamente sviluppato da Cass. 18618/06 cui hanno aderito senza ulteriori argomenti le successive pronunce, che il nuovo testo dell'art. 2495 c.c., comma 2, antepone al vecchio testo, che prevede le azioni dei creditori insoddisfatti nei confronti di soci e liquidatori, la proposizione "*ferma restando l'estinzione della società*".

In tal modo, si afferma, il legislatore della riforma avrebbe chiaramente manifestato la volontà di stabilire che la cancellazione produce l'effetto costitutivo dell'estinzione irreversibile della società anche in presenza di crediti insoddisfatti e di rapporti di altro tipo non definiti. Tale volontà sarebbe implicitamente confermata dalla previsione che i creditori insoddisfatti possono, entro un anno dalla cancellazione, notificare presso l'ultima sede della società la domanda proposta nei confronti di soci e liquidatori; si tratterebbe di una agevolazione che riproduce esattamente quella prevista dall'art. 303 c.p.c., comma 2, per la notifica della riasunzione agli eredi della parte defunta. La disposizione in questione, entrata in vigore il 1 gennaio 2004, troverebbe applicazione anche alle cancellazioni già iscritte nel registro delle imprese. Essa, infatti, disciplinerebbe diversamente, rispetto al diritto vivente nella sino ad oggi incontrovertita interpretazione giurisprudenziale (la dottrina prevalente già riteneva, invece, che la cancellazione determinasse l'irreversibile estinzione della società), non la cancellazione (ma i suoi effetti, id est la situazione giuridica della società cancellata. Si osserva in proposito che il principio della irretroattività della legge comporta che la legge nuova non possa essere applicata, oltre che ai rapporti giuridici esauriti prima della sua entrata in vigore, a quelli sorti anteriormente ed ancora in vita, se in tal modo si disconoscano gli effetti già verificatisi del fatto passato o si venga a togliere efficacia, in tutto o in parte, alle conseguenze attuali e future dello stesso. Lo stesso principio comporta, invece, che la legge nuova possa essere applicata ai fatti, agli status e alle situazioni esistenti o sopravvenute alla data della sua entrata in vigore, ancorché conseguenti ad un fatto passato, quando essi, ai fini della disciplina disposta dalla nuova legge, debbano essere presi in considerazione in se stessi, prescindendosi totalmente dal collegamento con il fatto che li ha generati, in modo che resti escluso che, attraverso tale applicazione, sia modificata la disciplina giuridica del fatto generatore. In questa prospettiva l'art. 2495 c.c. nuovo testo non avrebbe disciplinato le condizioni per la cancellazione della società, che presuppone sempre la liquidazione e l'approvazione del relativo bilancio finale, ma i soli effetti della cancellazione. La nuova disciplina, pertanto, troverebbe applicazione *"retroattivamente con l'attribuzione ex nunc di effetti nuovi a fatti progressi"*. Va sottolineato che non incide sull'esegesi della norma dettata dall'art. 2495 c.c. nuovo testo la sentenza n. 319 del 21 luglio 2000 della Corte costituzionale, che ha dichiarato l'illegittimità della L. Fall., art. 10, nella parte in cui prevedeva, secondo le conclusioni dell'orientamento giurisprudenziale all'epoca consolidato, *"che il termine di un anno dalla cessazione dell'impresa, entro il quale può intervenire la dichiarazione di fallimento, decorra, per l'impresa collettiva, dalla liquidazione effettiva dei rapporti facenti capo alla società, invece che dalla cancellazione della società stessa dal registro delle imprese"*. L'individuazione per l'imprenditore collettivo di un *dies a quo* formale, perché legato alla cancellazione, e non sostanziale, quale quello fondato sulla cessazione della attività d'impresa, è legata, infatti, nella pronuncia del giudice delle leggi (all'esigenza di una disciplina se non uniforme, quantomeno coordinata con quella stabilita per la dichiarazione di fallimento dell'imprenditore individuale cessato, ove sia intervenuta la cancellazione dal registro delle imprese, rispettosa del principio di ragionevolezza in forza del quale l'imprenditore collettivo non può essere esposto *sine die* alla dichiarazione di fallimento e cioè fino all'estinzione di tutti i rapporti giuridici facenti capo alla società cancellata. Tale interpretazione non contrasta, ma anzi presuppone, l'orientamento giurisprudenziale disatteso da Cass. 18618/06 e dalle altre pronunce che a quest'ultima si sono conformate.

Va poi aggiunto che l'interpretazione proposta dell'art. 2495 c.c. trova soltanto un modesto supporto nella lettera della legge (è stato infatti sostenuto che l'inciso *"Ferma restando l'estin-*

zione della società", con cui si apre l'art. 2495 c.c., comma 2, sarebbe indizio della natura d'interpretazione autentica della norma) e nessuno nella legge delega, che dava mandato al legislatore delegato di disciplinare "gli effetti della cancellazione della società dal registro delle imprese" (L. 3 ottobre 2001, n. 366, art. 8, comma 1, lett. a), e che il legislatore della riforma societaria, modificando le disposizioni di attuazione del codice civile (cfr. in particolare gli artt. 223 *bis* e ss. disp. att. c.c.), è intervenuto in numerosi casi, ma non in quello in esame, a regolare il passaggio dalla vecchia alla nuova disciplina. Nè il nuovo orientamento fa propria l'interpretazione del vecchio art. 2456 c.c. sostenuta dalla dottrina, in contrasto con l'orientamento giurisprudenziale all'epoca consolidato, nè sostiene che la nuova norma detti una disposizione d'interpretazione autentica della vecchia disciplina, come pur è stato sostenuto, ma afferma, come s'è detto, che la nuova disposizione contenuta nell'art. 2495 c.c. si applica anche alle cancellazioni poste in essere anteriormente all'entrata in vigore della nuova normativa. Cass. 18618/06 e le altre pronunce ad essa conformi si sono inoltre occupate di questioni di carattere processuale (necessità d'integrazione del contraddittorio o di prosecuzione del giudizio nei confronti della società estinta), mentre nel caso di specie è questione dell'effetto interruttivo della prescrizione connesso alla notificazione effettuata nei confronti della società cancellata, interruzione che secondo la sentenza impugnata gioverebbe al creditore anche nei confronti del socio condebitore solidale nei limiti della quota di liquidazione percepita. Tuttavia, ove si aderisca all'orientamento inaugurato da Cass. 18618/06, e si ritenga che l'effetto estintivo della società si determini con efficacia *ex tunc* sin dal momento della cancellazione, quale effetto sopravvenuto in ragione della nuova disposizione di legge, non sarebbe possibile considerare il rapporto esaurito, sussistendo controversia pendente tra le parti, nè si potrebbe arbitrariamente far decorrere l'effetto estintivo da una data diversa da quella della cancellazione della società dal registro delle imprese (*rectius*, all'epoca dal registro presso la cancelleria commerciale), ancorchè assai risalente nel tempo.

Atteso il contrasto tra i due orientamenti, già denunciato dalla 3^a Sezione civile di questa Corte con l'ordinanza 9 aprile 2009, n. 8665, con rilievi in parte differenti da quelli qui svolti, e la complessità delle questioni di cui le pronunce che hanno dato vita al nuovo orientamento non si sono potute occupare, appare opportuno che la questione sia rimessa alle Sezioni Unite di questa Corte.

P.Q.M.

la Corte rimette la causa al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite. Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Sezione Prima Civile, il 8 luglio 2009. Depositato in Cancelleria il 15 settembre 2009

Il ripristino degli “esami di riparazione”

Incertezze giurisprudenziali e questioni applicative in merito all’ordinanza ministeriale n. 92 del 5 novembre 2007 del Ministero dell’Istruzione, dell’Università e della Ricerca

(Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, Sezione Seconda, sentenza 12 settembre 2008 n. 1891)

SOMMARIO: Premessa. 1.- I termini della questione. 2.- La decisione del T.A.R. e la ricostruzione del relativo panorama normativo e giurisprudenziale. 3.- Quale incidenza ha la mancata attivazione o la non ammissione ai corsi di recupero nel giudizio di non ammissione alla classe successiva, ammesso che vi sia un obbligo delle istituzioni scolastiche ad attivare le relative attività?

Premessa

I genitori di un alunno, frequentante il terzo anno di un liceo scientifico statale, ricorrevano al TAR Piemonte avverso il provvedimento di non ammissione alla classe successiva assunto all’esito dello scrutinio di classe di fine anno. I ricorrenti, nello specifico, denunciavano l’illegittimità del giudizio espresso dal Consiglio di classe sotto diversi profili, evidenziando, in particolare, che le cinque insufficienze, causa della bocciatura, sarebbero state determinate dalla mancata ammissione dello studente alla frequenza dei corsi di recupero attivati dall’istituto scolastico.

Il giudice adito riteneva la doglianza fondata e meritevole di accoglimento, annullando di conseguenza il provvedimento impugnato (1).

Sul piano normativo la pronuncia risultava fondata sulla estrema valoriz-

(1) Sentenza n. 1776/2008, di cui si trascrive parte della motivazione: “*in relazione al primo dei motivi in valutazione, va rilevato che nel corso dell’anno scolastico 2007 – 2008 il Consiglio di Classe ha disposto interventi di recupero nei confronti dello studente Andrea Marconi solo in relazione alle insufficienze riscontrate in scienze e disegno, consistiti esclusivamente in attività di studio individuale. Tuttavia, dalla pagella del primo quadrimestre risulta un’insufficienza anche in lingua e letterature latine, mantenuta anche in sede di scrutinio finale, mentre dai verbali di riunione del Consiglio di Classe del 28.3.2008 e del 30.4.2008 sono emerse insufficienze anche in matematica, fisica ed educazione fisica, inoltre dalla scheda allegata al verbale di scrutinio di giugno 2008 risulta un’insufficienza pure in filosofia. A fronte di ulteriori insufficienze, espressive di “un peggioramento progressivo della situazione nel corso dell’anno”, di cui si dà atto nel verbale di scrutinio finale, il Consiglio di classe non ha predisposto interventi di recupero delle ulteriori carenze rilevate, pure attivati verso altri studenti gravati da plurime insufficienze, con conseguente violazione degli artt. 4 e 6 dell’ordinanza ministeriale n. 92 del 05.11.2007.*

Ne deriva la fondatezza del motivo in esame, in quanto l’amministrazione non ha predisposto interventi di recupero in relazione ad alcune delle insufficienze che pure erano state rilevate nel corso dell’anno scolastico a carico dello studente A. M.”.

zazione dell'obbligo di "attivare gli interventi di recupero" che l'art. 2 comma IV della Ordinanza Ministeriale n. 92/2007 pone a carico degli istituti scolastici, postulando in sostanza il principio che la stessa insufficienza del profitto, rilevata all'esito dello scrutinio, fosse indice e dimostrazione della denunciata insufficienza degli interventi attivati.

A fronte di un così pericoloso precedente, l'Amministrazione proponeva appello al Consiglio di Stato, il quale sospendeva in sede cautelare l'efficacia della sentenza impugnata (2).

Nelle more della decisione l'istituto scolastico, ottemperando alla decisione assunta dal giudice di prime cure, aveva tuttavia provveduto a rinnovare lo scrutinio annullato dal TAR, riconvocando il consiglio di classe e adottando un nuovo provvedimento di non ammissione diversamente motivato, nuovamente impugnato dagli interessati dinanzi al medesimo TAR.

Tale secondo giudizio veniva definito con la sentenza n. 1891/2008, qui pubblicata, con la quale il Tribunale, mutando il proprio precedente orientamento, respingeva il ricorso, in ragione della rilevata "inutilità di eventuali corsi di recupero, a cagione della «presenza di insufficienze diffuse, tali da non permettere di pronosticare un esito positivo alle attività di recupero», prognosi suffragata inoltre anche dalla constatazione che detti corsi ... si sono rivelati improduttivi".

1. I termini della questione

La decisione con cui il TAR piemontese si è pronunciato sul secondo ricorso proposto dai genitori dello studente non ammesso alla classe successiva si segnala in particolare per l'agile e puntuale ricostruzione dei principi normativi in materia di giudizio di valutazione scolastica, in conformità con consolidati indirizzi giurisprudenziali.

Per meglio apprezzare il relativo *iter* logico, è opportuno prendere le mosse dalle censure mosse dai ricorrenti, articolate in sei motivi di ricorso.

Con il primo motivo di gravame si deduceva sotto diversi profili la violazione del giudicato derivante dalla sentenza emessa dal collegio piemontese sul precedente ricorso, mentre le dedotte illegittimità della valutazione adottata dal consiglio di classe con riferimento all'attività di recupero ed all'attribuzione dei voti costituivano oggetto di ulteriori motivi di doglianza.

(2) Cons. Stato, ord. n. 5033/2008: "Ritenuto che, allo stato, ad una prima e sommaria deliberazione, tipica di questa fase, il complessivo andamento dell'anno scolastico impedisce di prevedere agevolmente un esito della vertenza favorevole alla parte interessata (tenuto conto delle numerose insufficienze riscontrate in varie materie caratterizzanti o meno l'indirizzo d'istituto), il che impone l'accoglimento dell'istanza cautelare, con riforma dell'impugnata sentenza breve".

2. La decisione del Tar e la ricostruzione del relativo panorama normativo e giurisprudenziale sotteso

La sentenza presenta rilevanti profili di interesse in relazione alla corretta applicazione dell'ordinanza ministeriale n. 92/2007, oltre che alla rilevanza della discrezionalità tecnica insita nelle valutazioni espresse dal consiglio di classe in sede di scrutinio scolastico, insindacabili dal giudice amministrativo se non per profili di evidente illogicità e contraddittorietà.

Traendo spunto dal primo motivo di ricorso (violazione di precedente giudicato), il collegio dipana l'*iter* argomentativo lungo il quale articola l'intera decisione.

Segnatamente il giudice, richiamandosi ad una risalente giurisprudenza, ha ritenuto legittimo l'operato dell'istituto scolastico, il quale, ottemperando alla sentenza di annullamento, ha provveduto al riesame della posizione dello studente, riconvocando appositamente il consiglio di classe. Una diversa soluzione si sarebbe tradotta in una violazione della disposizione di cui all'art. 6, commi 5 e 3 dell'O.M. n. 92/2007 (3), in quanto l'istituto scolastico, in ipotesi di accoglimento della tesi dei ricorrenti, avrebbe dovuto ammettere lo studente ai corsi di recupero estivi, nonostante le cinque insufficienze ostative in tal senso.

In parallelo il collegio coglie l'occasione per ribadire, in linea con la giurisprudenza maggioritaria (4), che la valutazione adottata dal consiglio di classe in sede di scrutinio finale costituisce espressione di attività valutativa discrezionale non sindacabile dal giudice amministrativo se non esclusivamente sotto

(3) L'art. 6 dell'O.M. n. 92/2007 rubricato "Scrutinio Finale" ai commi 3 e 5 espressamente prevede: "Per gli studenti che in sede di scrutinio finale, presentino uno o più discipline valutazioni insufficienti, il consiglio di classe, sulla base dei criteri predeterminati stabiliti, procede ad una valutazione della possibilità dell'alunno di raggiungere gli obiettivi formativi e di contenuto propri delle discipline interessate entro il termine dell'anno scolastico, mediante lo studio personale svolto autonomamente o attraverso la frequenza di appositi interventi di recupero. Si procede invece al giudizio finale nei confronti degli studenti per i quali il consiglio di classe abbia espresso una valutazione positiva, anche a seguito degli interventi di recupero seguiti, nonché nei confronti degli studenti che presentino insufficienze tali da comportare un immediato giudizio di non promozione".

(4) Non è superfluo richiamare la decisione del Consiglio di Stato del 14/1/2004 n. 68 a tenore della quale "la valutazione degli studenti da parte del consiglio di classe costituisce l'espressione di un giudizio sulla loro preparazione, frutto di un apprezzamento discrezionale di carattere tecnico didattico non sindacabile se non sotto il profilo della illogicità o contraddittorietà", nonché la giurisprudenza di alcuni tribunali amministrativi concordi nel ritenere che "l'esito dello scrutinio finale relativo alla promozione di un alunno e la valutazione del grado di insufficienza della preparazione raggiunta nelle materie oggetto del corso, nonché la compatibilità di questa con le possibilità di recupero dell'alunno, costituiscono espressione di un giudizio di merito – quale esercizio di discrezionalità tecnica – che spetta unicamente al consiglio di classe, non censurabile in sede di legittimità innanzi al giudice amministrativo se non in presenza di evidenti illogicità".

i profili della illogicità manifesta e della palese contraddittorietà (5).

Entrando poi, nel vivo della questione, il giudice richiama la normativa vigente per effetto della quale, conformemente a quanto previsto dal citato art. 6 comma 3 dell'O.M. del 5/11/2007 n. 92, i Consigli di classe hanno il potere – dovere di valutare l'avvenuto raggiungimento da parte degli alunni degli obiettivi formativi entro la fine dell'anno scolastico, mediante lo studio personale svolto autonomamente o attraverso la frequenza di appositi interventi di recupero, dovendosi in caso contrario rinviare il giudizio finale, a norma del comma successivo; ciò che non toglie, peraltro, che, per gli studenti che abbiano riportato insufficienze tali da escludere la possibilità di recupero, ciò si traduca, ai sensi del 5° comma, in un immediato giudizio di non promozione.

A tal proposito il collegio ha cura di sottolineare che il numero e la tipologia delle insufficienze che determinano la non ammissione alla classe successiva sono definite ed adottate dal collegio docenti all'inizio dell'anno scolastico.

Nel caso di specie l'istituto scolastico ha stabilito che non sarebbero stati ammessi alla classe successiva gli studenti che avessero riportato quattro insufficienze, ovvero tre insufficienze gravi.

Lo studente interessato, oltre ad un pessimo *curriculum* scolastico connotato da due pregresse bocciature, all'esito dell'anno scolastico riportava ben sette insufficienze, ridotte poi benevolmente a cinque dal medesimo consiglio di classe, di cui tre conseguite nelle materie di indirizzo. A ciò si aggiunga il giudizio negativo espresso dagli insegnanti in sede di scrutinio finale, tradottosi in una previsione sfavorevole in ordine alle concrete possibilità che l'alunno potesse colmare le proprie lacune e frequentare utilmente il successivo anno scolastico.

In queste condizioni il collegio ha ritenuto l'operato del Consiglio di classe corretto non solo in sede di scrutinio finale perché conseguente “*alla cogente normativa di settore*” (6), ma anche in sede di riesame, in ottempe-

(5) Segnatamente il giudice adito osserva che: “*la valutazione delle prove d'esame costituisce attività che è tipica manifestazione di discrezionalità tecnica (T.A.R. Campania-Napoli, sez. VI, 16 aprile 2007, n. 3680) che non è sindacabile se non sotto il profilo di macroscopici errori e vizi estrinseci (T.A.R. Molise, 19 luglio 2006, n. 610) o in presenza di evidenti illogicità (T.A.R. Lombardia -Milano, sez. VI, 18 gennaio 2006, n. 102) o contraddittorietà (Consiglio di Stato, sez. VI, 14.1.2004, n. 68) e rispetto alla quale, quindi, non essendo consentito al Giudice amministrativo di sostituirsi all'organo amministrativo valutatore, il suindicato giudizio è ammesso «solo nei ristretti limiti dell'illogicità e della contraddittorietà manifeste in quanto, diversamente opinando, il tribunale indebitamente finirebbe per invadere l'area dell'insindacabile merito valutativo riservata al succitato organo tecnico».* (T.A.R. Toscana, sez. I, 16 novembre 2005, n. 6223; in terminis T.A.R. Toscana, sez. I, 24.5.2007, n. 797)”.

(6) Osserva il collegio: “*Reputato, pertanto, corretto l'operato del Consiglio di classe là dove ha formulato il giudizio di non ammissione del giovane Marconi alla classe successiva in applicazione dei criteri di non promozione prestabiliti nella citata riunione del Collegio dei docenti, in forza dei commi 3 e 5 dell'art. 6 dell'O.M. n. 92/2007 e considerato altresì che il provvedimento oltre ad enunciare i giudizi e i voti - con apprezzamento espressivo di discrezionalità tecnica insindacabile se non per i pro-*

ranza alla precedente pronuncia dello stesso giudice.

In merito, infatti, il TAR adito non ha rilevato alcuna violazione del precedente giudicato in contrasto con la decisione assunta dal medesimo qualche settimana prima: nella precedente occasione, infatti, non era dato rinvenire alcun riferimento in merito alle modalità che il Consiglio di classe avrebbe dovuto seguire nel rinnovare lo scrutinio, e ciò in quanto – come riportato in sentenza – *“ciò che rileva, ai fini dell’autotutela, promossa in sede cautelare, è che il nuovo giudizio si appalesi congruo, motivato e logico e mostri di fondarsi su tutti gli elementi di valutazione previsti”* (7).

Ed ecco farsi strada un nuovo principio giurisprudenziale riassumibile in questi termini: deve ritenersi pienamente legittimo l’operato del consiglio di classe che, in ottemperanza ad una pronuncia di annullamento del giudizio di non ammissione di uno studente alla classe successiva, abbia riesaminato il provvedimento assunto attraverso il riesame dei giudizi formulati nelle singole materie, posto che un nuovo scrutinio equivarrebbe ad un rinvio del giudizio non consentito per effetto dell’art. 6, commi 3 e 5 dell’O.M. n. 92/2007 (8).

3. Quale incidenza ha la mancata attivazione o la non ammissione ai corsi di recupero nel giudizio di non ammissione alla classe successiva, ammesso che vi sia un obbligo delle istituzioni scolastiche ad attivare le relative attività?

Altro aspetto degno di nota e di non secondaria importanza, ad avviso di chi scrive, attiene all’incidenza o meno dell’attivazione e frequenza dei corsi

fili, nella specie insussistenti, dell’evidente illogicità e contraddittorietà – ha anche illustrato, con un giudizio ugualmente di puro merito del pari insindacabile, che le insufficienze del Marconi sono diffuse e «tali da non permettere di pronosticare un esito positivo alle attività di recupero», convincimento fondato anche sulla considerazione dell’improduttività in cui è esitata l’attività di recupero parzialmente effettuata dal ricorrente: «visti gli esiti di quelli svolti in itinere a gennaio».

(7) La difesa erariale aveva rilevato che il giudice nel disporre l’annullamento del provvedimento impugnato aveva ommesso di definire gli obblighi di comportamento a cui l’Amministrazione avrebbe dovuto conformarsi nell’adozione del nuovo provvedimento. Dall’omessa indicazione – se può realmente ritenersi tale – la controparte ha tratto spunto per sostenere l’illegittimità del nuovo provvedimento assunto dal consiglio di classe perché elusivo del precedente giudicato. Ciò che è doveroso rammentare in questa sede, passato sotto banco, ma evidenziato dall’Avvocatura dello Stato, è che l’efficacia del precedente giudicato deve limitarsi alla verifica della correttezza formale dello scrutinio, non potendo estendersi alla valutazione di merito riservata, in quanto tale e per pacifica giurisprudenza, al consiglio di classe, il quale, nel rinnovare le operazioni, è pienamente libero di confermare il precedente orientamento, ancorché sulla base di valutazioni in parte riformulate, purché debitamente ed adeguatamente motivate.

(8) *“... (omissis) ... non potendosi quindi sostenere che l’Amministrazione avrebbe dovuto sottoporre a nuovo scrutinio lo studente, in quanto ciò sarebbe equivalso ad un rinvio del giudizio non consentito - a causa delle ben cinque insufficienze riportate dallo studente - dal combinato disposto dei commi 3 e 5 dell’art. 6 dell’O.M. n. 92/2007 in relazione ai «criteri preventivamente stabiliti» (art. 6, comma 3, O.M. n. 92/2007 cit.) assunti dall’Istituto in via generale nella deliberazione del Collegio dei docenti per l’A.S. 2007/2008 del 27/11/2007.”*

di recupero da parte dello studente sul giudizio finale di non ammissione alla classe successiva.

In merito si rendono opportune alcune considerazioni, quanto mai necessarie a fronte dell'apparente inconciliabilità fra quanto sostenuto dal TAR Piemonte nella sentenza n. 1766/2008 e quanto successivamente statuito dal medesimo Tribunale nella decisione in commento.

Nella prima, infatti, il giudice aveva ritenuto fondato il ricorso dello studente bocciato sulla base della mancata predisposizione degli interventi di recupero in relazione ad alcune materie, nonché in ragione della mancata ammissione del ricorrente alle attività di recupero attivate nei confronti di altri studenti.

In realtà, entrambe le sentenze, nonostante la loro inconciliabilità di fondo, costituiscono valida occasione per mettere in luce alcuni aspetti della normativa del settore.

Nell'ottica di assicurare il diritto allo studio, l'art. 2, 6° comma, della più volte citata O.M. n. 92/2007 prevede espressamente a carico delle istituzioni scolastiche lo specifico obbligo di attivare gli interventi di recupero volti a sostenere gli studenti in difficoltà onde prevenire l'eventuale insuccesso scolastico.

Tuttavia il diritto allo studio, al pari di altri diritti, è condizionato dall'attuazione che il legislatore stesso ne dà mediante il bilanciamento dell'interesse tutelato con altri interessi parimenti rilevanti, fra i quali si annovera la disponibilità delle risorse organizzative e finanziarie.

A conferma di ciò, la stessa disposizione ha cura di precisare che alla competenza dei singoli istituti scolastici spetta il compito di *“provvedere alla determinazione del numero degli interventi e della consistenza oraria da assegnare a ciascuno di essi”* avendo peraltro cura di commisurare i suddetti interventi *“in modo coerente rispetto al numero degli studenti ed alla diversa natura dei relativi fabbisogni, nonché all'articolazione dei moduli prescelti ed alla disponibilità delle risorse”*.

Alla luce del suseposto dettato normativo si evince, pertanto, che la scuola, se vincolata alla predisposizione degli interventi di recupero, resta pienamente libera di determinarne contenuti e modalità tali da assicurare all'utenza lo svolgimento di un adeguato programma.

Ma la citata O.M. non lascia nulla al caso avendo cura di individuare specificamente i fruitori delle suddette attività di recupero: *“gli studenti che riportano voti di insufficienza negli scrutini intermedi e coloro per i quali i consigli di classe deliberino di sospendere il giudizio di ammissione alla classe successiva negli scrutini finali”* (9).

La ricorrenza dei presupposti normativamente tipizzati è comunque ri-

(9) 5° comma dell'art. 2 dell'O.M. n. 92/2007.

messa all'apprezzamento discrezionale del consiglio di classe che, in considerazione dei giudizi insufficienti riportati nelle singole materie unitamente ad un giudizio prognostico di esito positivo sulle capacità di recupero, riterrà opportuno inserire i singoli studenti fra i destinatari dei corsi, proprio in ragione delle loro concrete possibilità di colmare le carenze accumulate, posto che *“il diritto allo studio è tutelato dall'ordinamento come possibilità concreta per i discenti di acquisire cognizioni ed abilità, e non già come un mero passaggio da una classe scolastica a quella successiva a prescindere dall'effettivo incremento della preparazione, e ciò nell'interesse sia del discente stesso, sia nell'evidente interesse pubblico alla formazione culturale e professionale dei cittadini”* (10).

Coerentemente altro Tribunale amministrativo (11) osserva che *“sul giudizio finale di non ammissione dello studente alla classe superiore non possono in alcun modo incidere l'incompleta, carente o addirittura omessa attivazione dei corsi di recupero da parte della scuola, tenuto conto che il giudizio di non ammissione si fonda sull'insufficiente rendimento scolastico e quindi sull'insufficiente preparazione e maturazione per accedere alla successiva e più impegnativa fase degli studi”*.

*Dott.ssa Emanuela Pazzano**

Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, Sezione Seconda, sentenza 12 settembre 2008 n. 1891 - Pres. Bianchi - Est. Graziano - Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca (Avv. dello Stato M. Prinziavalli - AL 4742/08) c/ R.M. e C.S. n.q. di legali rappresentanti esercenti la patria potestà del minore A.M. (Avv. S. Guerrizio).

(...Omissis)

Ravvisato il carattere manifesto di uno dei requisiti e presupposti che a norma dell'art. 26, comma 4 della legge n. 1034/71, introdotto dalla legge n. 205/2000, consentono d'ufficio al Collegio, in sede di decisione dell'incidente cautelare, di definire il giudizio nel merito, con sentenza succintamente motivata, sulla sola base dell'accertata completezza e integrità del contraddittorio, anche senza che sia dato avviso alle parti di siffatta possibilità, come invece è necessario per la definizione in via immediata del giudizio a norma dell'art. 21, comma 9 della citata legge T.A.R. (T.A.R. Piemonte, Sez. I, 5.7.2008, n. 1487; Sez. I, 9.9.2008, n. 1888); Constatato che a seguito della Sentenza della Sezione n. 1766 del 26.7.2008 l'Istituto scolastico intimato ha proceduto al riesame in via di autotutela del provvedimento di non ammissione dello studente alla classe successiva, in linea con quanto il Consiglio di Stato ha già ritenuto legittimo, addirittura in una fattispecie di riconvocazione della commissione degli

(10) T.A.R. Sicilia - Catania ordinanza n. 1871/2001.

(11) T.A.R. Puglia - Bari decisione n. 6504/2004.

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

esami di maturità a seguito di un giudicato cautelare, statuendo che “ciò che rileva, ai fini dell'autotutela, promossa in sede cautelare, è che il nuovo giudizio si appalesi congruo, motivato e logico e mostri di fondarsi su tutti gli elementi di valutazione previsti” (Consiglio Stato, Sez. VI, 23 febbraio 1999, n. 195) non potendosi quindi sostenere che l'Amministrazione avrebbe dovuto sottoporre a nuovo scrutinio lo studente, in quanto ciò sarebbe equivalso ad un rinvio del giudizio non consentito – a causa delle ben cinque insufficienze riportate dallo studente - dal combinato disposto dei commi 5 e 3 dell'art. 6 dell'O.M. 5.11.2007, n. 92 in relazione ai “criteri preventivamente stabiliti” (art. 6, comma 3, O.M. 5.11.2007 cit.) assunti dall'Istituto in via generale nella deliberazione del Collegio dei docenti per l'A.S. 2007/2008 del 27.11.2007 (doc. 9 produz. Avv. Stato);

rammentato, in punto di diritto, che la valutazione delle prove d'esame costituisce attività che è tipica manifestazione di discrezionalità tecnica (T.A.R. Campania - Napoli, sez. VI, 16 aprile 2007, n. 3680) che non è sindacabile se non sotto il profilo di macroscopici errori e vizi estrinseci (T.A.R. Molise, 19 luglio 2006, n. 610) o in presenza di evidenti illogicità (T.A.R. Lombardia - Milano, Sez. III, 18 gennaio 2006, n. 102) o contraddittorietà (Consiglio di Stato, Sez. VI, 14.1.2004, n. 68) e rispetto alla quale quindi, non essendo consentito al Giudice amministrativo di sostituirsi all'organo amministrativo valutatore, il sindacato giudiziale è ammesso “solo nei ristretti limiti dell'illogicità e della contraddittorietà manifeste in quanto, diversamente opinando, il tribunale indebitamente finirebbe per invadere l'area dell'insindacabile merito valutativo riservata al succitato organo tecnico”. (T.A.R. Toscana, Sez. I, 16 novembre 2005, n. 6223; in terminis, T.A.R. Toscana, I, 24.5.2007, n. 797);

considerato, conseguentemente, che il riesame del provvedimento compiuto dal Consiglio di Classe del Liceo Scientifico Statale intimato nella riunione del 12.8.2008, riesame che - ripetesi - è l'unico obbligo che poteva predicarsi gravare sull'Istituto in adempimento della Sentenza n. 1766/2008 della Sezione, appare immune dai profili di evidente illogicità o contraddittorietà nei cui ristretti limiti, come sopra ricordato, la giurisprudenza unanime, condivisa dalla Sezione, consente il sindacato del Giudice amministrativo, essendo, al contrario, il provvedimento impugnato, congruamente motivato atteso che è dato ricostruire con precisione l'*iter* logico seguito, in quanto dal verbale censurato emerge che:

1) i “singoli docenti relazionano sui risultati conseguiti dall'alunno e formulano la proposta di voto secondo i criteri di valutazione deliberati dal Collegio dei Docenti del 25.10.2005”, proposta di voto che, tra l'altro, viene “debitamente motivata con apposita scheda”costituente “parte integrante del presente verbale” (verbale del 12.8.2008, pag. 1 – doc. 1 Avvocatura di Stato) dovendosi pertanto escludere in modo assoluto profili di carenza di motivazione nei giudizi e nello stesso voto alfanumerico, dal momento che la predetta scheda riporta giudizi analitici, per ciascuna materia, riferiti ai parametri dell'impegno, dell'attenzione e partecipazione, del progresso nel corso dell'anno e del profitto, espressi in termini di “adeguato/inadeguato” (impegno), “situazione peggiorata, situazione invariata, situazione migliorata (progresso nel corso dell'anno), “scarsa/discontinua/costante(attenzione e partecipazione), “insufficiente/insufficiente/sufficiente/discreto/buono/ottimo” (profitto). Traspare, dunque, dal giudizio per ciascuna materia espresso in riferimento ai singoli predetti parametri, un quadro motivatorio completo ed adeguato, dal quale poi scaturisce, sempre per ciascuna materia, l'espressione alfanumerica di un voto, che a parere del Collegio si profila coerente con il relativo giudizio (ad es., relativamente alla materia “filosofia”, il voto di cinque è la risultante dei giudizi di inadeguato impegno, scarsa attenzione e partecipazione, situazione peggiorata quanto al parametro del progresso nel corso dell'anno, insufficiente quanto al parametro del

profitto; relativamente alla materia “fisica” assolutamente caratterizzante un Liceo Scientifico, il voto di cinque è la risultante di insufficiente impegno, discontinua partecipazione e attenzione, situazione peggiorata quanto al parametro del progresso nel corso dell’anno, insufficiente profitto);

2) in base ai criteri di promozione prestabiliti in via generale e astratta, in ossequio all’art. 6, comma 3 dell’O.M. n. 92/2007, il Collegio dei docenti, in persona del Presidente, ha ricordato che sarebbero stati dichiarati non promossi gli alunni che avessero riportato quattro insufficienze o tre di cui due gravi e che solo in casi eccezionali e motivati gli studenti in questione potranno essere ammessi se avranno evidenziato sforzi per colmare le lacune della preparazione e se, malgrado la mediocrità del profitto posseggano sufficienti capacità critiche ed espressive; indicazioni che appaiono al Collegio assolvere gli obblighi di motivazione, di trasparenza e di buon andamento dell’azione amministrativa;

3) a pag. 2 del verbale in analisi vengono poi riportati i voti alfanumerici risultanti dalla tabella prima analizzata, dalla quale risultano cinque insufficienze, ancorché lievi, tra l’alto in materie importanti (latino, fisica, filosofia, scienze e disegno) delle quali una addirittura caratterizzante il percorso di studi scientifici (fisica). Non solo, ma in matematica e storia il Consiglio di classe ha elevato il relativo voto, portandolo da un voto medio di 5,5 e 5,8 alla sufficienza piena;

4) indi nel verbale gravato vengono anche riportati i giudizi sinotticamente enunciati nella tabella allegata e prima scandagliata, i quali condensano la motivazione di non ammissione (Impegno inadeguato in quasi tutte le discipline; attenzione e partecipazione scarse e discontinue in quasi tutte le discipline; insufficienze di disegno e scienze relative al I° quadrimestre, non recuperate; peggioramento significativo nell’ultimo periodo dell’anno; carenza di risultati positivi in una situazione di ripetenza; assenza di risultati positivi anche in occasione della frequenza di corsi di recupero in latino: risulta, cioè, che l’alunno è stato ammesso ad attività di recupero in latino, svolte mediante corsi attivati il 10,15,16 3 e 17 gennaio 2008 e riuscite improduttive), il tutto evidenziando, a parere della Sezione, un quadro motivazionale assolutamente adeguato, congruo e dettagliato;

ricordato che la determinazione di non ammissione di cui al censurato verbale del Consiglio di classe consegue necessariamente alla cogenza della normativa di settore, ove si consideri che l’O.M. 5.11.2007 n. 92, la quale, al pari di tutte le ordinanze ministeriali in materia scolastica ha, per giurisprudenza pacifica, natura regolamentare, cioè fonte di diritto, all’art. 6, comma 3 attribuisce al Consiglio di classe il potere – dovere di prestabilire in via generale ed astratta, dei criteri in base ai quali, per gli studenti riportanti in sede di scrutinio finale valutazioni insufficienti in una o più discipline, valutare la “possibilità dell’alunno di raggiungere gli obiettivi formativi (...) entro il termine dell’anno scolastico, mediante lo studio personale svolto autonomamente o attraverso la frequenza di appositi interventi di recupero”, all’uopo rinviandosi, in siffatte, ipotesi, il giudizio finale (art. 6, comma 4, O.M. cit.), statuendo, peraltro, il comma 5 dell’art. 6 in analisi, che “si procede, invece, al giudizio finale (...) nei confronti degli studenti che presentino insufficienze tali da comportare un immediato giudizio di non promozione”. Orbene, in forza della delineata potestà di autoregolamentazione – che muove nel segno dell’autonomia didattica che il nuovo quadro ordinamentale ha viepiù riconosciuto alle Istituzioni scolastiche - attribuita alle scuole dal combinato disposto dei commi 3 e 5 dell’art. 6 dell’O.M. n. 92/57 il Liceo Scientifico Cavalieri, nella riunione del Collegio dei Docenti del 27.11.2007 ha stabilito che l’alunno che avesse riportato quattro insufficienze, o tre di cui due gravi anche in assenza di debiti non colmati, non potesse essere promosso (v. Criteri di non promozione, pagg. 3-4 verbale Collegio Docenti del 27.11.2007 di cui a Doc.

9, produz. Avvocatura Stato);

reputato, pertanto, corretto l'operato del Consiglio di Classe là dove ha formulato il giudizio di non ammissione del giovane M. alla classe successiva in applicazione dei Criteri di non promozione prestabiliti nella citata riunione del Collegio dei docenti, in forza dei commi 3 e 5 dell'art. 6 dell'O.M. n. 92/2007, e considerato altresì che il provvedimento (punto 7), oltre ad enunciare i giudizi e i voti - con un apprezzamento espressivo di discrezionalità tecnica insindacabile se non per i profili, nella specie insussistenti, dell'evidente illogicità e contraddittorietà - ha anche illustrato, con un giudizio ugualmente di puro merito del pari insindacabile, che le insufficienze del M. sono diffuse e "tali da non permettere di pronosticare un esito positivo alle attività di recupero", convincimento fondato anche sulla considerazione dell'improduttività in cui è esitata l'attività di recupero parzialmente effettuata per il ricorrente: "visti gli esiti di quelli svolti in itinere a gennaio" (va sottolineato che dal rapporto del Dirigente scolastico del 29.8.2008, versato in atti, emerge che "i corsi di scienze e disegno non sono stati attivati per la Classe 3A per nessuno degli allievi a causa di problemi di ordine finanziario");

ribadito che l'Istituto non aveva l'obbligo di rinviare il giudizio sul ricorrente ai sensi del comma 4 dell'art. 6, O.M. n. 92/2007, atteso che lo studente aveva riportato ben cinque insufficienze e che in applicazione dei ricordati Criteri di non promozione di cui alla deliberazione del Collegio Docenti del 27.11.2007 assunta in forza della potestà sopra delineata riconosciuta dall'art. 6, comma 3 dell'O.M. n. 92/2007, il conseguimento di sole 4 insufficienze - o tre di cui due gravi - comporta la non ammissione dello studente alla classe successiva;

evidenziato ancora che alla riedizione, rectius, rinvio dello scrutinio del Marconi ai sensi dell'art. 6, comma 4 O.M. cit. richiesto dalla difesa nell'atto introduttivo, oltre che nella diffida all'Istituto, o-stava il disposto di cui al successivo comma 5 del medesimo art. 6 più volte citato, là dove dispone che "si procede INVECE (cioè, invece che al rinvio del giudizio, n.d.s.) al GIUDIZIO FINALE (...) nei confronti degli studenti che presentino insufficienze tali da comportare un immediato giudizio di non promozione", conseguendone che avendo il Marconi riportato ben 5 insufficienze, anche in esito al riesame approfondito del giudizio effettuato dal Consiglio di classe col provvedimento gravato in ottemperanza alla sentenza precedente della Sezione, l'alunno de quo andava sottoposto "al giudizio finale" in forza del riportato comma 5, poiché in applicazione dei più volte ricordati Criteri di non promozione, rivenienti fonte e legittimazione della potestà commessa ai Consigli di classe dall'art. 6, comma 3 O.M. cit., non poteva essere promosso alla successiva classe;

reputato pertanto insussistente e non predicabile il lamentato vizio di violazione del giudicato di cui alla precedente sentenza della Sezione, alla quale l'Istituto ha a parere del Collegio correttamente prestato esecuzione riesaminando approfonditamente e compiutamente il suo precedente giudizio;

rammentato che questo Tribunale, tra l'altro, ha già giudicato "legittimo il giudizio di non promozione - basato su di un apprezzamento discrezionale di carattere tecnico-didattico, sindacabile solo per illogicità o contraddittorietà - di un allievo di liceo scientifico che abbia riportato insufficienze in numerose materie" (T.A.R. Piemonte, Sez. I, 1 settembre 2006, n. 3185) e segnalato che anche altra giurisprudenza, nell'esprimere il medesimo avviso ha sancito, con riguardo a caso similare a quello all'esame, la legittimità del giudizio di non promozione di uno studente in presenza di cinque insufficienze, affermando che "la mancata ammissione di uno studente alla classe superiore trova ragionevole ed esaustiva giustificazione nelle cinque insufficienze da lui riportate (...) e nella obiettiva impossibilità di un recupero

nell'anno successivo a quello di scrutinio, in ragione delle carenze nella preparazione complessiva riscontrate dal Consiglio di classe". (T.A.R. Puglia - Bari, Sez. I, 16.9.2004, n. 3998); ritenuto che si appalesa infondato anche il III, esteso motivo di ricorso, con il quale parte ricorrente ripropone in questo giudizio le censure già svolte in occasione del ricorso n. 973/2008, di violazione di vari articoli dell'O.M. n. 92/2007 e dell'O.M. n. 90/2001, nonché di norme di legge, in relazione alla mancata effettuazione nei confronti dell'alunno M., di iniziative e corsi di recupero scolastico, carenza che gli avrebbe impedito di porre rimedio alla sua lacunosa formazione. La cennata ritenuta infondatezza origina in primis dall'osservazione, più sopra riportata, contenuta al punto 7 del verbale del 12.8.2008, là dove il Consiglio di classe dà conto, secondo un apprezzamento prettamente discrezionale scevro di illogicità e contraddittorietà e come tale sottratto al sindacato di questo Giudice, dell'inutilità di eventuali ulteriori corsi di recupero, a cagione della "presenza di insufficienze diffuse, tali da non permettere di pronosticare un esito positivo alle attività di recupero", prognosi suffragata inoltre anche dalla constatazione che detti corsi (cui in parte il M. è stato ammesso) si sono rivelati improduttivi: "visti gli esiti di quelli svolti in itinere a gennaio"(relativamente al latino, nei giorni 10,15,16,17 gennaio). Infondatezza poi dichiarabile, in punto di diritto, sulle orme di pacifica giurisprudenza, che, vigente già l'O.M. 21.5.2001, n. 90 che all'art. 13 contemplava già l'adozione di iniziative di recupero, ha autorevolmente statuito anche di recente che "sulla legittimità del giudizio finale espresso in sede di valutazione per l'ammissione alla classe successiva non possono in alcun modo incidere - per giurisprudenza consolidata - la mancata attivazione nel corso dell'anno scolastico delle iniziative di sostegno concretatesi in appositi corsi di recupero (...) che non sono di per sé sufficienti a giustificare o a modificare l'esito negativo delle prove di esame ed atteso che il giudizio di non ammissione di un alunno alla classe superiore si basa esclusivamente sulla constatazione sia dell'insufficiente preparazione dello studente, sia dell'incompleta maturazione professionale, ritenute necessarie per accedere alla successiva fase di studi". (Consiglio di Stato, Sez. VI, 20.10.2005, n. 5914; in termini, T.A.R. Lombardia - Milano, Sez. III, 18.1.2006, n. 102; T.A.R. Toscana, Sez. I, 15.10.2001, n. 1479);

ritenuta del pari destituita di fondamento la censura di eccesso di potere per disparità di trattamento dedotta con il VI motivo di ricorso, posto che tale doglianza non può trovare ingresso in materia di non ammissione di alunni alla classe successiva, secondo pacifica giurisprudenza condivisa dal Collegio: "in quanto si verte in materia di valutazione della complessiva personalità del soggetto e, quindi, qualunque raffronto - avvenendo fra situazioni non omogenee, anche se i voti fossero uguali - non può assumere alcun valore dimostrativo della eventuale disparità, potendo essere diversa la risposta di due soggetti all'impegno scolastico" (T.A.R. Sardegna, 15 luglio 2002, n. 882), affermandosi anche che "al giudice amministrativo non è consentito, se non in caso di manifesta e palese illogicità, valutare la disparità di trattamento nel giudizio attribuito ad uno studente rispetto ad altri compagni di classe, poiché ciò implicherebbe la sostituzione del giudice all'amministrazione scolastica nella valutazione del rendimento e del profitto degli alunni" (T.A.R. Lombardia - Milano, Sez. IV, 3 febbraio 2006, n. 178);

reputati pertanto insussistenti i vizi di violazione di legge, elusione del giudicato, violazione degli art. 2 e 5 della O.M. n. 92/2007, eccesso di potere per ingiustizia manifesta, irragionevolezza, contraddittorietà, assoluta carenza di motivazione, erroneità istruttoria e difetto dei presupposti e gli altri di cui a tutti i motivi di ricorso da intendersi, come sopra avvertito, richiamati in toto in questa sede;

opinato, pertanto, che i provvedimenti in questa sede impugnati si appalesano legittimi poiché

immuni dai lamentati vizi di violazione di legge - in riferimento alle varie norme invocate nei diversi motivi di gravame - eccesso di potere nelle figure sintomatiche tutte sviluppate nell'atto introduttivo e, in specie, relativamente alla lamentata insufficienza e assoluta carenza di motivazione, contraddittorietà, disparità di trattamento, difetto di istruttoria, sviamento, illogicità; ritenuto, per tutte le ragioni sinora illustrate, che il ricorso si profila manifestamente infondato e che va pertanto respinto, ravvisando, peraltro, il Collegio eque ragioni per disporre la compensazione delle spese di lite tra le costituite parti;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Piemonte, Seconda Sezione, definitivamente pronunciandosi sul ricorso in epigrafe, lo Respinge.

La revoca delle misure di prevenzione di natura patrimoniale

Questioni insolute e nuove problematiche

(Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, Sezione Staccata di Reggio Calabria, sentenza 28 gennaio 2009 n. 81)

Il procedimento inerente la revoca delle misure di prevenzione di natura patrimoniale continua a prestarsi per l'approfondimento di taluni aspetti di ordine processuale e di diritto sostanziale. Ed infatti, un nodo non ancora sciolto attiene alla esatta individuazione dell'Amministrazione tenuta a partecipare al relativo giudizio; mentre nuove problematiche si affacciano dalla riconosciuta possibilità di revoca della confisca definitiva, giusto sentenza della S.C. n. 57/2007.

Si spiega, pertanto, come le due diverse controversie giudiziali intentate, di recente, rispettivamente, dinanzi al Tribunale civile ed al Tar di Reggio Calabria, con rituale notifica presso gli Uffici dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Reggio Calabria, siano motivo per soffermarsi ulteriormente.

**** *** ****

Il giudizio pendente dinanzi al Tribunale Ordinario di Reggio Calabria. La legittimazione passiva dello Stato nei giudizi di approvazione del conto di gestione a seguito della revoca delle misure di prevenzione di natura patrimoniale.

Con atto di citazione notificato in data 10.06.2008 il Ministero dell'Economia e delle Finanze è stato convenuto in giudizio dinanzi al Tribunale di Reggio Calabria perché fosse pronunciata nei suoi confronti la condanna al pagamento degli interessi legali che sarebbero "... maturati sulla complessiva somma di euro 555.746,20, anticipata per il pagamento delle spettanze dei custodi-amministratori e dei loro coadiutori e poi restituita in virtù della sentenza del 02.05.2003, interessi che vanno calcolati dalla data del distacco delle singole somme (componenti la maggior somma pari ad euro 555.746,20) dalla disponibilità di essi attori, avvenuto a partire dal 3 marzo 1997, fino alla emissione della sentenza del 02.05.2003, con a quale ne fu disposta la restituzione e fino all'integrale e concreto pagamento; per l'effetto condannarla, a favore dei signori M. e B. al pagamento di euro 59.968,70 quali interessi che vanno calcolati dalla data del distacco delle singole somme (componenti la somma pari euro 555.746,20) rispettivamente separate per la gestione del patrimonio sottoposto a vincolo ablativo, a partire dal 3 marzo

1997, sino alla sentenza del 02.05.2003, per come si evince dal prospetto analitico allegato (doc. 10) e sino all'integrale pagamento...".

Al riguardo, chiariscono gli attori che "Con sentenza del 02.05.2003, depositata il 09.10.2003, divenuta definitiva in data 25.2.2004 8, il Tribunale di Reggio Calabria, sezione Misure di Prevenzione, dispose la restituzione delle somme anticipate dal signor M. R. che vennero, pertanto, poste a carico dello Stato... Tuttavia, nel procedimento di prevenzione a carico degli odierni attori non fu mai sancito alcunché in senso alla corresponsione degli interessi legali maturati dalle suddette somme dalla data del rispettivo loro distacco dalla disponibilità dei coniugi, fino alla emissione della sentenza del 2.9.2003, con la quale ne fu disposta la restituzione".

A corredo della esposizione dei fatti del giudizio gli attori spiegano che, prima di intraprendere il giudizio in oggetto, il Tribunale di Reggio Calabria, Sezione Misure di Prevenzione, adito dagli istanti, con decreto n.02/05 del 25.03.2005, ha dichiarato inammissibile l'istanza tesa a conseguire il pagamento degli interessi legali in oggetto, giacché detta richiesta si sarebbe dovuto formulare in concomitanza alla richiesta di rendimento del conto.

Provvedimento quest'ultimo confermato dalla Corte d'appello, giusto decreto n. 07/07 del 17.01.2007, e dalla Suprema Corte che, con sentenza n. 2558/07 del 21.06.2007, nel rigettare il ricorso in cassazione, ha affermato che *"rilevato che il procedimento relativo al giudizio di rendiconto disciplinato dal regolamento adottato con decreto interministeriale 1.2.1991, n. 293, in attuazione dell'art. 7 d.l. n. 230/1989, convertito in l. n. 282/1989, e devoluto alla cognizione del collegio del giudice delegato alla procedura ed, in caso di contestazioni, del collegio competente per le misure di prevenzione, si esaurisce con l'approvazione del conto o con la pronuncia della sentenza conseguente alla istruzione della causa di cui al comma 6 del citato art. 5 e dell'eventuale fase dell'impugnazione, per cui, una volta – come nella specie – definito tale procedimento, viene a cessare la competenza del giudice della prevenzione ed ogni pretesa ulteriore creditoria non può che essere azionata secondo le ordinarie procedure del giudizio civile"*.

La controversia in oggetto che, evidentemente, si rivela interessante anche per quanto attiene la possibilità che si possano esperire ulteriori azioni successivamente al procedimento di approvazione del rendiconto, consente di porre in discussione la consueta prassi giudiziaria per la quale il Ministero dell'Economia e delle Finanze è considerato contraddittore naturale in ordine ai procedimenti di revoca delle misure di prevenzione di natura patrimoniale, ovvero in ordine ai procedimenti di revoca del sequestro patrimoniale, di revoca della confisca non definitiva e di revoca della confisca definitiva.

Si ritiene cioè che il soggetto legittimato a partecipare all'approvazione del conto della gestione ed alla conseguente definitiva imputazione delle spese al patrimonio del proposto o all'erario, sia il predetto Ministero finan-

ziario, il quale in tal modo garantirebbe con il suo intervento l'integrità del contraddittorio necessaria affinché si possa procedere ai siffatti incumbenti.

Del resto, in tal senso, si è registrata una presa di posizione dell'Avvocatura dello Stato che ha avuto modo di sostenere che l'Amministrazione a cui imputare le spese della procedura di prevenzione fosse quella finanziaria. Si fa riferimento ad un precedente del Tribunale di Reggio Calabria del 2002, nel quale procedimento la locale Avvocatura Distrettuale dello Stato si è costituita in giudizio spiegando le opportune difese per il Ministero dell'Economia e delle Finanze e sollevando, nel contempo, il difetto di legittimazione passiva dell'Agenzia del Demanio e dell'Agenzia delle Entrate.

E' anche vero, tuttavia, che si conta un altro precedente con riferimento al quale l'Avvocatura erariale ha formulato ricorso per cassazione incidentale e condizionato, avverso una decisione del Tribunale di Milano, riproponendo, dinanzi ai giudici di legittimità, il difetto di legittimazione passiva, già eccepito nella precedente fase di merito, sul rilievo che il Ministero della Giustizia non risponderebbe degli atti del Tribunale imputabili allo Stato persona e che il Ministero delle Finanze non avrebbe titolo ad essere evocato in giudizio in relazione a beni non acquisiti allo Stato per effetto della confisca.

In mancanza della indicazione dell'Amministrazione che doveva considerarsi legittimata in luogo dei predetti dicasteri, ai sensi dell'art. 4 della legge 25.3.1958 n. 260, il relativo ricorso sul punto è stato rigettato (Cass. Civile, sezione I, 26 giugno 2001, n. 8697).

La S.C. ha, al riguardo, precisato che il limite introdotto dalla disposizione di cui all'art. 4 della legge n. 260/1958, in virtù del quale l'errore di identificazione della persona alla quale l'atto introduttivo del giudizio e ogni altro atto si doveva notificare (e che deve essere eccepito dall'Avvocatura dello Stato nella prima udienza, con la contemporanea indicazione della persona a cui notificare l'atto), opera non solo con riguardo alla ipotesi di erronea "*vocatio in ius*" in luogo del Ministero titolare, di altra persona preposta ad un ufficio della stessa, ma anche con riferimento all'ipotesi di "*vocatio in ius*" di un Ministero diverso da quello effettivamente competente in relazione alla materia dedotto in giudizio.

Ciò posto, considerato che correttamente si è proceduto a rilevare, nel primo dei casi citati, il difetto di legittimazione passiva delle Agenzie fiscali, secondo il modesto avviso di chi scrive, da una più attenta disamina della normativa in materia, soggetto legittimato passivamente in sede giudiziale nei giudizi di cui trattasi è l'Amministrazione della Giustizia.

Al riguardo, l'art. 2-*octies* della legge 31.5.1965 n. 575 al primo comma stabilisce che "*le spese necessarie o utili per la conservazione e l'amministrazione dei beni sono sostenute dall'amministratore mediante prelevamento delle somme da lui riscosse a qualunque titolo*"; mentre al secondo comma la citata norma prevede che, nell'ipotesi in cui dalla gestione dei beni seque-

strati non siano ricavabili somme sufficienti per il pagamento delle spese di cui al primo comma, le somme occorrenti “sono anticipate dallo Stato, con diritto al recupero nei confronti del titolare del bene in caso di revoca del sequestro”; il terzo comma, infine, statuisce che “... le somme per il pagamento del compenso all’amministratore, per il rimborso delle spese da lui sostenute per i suoi coadiutori e quelle di cui al comma 4 dell’articolo 2-septies sono inserite nel conto della gestione; qualora le disponibilità del predetto conto non siano sufficienti per provvedere al pagamento delle anzidette spese, le somme correnti sono anticipate, in tutto o in parte, dallo Stato, senza diritto a recupero. Se il sequestro è revocato, le somme suddette sono poste a carico dello Stato”.

Dal che discende che le spese necessarie o utili per la conservazione dei beni rimangono sempre imputabili al patrimonio dei prevenuti, ed, al contrario, quelle relative al compenso dell’amministratore e dei suoi coadiutori sono inserite nel conto di gestione e che qualora il predetto conto non abbia sufficiente disponibilità provvede lo Stato senza diritto di recupero o, altrimenti, sono poste definitivamente a carico dello Stato se il sequestro è revocato.

In merito, è proprio la Suprema Corte di Cassazione, con la già citata sentenza n. 8697/2001, a chiarire che “... coerentemente alla operata individuazione di una doppia categoria di spese – (a) necessarie per la conservazione e l’amministrazione dei beni; (b) per il pagamento del compenso all’amministratore – il legislatore ha approntato una doppia disciplina, rispettivamente, nei commi primo e secondo (per le spese sub a) e nel comma terzo dell’art. 2 octies l. 575-1965 (per quelle sub b).

Disciplina così diversificata, dunque, in funzione della finalità degli esborsi (e non della pretesa consecuzione o meno della eventuale revoca del sequestro ad una precedente confisca del bene!, in applicazione, per le spese sub a), del principio che i costi di gestione e conservazione del bene sequestrato seguono il bene stesso e, con esso, il suo titolare (trattandosi di costi che sarebbero comunque su di lui gravanti anche se il bene non fosse uscito dalla sua sfera di disponibilità); ed in applicazione, per le somme sub b), del parallelo principio, di pari portata generale, che le spese giudiziali (e tali sono quelle per compenso all’ausiliario giudiziario, in quanto inserite all’interno del procedimento giurisdizionale di applicazione della misura di sicurezza) debbono essere imputate secondo i criteri della soccombenza e della causalità.

Con la conseguenza che dette ultime spese (per compenso all’amministratore, in caso di revoca del sequestro, non possono far carico al titolare del bene, che è andato esente da ogni responsabilità anche in ordine alla causazione della procedura, e debbono essere allora poste a carico dello Stato, come appunto dispone il riferito comma terzo (2° alinea) della norma in esame”.

Ne deriva, alla stregua di quanto appena detto, che il diverso orientamento, in precedenza affermato, per il quale soggetto legittimato a sostenere le spese della procedura sia il Ministero finanziario, non sembra rivelarsi pertinente, considerato che l'Amministrazione in questione non è parte nella procedura di applicazione delle misure di prevenzione (né lo diviene allorché la confisca passi ingiudicato, subentrando in tal caso la competenza dell'Agenzia del Demanio).

Parimenti, non sembra possibile sostenere nemmeno l'opposta interpretazione per la quale tanto il Ministero dell'Economia e delle Finanze che quello della Giustizia siano carenti di legittimazione in sede processuale, così come affermato nel precedente richiamato.

Ed infatti, fermo quanto già argomentato per il primo dei due Ministeri, la individuazione dell'Amministrazione della Giustizia, quale organo competente ai fini della liquidazione dei compensi che ci occupano, si giustifica nella considerazione che gli amministratori giudiziari ed i loro coadiutori assumo, nella circostanza, la veste di ausiliari del Giudice competente (delegato) alla procedura; pertanto, il pagamento dei compensi agli amministratori ed ai coadiutori non può non essere ricollegato alla più generale previsione del rimborso dei compensi spettanti agli ausiliari dei giudici.

Il che consente anche di poter dare il giusto rilievo alla circolare del 29.11.1995 n. 307 con la quale il Ministero delle Finanze ha chiarito, alla luce del nuovo impianto normativo dettato dal decreto legge 14.06.1989 n. 230 convertito, con modificazioni, nella legge 04.08.1989 n. 282, che la competenza a liquidare i compensi citati va differenziata a secondo se si tratti di sequestro, di confisca non definitiva o di confisca definitiva.

Tale decreto contempla, tra l'altro, per quanto qui di interesse, quanto segue:

- i beni confiscati ai sensi della citata legge n. 575/1965 sono devoluti allo Stato e la competenza dell'Amministrazione delle Finanze a gestire i beni in parola inizia dalla comunicazione alla Intendenza di Finanza competente, da parte delle Cancellerie dei Tribunali, delle Corti d'Appello e della Corte di Cassazione, della definitività del provvedimento di confisca;

- la gestione dei beni confiscati viene continuata dall'amministratore, nominato a suo tempo dal Tribunale, sotto la direzione dell'Intendente di Finanza o di altro funzionario dal medesimo delegato sino all'esaurimento delle operazioni di liquidazione ovvero sino a quando non sia stata data attuazione al decreto del Ministero delle Finanze con il quale viene disposta la destinazione dei beni immobili e dei beni costituiti in azienda;

- al rimborso ed all'anticipazione delle spese sostenute dall'amministratore per la gestione dei beni, nonché alla liquidazione dei compensi spettanti all'amministratore ed ai suoi coadiutori, che non trovino copertura nelle risorse della gestione, provvede l'Intendente di finanza, a tal fine avvalendosi

di apposite aperture di credito disposte a suo favore sui fondi dello specifico capitolo istituito nello stato di previsione della spesa del Ministero delle Finanze.

Secondo la predetta circolare tutta la fase del sequestro, poiché non determina alcuna devoluzione dei beni allo Stato, si svolge presso l'Autorità giudiziaria e, pertanto, sarà quest'ultima a liquidare i compensi dovuti agli amministratori.

Per quanto concerne la fase della confisca non definitiva deve distinguersi tra la confisca intervenuta prima dell'entrata in vigore del D.L. 14-6-1989 n. 230 convertito in legge 4.8.1982 n. 282, e la confisca non definitiva adottata dopo l'entrata in vigore di detta normativa.

Nel primo caso, poiché la confisca è considerata immediatamente esecutiva e gli amministratori operano - ai sensi dell'art. 7, comma 5, della stessa normativa - sotto la direzione dell'Intendente di finanza (ora il Responsabile o il Titolare degli Uffici delle locali Agenzie fiscali), il provvedimento di liquidazione dei compensi è rimesso alla diretta competenza dell'ex Intendenza di Finanza.

Viceversa, nella rimanente ipotesi di confisca non definitiva, adottata dopo l'entrata in vigore della su menzionata legge, giacché la misura patrimoniale non è più considerata immediatamente esecutiva, la liquidazione dei compensi in parola, contrariamente alle prime ipotesi, è attribuita all'Autorità giudiziaria.

Riguardo, infine, agli atti di confisca definitiva, che risultano consolidati sotto l'egida della normativa del 1989, la liquidazione dei compensi spetta, dal momento della sua istituzione, all'Agenzia del Demanio, che all'uopo attinge da appositi capitoli dello stato di previsione della spesa.

Coerentemente alla *ratio* del quadro normativo su riportato e del contenuto della circolare testè citata, è parere dello scrivente, che anche per le fattispecie che derivino dall'accoglimento delle istanze di revoca della confisca definitiva, nei limiti in cui si discuta sulla imputazione delle spese per i compensi pagati agli amministratori ed alle ulteriori spese della medesima natura, deve ritenersi competente l'Amministrazione della Giustizia.

E ciò per quelle stesse ragioni opportunamente messe in evidenza dalla Corte di cassazione secondo le quali “... *dette ultime spese (per compenso all'amministratore, in caso di revoca del sequestro, non possono far carico al titolare del bene, che è andato esente da ogni responsabilità anche in ordine alla causazione della procedura, e debbono essere allora poste a carico dello Stato, come appunto dispone il riferito comma terzo (2° linea) della norma in esame*”.

In altri termini, dall'asserito principio affermato dalla S.C., è possibile evincere che: (a) nei casi di revoca delle misure di prevenzione patrimoniale, le spese per i compensi dovuti all'amministratore non debbono gravare sugli

interessati, non avendo questi dato causa alle misure di prevenzione di cui si tratta; e (b) che, poiché l'applicazione di siffatte misure interviene nell'ambito del procedimento giurisdizionale con riferimento al quale l'Amministrazione statale non risulta evocata (gli interessi pubblici sono rappresentati dagli Uffici della Procura della Repubblica presso i Tribunali o dalle Procure Generali presso le Corti d'Appello), le spese in oggetto non possono che configurarsi come spese di giustizia.

Per altro, il T.U. delle Spese di Giustizia di cui al D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115, prevede all'art. 1 che *“Le norme del presente testo unico disciplinano le voci e le procedure di spesa dei processi: il pagamento da parte dell'erario, il pagamento da parte dei privati, l'annotazione e la riscossione. Disciplinano, inoltre, il patrocinio a spese dello Stato, la riscossione delle spese di mantenimento, delle pene pecuniarie; delle sanzioni amministrative pecuniarie e delle sanzioni pecuniarie processuali”*.

Il successivo articolo 2 specifica, poi, il campo di applicazione, prevedendo che *“Le norme del presente testo unico si applicano al processo penale, civile, amministrativo, contabile e tributario, con l'eccezione di quelle espressamente riferite dal presente testo unico ad uno o più processi...”*

Il quadro normativo regolato dal citato T.U. è, quindi, compatibile con l'interpretazione per la quale le spese inerenti i compensi degli amministratori del patrimonio oggetto delle misure di prevenzione di natura patrimoniale, poi revocate, siano da imputarsi all'Amministrazione della giustizia.

** *** **

Il giudizio pendente dinanzi al Tar di Reggio Calabria. Le conseguenze relative alla revoca della confisca definitiva: disamina e commento alla sentenza del Tar Reggio Calabria n. 81 del 11 febbraio 2009.

SOMMARIO: 1. La sentenza della S.C. a Sezione unite n. 57/2007 (c.d. sentenza Auddino) sulla applicabilità della revoca alla misura di prevenzione di natura patrimoniale della confisca; 2. La sentenza n. 81/2009 del Tar di Reggio Calabria sull'obbligo riparatore della perdita patrimoniale; 3. La determinazione dell'Amministrazione ai fini della restituzione del bene ed il giudice al quale appartiene la cognizione in merito; 4. Analogie con l'art. 43 del T.U. dpr 8 giugno 201 n. 327; 5. L'incidenza della sussistenza di condizioni oggettive che non consentono la restituzione del bene nella sua originaria consistenza; I limiti dei poteri conferiti al G.A. quale giudice dell'ottemperanza del giudicato civile; 6. La proponibilità della ulteriore domanda risarcitoria dinanzi al giudice amministrativo in sede di ottemperanza.

1. La sentenza della S.C. a Sezione unite n. 57/2007 (c.d. sentenza Auddino) sulla applicabilità della revoca alla misura di prevenzione di natura patrimoniale della confisca

La S.C., a Sezioni unite, con sentenza n. 57 dell'8.1.2007, chiamata a risolvere il perdurante contrasto in merito alla questione se la misura della confisca di cui all'art. 2 *ter*, terzo comma, della legge 31 maggio 1965, n. 575, fosse revocabile alla stregua del procedimento previsto dall'art. 7, secondo comma, della legge 27.12.1956 n. 1423 (ed al pari delle misure personali di prevenzione), ne ha definitivamente sancito l'applicabilità, connotando l'istituto, al pari del rimedio della revisione, con finalità riparatoria rispetto ad un errore giudiziario.

In particolare, con la citata sentenza la S.C. ha chiarito che l'istituto della revoca di cui all'art. 7, secondo comma, della legge 27.12.1956 n. 1423, si rivela strutturalmente incompatibile con la confisca, quale revoca *ex nunc* (essendo la revoca *ex nunc* ipotizzabile soltanto per le misure di prevenzione di cui è costante l'esecuzione al momento in cui viene avanzata la relativa richiesta), e, viceversa, pienamente compatibile con la predetta misura, quale rimedio da adottarsi in termini di revisione e, quindi, con effetti *ex tunc*, in contemplazione di una invalidità genetica del provvedimento.

Con la pronuncia in esame, quindi, la Corte di legittimità, nel naturale bilanciamento tra le esigenze di certezza giuridica derivante dalla pretesa irreversibilità della ablazione e la funzione di revisione del provvedimento sanzionatorio viziato fin dall'inizio, ha salvaguardato il preminente principio dell'obbligo riparatore prefigurato dall'art. 24 della Costituzione e circoscritto l'efficacia delle norme previste in materia di revidibilità di giudicato ex artt. 630 e s.s. del codice di procedura penale al campo delle prove, condizionando la possibilità di promuovere l'istanza di revoca della confisca ai casi di: a) prove nuove sopravvenute (e tali sono anche quelle non valutate nemmeno implicitamente); b) inconciliabilità di provvedimenti giudiziari; c) di procedimento di prevenzione fondato su atti falsi o su un altro reato.

L'avversa tesi, pur sostenuta in giurisprudenza (ed in dottrina), secondo la quale la revoca della confisca definitiva si poneva in contrasto con il principio della irreversibilità degli esiti conseguenti alla disposta misura, in considerazione degli effetti istantanei e non permanenti (*uno acto perficitur*) della decisione che la conteneva, al pari di una sorta di espropriazione per pubblico interesse, dove il pubblico interesse è identificato nella generale finalità di prevenzione penale (1), viene superata dal Supremo Collegio con l'obiezione

(1) E' appena il caso di ricordare che, ai sensi dell'art. 2 *novies* della legge 31-5-1965 n. 575, una volta intervenuta la confisca definitiva, l'immobile confiscato viene acquisto definitivamente al patri-

che l'irreversibilità dell'ablazione non esclude la possibilità di una restituzione, per determinazione discrezionale della Pubblica amministrazione, e, quanto meno, provoca l'insorgenza di un obbligo riparatore della perdita patrimoniale.

2. La sentenza n. 81/2009 del TAR di Reggio Calabria sull'obbligo riparatore della perdita patrimoniale

Per ciò che riguarda gli effetti restitutori, il punto nodale della recente sentenza n. 57/07 sembra proprio essere la previsione della restituzione del bene, per determinazione discrezionale dell'Amministrazione, ovvero l'insorgenza, in alternativa, dell'obbligo riparatore.

Con la sentenza n. 81 dell'11.02.2009 il TAR di Reggio Calabria, in veste di Giudice dell'ottemperanza, ha accolto il ricorso con il quale il ricorrente ha chiesto, stante l'inefficacia delle rituali diffide, l'esecuzione del decreto penale di revoca della confisca definitiva passato in giudicato, oltre al risarcimento del danno.

Il predetto Tribunale, in relazione alle domande proposte dall'interessato, e previo rigetto delle eccezioni sollevate dalla Difesa erariale, così statuiva:

"... P.Q.M. Il Tribunale Amministrativo per la Calabria, sezione staccata di Reggio Calabria, pronunciando sul ricorso n. ... limitatamente alla domanda di esecuzione del giudicato, lo accoglie e per l'effetto dichiara l'obbligo del Ministero delle Finanze e dell'Agenzia del Demanio di Reggio Calabria, per quanto di ciascuna competenza, di adottare le determinazioni amministrative e contabili necessarie per corrispondere alla sig.ra la somma di Euro salva la facoltà di procedere a restituzione in natura del bene indicato nel decreto n. 16/01 del 13.1 - 18.5.2001 della Corte di Appello di Reggio Calabria - Sezione Misure di Prevenzione.

All'uopo assegna alle predette Amministrazioni il termine di giorni sessanta (60) dalla comunicazione o notificazione, anche a cura di parte, della presente sentenza, per ottemperare al giudicato.

Per il caso di inadempienza ulteriore, nomina Commissario ad acta perché provveda, entro ulteriori novanta (90) giorni dal termine predetto, al pagamento della somma sopra indicata, a spese delle Amministrazioni intimete. Liquida al verificatore Euro 2000,00.

Riserva alla trattazione in pubblica udienza la decisione in ordine alla domanda risarcitoria, previa regolarizzazione, ove necessario del ricorso ai

monio dello Stato e la successiva destinazione dei beni confiscati è effettuata con provvedimento del direttore centrale del demanio del Ministro delle finanze. Dopo la confisca anche l'amministratore di cui all'art. 2 sexies della legge citata svolge le proprie funzioni sotto il controllo del competente ufficio del Ministero delle finanze (le competenze prima affidate al Ministero sono ora dell'Agenzia del Demanio).

fini del versamento del contributo unificato, mandando alla segreteria per la verifica di tale adempimento da parte dei ricorrenti ...”.

Il Tribunale è giunto a siffatta decisione dopo aver proceduto alla preliminare disamina sull'ammissibilità del rimedio giurisdizionale azionato. La difesa erariale, invero, in sede di discussione e nel proprio atto di costituzione in giudizio, aveva eccepito il difetto di giurisdizione dell'adito TAR, quale giudice dell'ottemperanza, in relazione alla domanda con la quale il ricorrente ha chiesto, per l'appunto, la restituzione del bene in forza del predetto decreto penale di revoca di confisca.

Il Collegio ha ritenuto che tale azione potesse essere esperita nulla incidendo il fatto che oggetto dell'ottemperanza fosse il decreto del Giudice penale, definitorio di giudizio di opposizione di terzo alla confisca preventiva.

Scrivendo al riguardo il Collegio, *“Oltre all'argomento testuale desumibile dall'art. 37 l. tar - che ammette il rimedio dell'ottemperanza per l'adempimento dell'obbligo di conformarsi al “giudicato” dell'autorità giudiziaria ordinaria, senza limitare il rimedio alle sole sentenze -, depone in tal senso la qualificazione del decreto (di cui è incontestato il passaggio in giudicato) come provvedimento definitorio della controversia al pari della sentenza, sicché nessun dubbio può porsi sulla proponibilità del ricorso per ottemperanza davanti al giudice amministrativo per la sua esecuzione, al pari di quanto si ammette, ormai pacificamente, per i decreti ingiuntivi.*

Neppure può accedersi alla tesi, sostenuta dalla difesa erariale, secondo cui, venendo in rilievo posizioni di diritto soggettivo (in particolar modo la titolarità della proprietà del bene in questione), la controversia apparterrebbe alla giurisdizione del giudice ordinario.

Trattandosi, infatti, di giudizio per l'esecuzione del giudicato, la consistenza della posizione soggettiva è del tutto irrilevante, essendo la materia attribuita alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (v. art. 21 septies l. 241/90), dovendosi ammettere la g.e per le azioni di esecuzione del giudicato originate non solo da provvedimenti violativi o elusivi di questo (gli unici per cui la norma appena citata espressamente la prevede), ma anche da comportamenti inerti rispetto alle prescrizioni dell'autorità giudiziaria.

In altri termini, la considerazione dirimente che si agisce per l'esecuzione di una decisione passata in giudicato (poco importa se emessa nella forma di sentenza o decreto), vale ad escludere ogni rilievo della consistenza della posizione soggettiva fatta valere, ferma restando la eventuale giurisdizione concorrente del G.O. (come avviene in ipotesi di procedure esecutive proposte dinanzi a questo, ritenuti pacificamente ammissibili unitamente al giudizio di ottemperanza)”.

Ad avviso, quindi, del Giudicante, il Giudice amministrativo, in sede di ottemperanza, è pienamente legittimato a statuire in merito alla domanda di restituzione del bene oggetto di revoca di confisca definitiva.

3. La determinazione dell'Amministrazione ai fini della restituzione del bene ed il giudice al quale appartiene la cognizione in merito

L'assunto, in verità lascia perplessi, nonostante si sia a conoscenza che, secondo la giurisprudenza amministrativa, le sentenze di condanna dell'Amministrazione siano eseguibili tanto in sede ordinaria che amministrativa (vedi, ex plurimis, Consiglio Stato, sez. IV, 25 maggio 2005, n. 2670: *“Anche per le sentenze di condanna dell'amministrazione al pagamento di somme di danaro da parte del g.o., il soggetto può scegliere tra l'esecuzione forzata secondo le norme del codice di rito e l'esecuzione in sede amministrativa ex art. 27 n. 4 r.d. 26 giugno 1924 n. 1054*).

A parere di chi scrive, infatti, il TAR con la decisione in commento non ha statuito sul punto nodale della recente sentenza n. 57/07, poiché non ha statuito in ordine alla facoltà rimessa all'Amministrazione di decidere se restituire il bene o meno.

Sembrerebbe cioè che il Giudice adito, nel porre a carico dell'Amministrazione l'onere di adottare, nel termine di giorni 60, le determinazioni amministrative e contabili necessarie per corrispondere la somma all'uopo quantificata dal nominato verificatore, facendo salva la facoltà della P.A. di procedere a restituzione in natura del bene indicato, abbia sottovalutato la questione che più di ogni altro aspetto poteva giustificare il radicamento della sua giurisdizione: ossia l'obbligo dell'Amministrazione a determinarsi circa la restituzione del bene.

Del resto, l'equivoca assegnazione a cura del TAR del termine entro il quale l'Amministrazione è tenuta a provvedere al pagamento del controvalore, salva la restituzione del bene, maschera chiaramente il tentativo di ordinare in via principale alla P.A. di determinarsi sul punto, e contraddice l'assunto iniziale dello stesso Giudicante secondo il quale l'Amministrazione non ha l'obbligo della restituzione in natura.

Si ritiene, conseguentemente, che la giurisdizione del Giudice amministrativo possa sussistere - quale giudice dell'ottemperanza - nei limiti in cui occorra pregiudizialmente investire l'Amministrazione affinché comunichi le sue determinazioni in merito e ciò anche se si è del parere che sia onere dell'Amministrazione manifestare la volontà di non voler restituire il bene che risulti vincolato ad una specifica destinazione o debitamente modificato ed utilizzato.

4. Analogie con l'art. 43 del T.U. dpr 8 giugno 201 n. 327

La problematica, in realtà, risulta già disciplinata in materia di espropriazione, e precisamente dall'art. 43 del testo unico di cui al DPR 8 giugno 2001 n. 327. Norma questa che, per evidente ragioni di identità di ratio, può essere

presa a riferimento anche nella fattispecie in esame, non fosse altro per il fatto che è la stessa S.C. che, nel motivare la sentenza n. 57/07, assimila la confisca, come su detto, ad un espropriaione per pubblico interesse.

E' risaputo che in virtù della citata disposizione, con la quale si sono recepiti i principi provenienti della giurisprudenza comunitaria, ha cessato di avere efficacia nel nostro ordinamento l'istituto dell'occupazione acquisitiva (approvativa) e si è subordinata la possibilità di acquisire gli immobili utilizzati e modificati, in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo di pubblica utilità, per scopi di interesse pubblico, all'adozione di un espresso provvedimento discrezionale dell'ente espropriante.

Prevede la disposizione in argomento che l'Autorità che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, può disporre che esso vada acquisito al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario vadano risarciti i danni.

Prevede, ancora, la norma testè citata che l'atto di acquisizione può essere emanato anche quando sia stata esercitata una azione volta alla restituzione del bene utilizzato per scopi di interesse pubblico, ed in questo caso, l'Amministrazione che ne ha interesse o chi utilizza il bene può chiedere che il giudice amministrativo disponga la condanna al risarcimento del danno con esclusione della restituzione del bene senza limiti di tempo.

Sembra allora sostenibile ritenere che anche nella situazione venutasi a creare a seguito della revoca della confisca definitiva l'Amministrazione debba attivarsi per emettere una sorta di atto di acquisizione qualora non volesse restituire l'immobile.

Ora, mentre è indubbia la giurisdizione (esclusiva) del Giudice amministrativo per le controversie di cui all'art. 43 del su nominato T.U., almeno nei casi in cui l'azione risarcitoria è riconducibile all'esercizio del potere attribuito alla P.A. (2), non altrettanto può affermarsi, contrariamente alla decisione del Tar, con riferimento all'azione di restituzione derivante dalla revoca della confisca definitiva.

L'azione di restituzione del bene oggetto di revoca di confisca dovrebbe

(2) *“Rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di cui all'art. 53 del T.U. n. 327 del 2001 un'azione di risarcimento dei danni proposta dai proprietari di un'area occupata dalla P.A. nel periodo di vigenza della dichiarazione di pubblica utilità, allorchè la procedura ablatoria non abbia avuto la sua naturale conclusione mediante adozione di un tempestivo e valido decreto di esproprio; in tal caso, infatti, l'illecito costituito dalla radicale trasformazione del suolo occupato ai fini della realizzazione dell'opera pubblica appare comunque direttamente riconducibile all'esercizio da parte della P.A. dei poteri ad essa attribuiti dalla legge per la cura del pubblico interesse, risultando la vicenda sostanziale contrassegnata dal collegamento con l'esercizio, sia pure viziato, del potere amministrativo secondo le forme tipiche disegnate dall'ordinamento”* (Consiglio di Stato, Sez. IV - sentenza 26 febbraio 2009 n. 1136).

trovare la sua naturale sede di trattazione giudiziale dinanzi al Giudice civile e dovrebbe essere questo Giudice a dover provvedere tanto in ordine alla presa in possesso del bene, quanto in merito alla domanda che attiene all'obbligo riparatore, accertando e quantificando l'equivalente monetario.

I motivi addotti dal TAR, per i quali, a suo avviso, è possibile riconoscere la giurisdizione del G.A., si rivelano opinabili poiché non vi sono provvedimenti amministrativi da assumere nella dedotta circostanza, occorrendo piuttosto che l'interessato proceda in via esecutiva, immettendosi nel possesso dell'immobile con l'apposito istituto della esecuzione forzata.

Le *“determinazioni amministrative e contabili necessarie per corrispondere la somma di Euro complessivi ...”* quale controvalore dovuto a titolo riparatore, costituiscono incombenze solo eventuali, che non possono essere anteposte alla facoltà della P.A. di decidere sulla restituzione del bene e, comunque, seguono il relativo giudizio teso all'accertamento del valore da corrispondere per la causale.

Si ritiene, cioè, che per l'accertamento dell'obbligo riparatore, la sede naturale sia quella del processo civile ordinario, che già conosce degli aspetti indennitari che derivino dal perpetrato pregiudizio che subiscono talune situazioni giuridiche perfette in forza di attività legittimamente intraprese (non vi può essere dubbio alcuno che l'attività giurisdizionale posta in essere nell'ambito della procedura di applicazione della misura della patrimoniale abbia carattere legittimo).

Non di meno, risultava agli atti del procedimento dinanzi al Tar che l'Agenzia del Demanio, per motivi di opportunità, aveva intrapreso bonarie trattative nei confronti di controparte per giungere ad una soluzione transattiva, visto che la restante parte dell'edificio (a sei piani f.t.), dopo l'intervenuta confisca, era stato adibito a finalità di ordine pubblico (era stato adibito ad alloggio di servizio dei militari dell'Arma dei Carabinieri).

Rilevava, poi, l'Agenzia del Demanio che la restituzione dei due appartamenti che occupavano l'intero secondo piano f.t., di cui l'interessato chiedeva la restituzione, sebbene astrattamente praticabile, (gli immobili non erano stati – volutamente - utilizzati per tutto il tempo della pendenza della lite) non poteva, però, essere effettuata nella originaria consistenza, essendo stati eseguiti dei lavori per i quali erano state ricavate tre diverse unità.

5. L'incidenza della sussistenza di condizioni oggettive che non consentono la restituzione del bene nella sua originaria consistenza. I limiti dei poteri conferiti al G.A. in sede di ottemperanza di un giudicato civile.

Sebbene il TAR abbia dato atto della intervenuta modificazione della conformazione del bene, la pronuncia in commento lascia senza soluzione quanto rappresentato dall'Amministrazione in ordine alla possibilità di restituire l'im-

mobile nella sua originaria consistenza.

Non di meno, ci si chiede se sia possibile che, nell'ambito dei poteri conferiti al G.A. nel giudizio di ottemperanza, il giudicante possa statuire obblighi (come l'eventuale obbligo di riduzione in pristino stato), che non emergono dal contenuto del giudicato formatosi sul decreto penale con cui la competente Corte d'appello ha disposto la revoca della confisca definitiva (e niente di più).

E' stato già ben evidenziato, in un articolo a commento alla sentenza n. 997/03 del TAR Marche, come "il Giudice dell'ottemperanza, nello svolgimento della attività esecutiva ad esso demandata, non possa integrare la sentenza civile, entrando nel merito e ampliando il *dictum* del G.O., altrimenti sconfinerebbe in un campo di giurisdizione che non gli compete" (3).

Ed ancora è stato evidenziato che "il G.A. può adottare statuizioni analoghe a quelle che potrebbero emettersi in un nuovo giudizio di cognizione solo in relazione a questioni devolute alla sua giurisdizione, mentre non può esercitare analoghi poteri di integrazione allorché la sentenza della cui ottemperanza si tratta sia stata resa da un giudice appartenente ad un diverso ordine giurisdizionale e la questione rientri nella giurisdizione di quest'ultimo" (Cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 7 ottobre 1999, n. 1099).

E che "*Se il Giudice dell'ottemperanza, con la sua decisione e con la nomina del commissario ad acta, si attribuisse un potere dispositivo che non trova la sua causa nella precedente decisione di merito, oltre che incidere in concreto su rapporti affidati alla giurisdizione dell'AGO, avrebbe anche quale ulteriore conseguenza quella di attribuire efficacia di giudicato ad un provvedimento amministrativo del tutto nuovo, adottato con la più ampia discrezionalità, ed il cui esame sarebbe sottratto alla stessa giurisdizione amministrativa, non potendo di certo equipararsi il ricorso avverso i provvedimenti del commissario ad acta al normale controllo di legittimità spettante agli organi della giurisdizione amministrativa*" (Cass. Civ., Sez. Un., 15 luglio 1986, n. 4568) (4).

Per altro, nel momento in cui l'Amministrazione ha mostrato interesse per una soluzione negoziale (viste le trattative di bonario componimento) e tenuto, comunque, conto che il bene non era utilizzato dall'Amministrazione, la fase giudiziale relativa al preventivo accertamento della determinazione

(3) "*Il G.A. dell'ottemperanza, a fronte di statuizioni giudiziali precise e determinate ed alla natura di diritto soggettivo delle posizioni azionate, deve svolgere una attività esecutiva (alla quale non sono del tutto estranei e preclusi i poteri di sostituzione nel merito delle determinazioni, anche negoziali), senza possibilità d'integrare la sentenza civile e senza la facoltà di incidere sulla sfera di discrezionalità della Amministrazione pubblica*" (Tar Marche 19-09-2003 n.997).

(4) "*L'esecuzione del giudicato del giudice del lavoro innanzi al giudice amministrativo (Commento alla sentenza TAR Marche 19 settembre 2003 n. 997)*" di FRANCESCA ZARLETTI- *In Diritto & Diritti - Rivista giuridica elettronica*, pubblicata su Internet all'indirizzo <http://www.diritto.it>, ISSN 1127-8579, inserito in *Diritto & diritti* nel marzo 2004.

della P.A. che, come su riferito, poteva giustificare il radicamento della giurisdizione del TAR, non era da considerarsi dovuta, sicché, in ossequio ai generali criteri di riparto della giurisdizione, si rivela erronea, per carenza dei presupposti processuali, la pronuncia con la quale il Tribunale ha condannato, l'Amministrazione al pagamento del controvalore del bene. Qualora, infine, si accrediti la plausibile interpretazione per la quale l'effetto restitutorio discenda direttamente dal decreto di revoca della confisca passato in giudicato, l'assunto motivazionale, con il quale il TAR riconosce in favore della P.A. solo la facoltà di restituire il bene in natura, non pare cogliere nel segno.

In altri termini, l'ambito giudiziale pertinente alle pretese del ricorrente è sempre più corrispondente a quello processuale civile, potendo l'interessato, in questa sede, chiedere l'immissione in possesso nel bene nello stato di fatto e di diritto in cui si trova (5), ovvero ottenere, ai sensi dell'art. 2058 c.c. (6), il risarcimento del danno in forma specifica (la riduzione in pristino), facendo così sorgere in testa all'Amministrazione l'obbligo di ricostituire la situazione di fatto antecedente alla procurata lesione: sarebbe poi il giudicato formatosi su questa domanda a poter essere posto in esecuzione tramite il giudizio di ottemperanza. Salva l'azione diretta ad ottenere, in forza dell'art. 2931 c.c. (7), che l'obbligo della riduzione in pristino sia eseguito a spese dell'obbligato nelle forme stabilite dal codice di procedura civile.

6. La proponibilità della ulteriore domanda risarcitoria dinanzi al giudice amministrativo in sede di ottemperanza

Strutturalmente, si ribadisce, al giudice dell'ottemperanza è fatto divieto di adottare misure che in qualche modo integrano (o che addirittura innovano) il contenuto del giudicato con comandi in esso non rinvenibili (Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza dell'11.11.2006 n. 6819) (8).

(5) Si ricorda che ai sensi Art. 612, c.p.c.: [I] “Chi intende ottenere l'esecuzione forzata di una sentenza di condanna per violazione di un obbligo di fare o di non fare, dopo la notificazione del precepto, deve chiedere con ricorso al giudice dell'esecuzione. [II] Il giudice dell'esecuzione provvede sentita la parte obbligata. Nella sua ordinanza designa l'ufficiale giudiziario che deve procedere all'esecuzione e le persone che debbono provvedere al compimento dell'opera non eseguita o alla distruzione di quella compiuta”.

(6) Recita l'art. 2058, c.c., che disciplina il Risarcimento in forma specifica: [I] “Il danneggiato può chiedere la reintegrazione in forma specifica, qualora sia in tutto o in parte possibile. [II] Tuttavia il giudice può disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente, se la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore”.

(7) Secondo l'articolo 2931 c.c., rubricato “Esecuzione forzata degli obblighi di dare”: “Se non è adempiuto un obbligo di fare, l'avente diritto può ottenere che esso sia eseguito a spese dell'obbligato nelle forme stabilite dal codice di procedura civile”.

(8) “Il ricorso, per il capo in cui è rivolto a chiedere l'esecuzione, da parte del Ministero per i beni e le attività culturali, dell'obbligo di compiere tutti gli atti necessari alla reintegrazione della dott.ssa D. nelle mansioni corrispondenti alle sue professionalità e alla attribuzione di incarichi conformi alla sua

Coerentemente ai dettami giurisprudenziali su indicati, non è dato seguire come il TAR possa conoscere dei profili risarcitori che solo in via mediata si pongono in correlazione con il giudicato di cui si chiede l'ottemperanza. L'istituto dell'ottemperanza del giudicato civile, si rammenta, venne concepito, dapprima, come obbligo di annullare l'atto amministrativo che fosse stato disapplicato, in quanto non conforme a legge, dal giudice ordinario e, dopo qualche tempo, fu esteso, in via giurisprudenziale, anche alle decisioni di condanna al pagamento di somme di denaro.

Si rimane, pertanto, inevitabilmente perplessi sul contenuto del capo di sentenza con la quale il TAR si è riservato di assumere la decisione sulla domanda con la quale il ricorrente ha chiesto il risarcimento dei danni in considerazione alla mancata restituzione del bene.

*Avv. Roberto Antillo**

Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, Sezione Staccata di Reggio Calabria, sentenza 28 gennaio 2009 n. 81 - Pres. G. Caruso - Cons. D. Burzichelli - Ef. Estensore D. Zonno - Ministero Economia e Finanze e Agenzia del Demanio (avv. dello Stato R. Antillo - AL 4887/07) c/ M.C. M. (avv.ti S. Dattola e A. Gangemi).

(... *Omissis*)

FATTO e DIRITTO

Con ricorso del 18.12.1991 innanzi al Tribunale di Reggio Calabria, Sezione per le misure di Prevenzione, la sig.ra proponeva opposizione di terzo avverso il decreto di confisca di un fabbricato, del 20.12.1984, emesso a carico di L. D., allegando che, in virtù del contratto intercorso con la impresa costruttrice (riconducibile al proposto per la misura di prevenzione), ella aveva ceduto il terreno per la realizzazione dell'erigendo edificio, in cambio della proprietà di uno degli appartamenti da realizzarsi. Ne rivendicava, pertanto la proprietà, assumendo la sua totale estraneità alla procedura di prevenzione, non ricorrendo nei suoi confronti i presupposti per la confisca.

La Corte di Appello di Reggio Calabria - Sezione Misure di Prevenzione (investita della controversia su appello dell'Amministrazione), con decreto n. 16/01 del 13.1 - 18.5.2001, disponeva: "la revoca della confisca dell'appartamento sito alla seconda elevazione fuori terra, a

qualifica, oltre alla dotazione di tutte le basilari risorse umane e strumentali dell'ufficio, è inammissibile. Ed invero, il giudicato del quale si discute, conformemente, del resto, al petitum proposto innanzi al giudice del lavoro (quale si evince dalla motivazione della sentenza di quest'ultimo), si è limitato a sanzionare, attraverso la condanna al risarcimento del danno, l'inadempimento dell'Amministrazione all'obbligo contrattualmente assunto di adibire la dipendente a mansioni proprie della qualifica da essa rivestita, senza recare, invece, anche la condanna della medesima Amministrazione a rimuovere gli effetti del "demansionamento", affidando al lavoratore l'originario incarico ovvero un altro di contenuto equivalente" (per tale possibilità, cfr. Cass. Sez. Lav., n. 425 del 12 gennaio 2006).

(*) Avvocato dello Stato

destra dell'ingresso esteso mq. 175 circa e descritto planimetricamente nell'allegato 13 alla consulenza di parte redatta il 9.10.95 dal consulente di parte ing. Stefano De Luca, oltre al corrispondente posto macchina ed alla proprietà pro-quota delle parti condominiali, disponendo la consegna di tale bene alla legittima proprietaria C. M., vedova M., nata a Reggio Calabria il 4 dicembre 1910".

Il decreto della Corte non è stato impugnato ed è divenuto definitivo in data 28.7.2001.

Nonostante il passaggio in giudicato del suddetto provvedimento e nonostante le espresse richieste formulate dall'istante a mezzo di diffida e messa in mora del 28.2.2003 (all.6) ed a mezzo atto di diffida ad adempiere entro il termine di 30 giorni, del 28.3.2007 notificato il 13.4.2007, con espresso avvertimento di azione in sede giudiziaria per l'esecuzione, l'Amministrazione non ha inteso dare esecuzione al giudicato.

Nelle more l'Agenzia del Demanio, ha acquisito la gestione del bene e ne ha modificato la conformazione.

Ricorrono i sig.ri M., in qualità di procuratori della sig.ra C., per ottenere l'esecuzione del provvedimento sopra indicato, nonché per ottenere il risarcimento del danno derivante dalla protratta mancata disponibilità del bene in questione, la cui locazione avrebbe consentito un guadagno.

All'udienza del 28.1.09 la causa è stata trattenuta in decisione.

Va preliminarmente vagliata l'ammissibilità del rimedio giurisdizionale azionato, avendo la difesa erariale contestato, in sede di discussione e nel proprio atto di costituzione in giudizio, la possibilità di agire con giudizio di ottemperanza per ottenere l'esecuzione di un decreto della Corte di Appello di restituzione di un bene confiscato a seguito di applicazione di misura di prevenzione.

Il Collegio ritiene che possa esperirsi tale azione anche laddove la pronuncia per la cui ottemperanza si agisca sia rappresentata da decreto del Giudice penale, definitivo di giudizio di opposizione di terzo alla confisca preventiva.

Oltre all'argomento testuale desumibile dall'art. 37 l. tar - che ammette il rimedio dell'ottemperanza per l'adempimento dell'obbligo di conformarsi al "giudicato" dell'autorità giudiziaria ordinaria, senza limitare il rimedio alle sole sentenze -, depono in tal senso la qualificazione del decreto (di cui è incontestato il passaggio in giudicato) come provvedimento definitivo della controversia al pari della sentenza, sicchè nessun dubbio può porsi sulla proponibilità del ricorso per ottemperanza davanti al giudice amministrativo per la sua esecuzione, al pari di quanto si ammette, ormai pacificamente, per i decreti ingiuntivi.

Neppure può accedersi alla tesi, sostenuta dalla difesa erariale, secondo cui, venendo in rilievo posizioni di diritto soggettivo (in particolar modo la titolarità della proprietà del bene in questione), la controversia apparterrebbe alla giurisdizione del giudice ordinario.

Trattandosi, infatti, di giudizio per l'esecuzione del giudicato, la consistenza della posizione soggettiva è del tutto irrilevante, essendo la materia attribuita alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (v. art. 21 *septies* l. 241/90), dovendosi ammettere la g.e per le azioni di esecuzione del giudicato originate non solo da provvedimenti violativi o elusivi di questo (gli unici per cui la norma appena citata espressamente la prevede), ma anche da comportamenti inerti rispetto alle prescrizioni dell'autorità giudiziaria.

In altri termini, la considerazione dirimente che si agisce per l'esecuzione di una decisione passata in giudicato (poco importa se emessa nella forma di sentenza o decreto), vale ad escludere ogni rilievo della consistenza della posizione soggettiva fatta valere, ferma restando la eventuale giurisdizione concorrente del G.O. (come avviene in ipotesi di procedure esecutive

proposte dinanzi a questo, ritenuti pacificamente ammissibili unitamente al giudizio di ottemperanza).

Ciò posto il ricorso è nel merito fondato, sia pure nei limiti di seguito precisati.

I ricorrenti, in qualità di procuratori della destinataria del decreto di revoca della confisca del bene, ne hanno chiesto la restituzione, ovvero, ed in via subordinata, il pagamento dell'equivalente al valore venale del bene (v. dichiarazione a verbale di udienza dell'8.10.08).

Non può essere accolta la domanda di restituzione in natura, mentre nulla può essere opposto all'accoglimento della domanda subordinata.

Ostano all'accoglimento della domanda di restituzione i principi affermati dalla Suprema Corte e compiutamente espressi nella sentenza SU 57/06 (ricorrente Auddino).

La Corte, nell'esaminare e risolvere in senso positivo la questione relativa all'ammissibilità della revoca della confisca disposta in sede di misura di prevenzione (ipotesi del tutto identica a quella che ha dato origine alla pronuncia per la cui ottemperanza si agisce con il presente ricorso) ha puntualizzato in modo inequivoco che: "Dato dunque tale carattere istantaneo e non permanente (*uno actu perficitur*), la confisca si connota come irrevocabile, cosa sottolineata da autorevole dottrina anche sulla base della considerazione che la misura in questione rappresenta, in sostanza, una sorta di espropriazione per pubblico interesse, identificato, quest'ultimo, nella generale finalità di prevenzione penale.

Infatti, al provvedimento che la ordina consegue un trasferimento a titolo originario del bene sequestrato nel patrimonio dello Stato.

Con il che si pone un suggello finale a una situazione che deve ritenersi ormai "esaurita".

Se simili considerazioni appaiono in sé fuori discussione, sembra tuttavia che per una sorta di equivoco esse siano state trasposte senza distinzioni di sorta nella problematica riguardante la revoca della confisca accessoria a una misura personale di prevenzione, prevista dalla L. 27 dicembre 1956, n. 1423, art. 7, comma 2. Più in particolare è vero che l'irreversibile risultato ablatorio, conseguente alla definitività del provvedimento, rende anche la confisca in esame insensibile a successivi mutamenti della situazione che abbiano recato modificazioni alla pericolosità del soggetto inciso o che abbiano addirittura fatto cessare la sua pericolosità. Risultato questo già derivante dal carattere istantaneo e non permanente di ogni disposizione di confisca in quanto tale, ma nella specie rafforzato dalla natura di sanzione patrimoniale, riconosciuta alla nostra confisca, risposta a una acquisizione illecita di beni, situazione per sua natura insuscettiva di evoluzione (giurisprudenza costante, cfr. *ex plurimis* Cass. sez. 2^a, 28 marzo 1996, n. 1438 Olivieri).

Non è però egualmente vero che l'irreversibilità dell'ablazione impedisca di accertare, oggi per allora, e nello spazio non precluso dalla definitività del provvedimento, l'originaria insussistenza dei presupposti che hanno condotto alla sua emanazione."

Dunque, in base al principio di diritto affermato con la sentenza citata deve ritenersi che: è consentita nell'ordinamento la revoca della confisca disposta in sede di misure di prevenzione;

tuttavia, anche al verificarsi di tale evenienza, l'acquisto in capo al patrimonio dello Stato conseguente alla iniziale confisca (sia pure revocata con efficacia *ex tunc*, in seguito all'accertamento dell'originaria insussistenza dei presupposti che hanno condotto alla sua emanazione) resta immodificabile (si tratta cioè di "ablazione irreversibile");

"una volta riconosciuta l'invalidità del titolo, la ritenuta irreversibilità dell'ablazione non esclude la possibilità di una restituzione, per determinazione discrezionale della Pubblica Amministrazione, e, quanto meno, provoca l'insorgenza di un obbligo riparatorio della perdita

patrimoniale, priva di giustificazione sin dal momento in cui si è verificata.” (così SU cit.). Ne consegue che la restituzione in natura del bene afferisce alla sfera della discrezionalità dell’Amministrazione che può, pertanto, risolversi in tal senso, ma può legittimamente preferire la restituzione per equivalente, a titolo indennitario.

Escluso, pertanto, l’obbligo di restituzione in natura (e ferma la possibilità per l’amministrazione di optare per tale soluzione), non è ammissibile che la p.a. possa, con comportamenti dilatori quali quelli assunti in relazione alla vicenda portata all’attenzione del Collegio, sottrarsi a qualsivoglia esecuzione del decreto di revoca della confisca.

Stante, pertanto:

l’esistenza di una decisione passata in giudicato;

la regolare diffida *ex art.* 90 reg. proc.;

il perdurante inadempimento nell’esecuzione;

l’amministrazione intimata va condannata al pagamento di somma equivalente al bene da restituire.

In proposito il Collegio, per determinare esattamente tale valore, ha disposto apposita verifica, ordinando di stimare l’appartamento oggetto di controversia, senza tener conto delle opere, medio tempore, realizzate dall’amministrazione.

Il verificatore ha adempiuto con estrema precisione all’incarico affidato, eseguendo indagini che si segnalano per puntualità, approfondimento e attendibilità, avendo avuto cura di valutare il prezzo al mq di appartamenti posti in zone analoghe della città; di escutere operatori immobiliari; di esaminare l’epoca di costruzione dell’immobile e la sua collocazione nel territorio urbano, nonché il suo pregio in relazione agli esercizi commerciali - e non - da cui è servita la zona, ai mezzi di trasporto ed ad altri indici tutti di rilievo; effettuando in ultimo la valutazione anche con metodo analitico o per capitalizzazione dei redditi e calcolando, così, il valore medio al mq.

Il valore così ottenuto, pari ad Euro complessivi 237.722,84 esprime compiutamente il valore del bene all’attualità.

Al pagamento di tale somma va pertanto condannata l’amministrazione, salva la possibilità di restituire il bene in natura.

All’amministrazione va assegnato, per provvedere, in favore dei ricorrenti, quali procuratori della destinataria del provvedimento di revoca della confisca, il termine di giorni 60 (sessanta) dalla comunicazione, in via amministrativa (o dalla sua notificazione se anteriore), della presente decisione.

Al tempo stesso il Collegio nomina, quale Commissario ad acta, il geom. Sorbello, dir. trib. in quiescenza, al quale è stato in precedenza affidato l’incarico di verificatore e che si è distinto per la puntualità nell’adempimento e la cui nomina si rende opportuna perché già a conoscenza degli atti di causa.

Ove l’indicato termine di 60 (sessanta) giorni decorra infruttuosamente, dovrà provvedere a tutti gli adempimenti occorrenti per il pagamento della somma indicata nel successivo termine di 90 (novanta) giorni.

In particolare il Commissario è legittimato ad eseguire tutti gli atti e gli adempimenti necessari per dare concreto soddisfacimento al diritto di credito, salvo che l’amministrazione non si determini nell’assegnato termine di 60 giorni per la restituzione in natura del bene.

Resta esclusa dalla presente pronuncia ogni decisione in ordine all’ulteriore domanda risarcitoria determinata dal ritardo nella restituzione del bene.

La trattazione di tale specifica richiesta di condanna va riservata alla pubblica udienza da de-

terminarsi a seguito di decreto presidenziale su presentazione dell'istanza di fissazione udienza e previa regolarizzazione, ove necessario, del ricorso sotto il profilo fiscale, ai fini del contributo unificato.

Le spese della presente fase seguono la soccombenza. In dispositivo vengono altresì liquidate le spese di verifica.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo per la Calabria, sezione staccata di Reggio Calabria, pronunciando sul ricorso n. 837/07, limitatamente alla domanda di esecuzione del giudicato, lo accoglie e per l'effetto dichiara l'obbligo del Ministero delle Finanze e dell'Agenzia del Demanio di Reggio Calabria, per quanto di ciascuna competenza, di adottare le determinazioni amministrative e contabili necessarie per corrispondere alla sig.ra C. la somma di Euro complessivi 237.722,84, salva la facoltà di procedere a restituzione in natura del bene indicato nel decreto n. 16/01 del 13.1 - 18.5.2001 della Corte di Appello di Reggio Calabria - Sezione Misure di Prevenzione.

All'uopo assegna alle predette Amministrazioni il termine di giorni sessanta (60) dalla comunicazione o notificazione, anche a cura di parte, della presente sentenza, per ottemperare al giudicato.

Per il caso di inadempienza ulteriore, nomina Commissario ad acta, il geom. Sorbello Paolo, dir. trib. in quiescenza, perché provveda, entro ulteriori novanta (90) giorni dal termine predetto, al pagamento della somma sopra indicata, a spese delle Amministrazioni intimite.

Liquida al verificatore Euro 2000,00.

Liquida in complessivi Euro 2000,00 il compenso del Commissario ad *acta* e pone l'onere della relativa spesa a carico dell'Amministrazione intimata.

Riserva alla trattazione in pubblica udienza la decisione in ordine alla domanda risarcitoria, previa regolarizzazione, ove necessario del ricorso ai fini del versamento del contributo unificato, mandando alla segreteria per la verifica di tale adempimento da parte dei ricorrenti.

Condanna le amministrazioni resistenti al pagamento in solido, in favore della parte ricorrente, delle spese per la verifica, nonché di quelle di lite che liquida in euro 2000,00 per diritti ed onorari, oltre al rimborso del contributo unificato, IVA e CPA come per legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 28/01/2009.

Il carattere assoluto dell'insindacabilità degli atti politici

(Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia,
Bari, Sezione Terza, sentenza 18 maggio 2009, n. 1183)

SOMMARIO: 1.- La vicenda processuale. 2.- Sulla categoria degli atti politici: note distintive... 3.- ... e possibili forme di tutela. 4.- Considerazioni conclusive.

1. La vicenda processuale

La pronuncia in rassegna offre lo spunto per riflettere su taluni profili di indubbio rilievo indagando, tramite una motivazione efficace e pregnante, sull'*ubi consistam* dell'atto politico con argomentazioni difficilmente confutabili in linea di mero principio.

In particolare, la sezione terza del tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sede di Bari, è stata chiamata a valutare se un decreto del Presidente della Repubblica, emanato su proposta del Ministro dell'Interno, volto a ridefinire i collegi uninominali provinciali di Bari, risponda effettivamente ad una scelta legittima attuata dal ministro e dal Capo dello Stato nell'esercizio delle loro prerogative o non leda l'asserito interesse del Comune ricorrente a mantenere integro il proprio elettorato.

L'*iter* argomentativo che si snoda nell'intera pronuncia appare, già ad una prima lettura, chiaro ed incisivo, quasi non voglia lasciar campo a dubbi di ordine interpretativo.

A venire in rilievo è, invero, il carattere "politico" che connota l'atto impugnato (il Decreto del Presidente della Repubblica del 6 aprile 2009 recante "*Determinazione dei collegi uninominali provinciali della Provincia di Bari*"): il tribunale amministrativo subito precisa che esso rappresenta "*indiscutibilmente*" un atto politico ai sensi dell'art. 31 r.d. n. 1054/1924 (norma da ritenersi tuttora vigente).

Quindi, portandosi nel medesimo solco tracciato dalla giurisprudenza (Tar Lazio, Roma, sez. III, 16 novembre 2007, n. 11271; Tar Veneto, Venezia, sez. II, 5 marzo 2004, n. 527; Tar Abruzzo, L'Aquila, 07 ottobre 2003, n. 839; Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2001, n. 1397; Tar Puglia, Bari, sez. I, 19 dicembre 1998, n. 930), i giudici amministrativi pugliesi affermano che la "politicalità" (e la conseguenziale insindacabilità in sede giurisdizionale) di un atto debba desumersi dalla compresenza di tre elementi (cumulativi): 1) elemento soggettivo (dovendo provenire da un organo preposto all'indirizzo e alla direzione al massimo livello della cosa pubblica); 2) elemento oggettivo (dovendo inerire la costituzione, la salvaguardia e il funzionamento dei pubblici poteri

nella loro organica struttura e nella loro coordinata applicazione ed essendo espressione della funzione di direzione e indirizzo politico coinvolgendo i supremi interessi dello Stato e delle sue istituzioni fondamentali); 3) libertà nella scelta dei fini, svincolata, cioè, da obiettivi prefissati e lasciata alla determinazione sovrana, sottratta a qualsivoglia controllo che non sia del pari politico dell'autorità.

Ebbene, nella specie, discutendosi di un atto promanante da un organo preposto all'indirizzo e alla direzione al massimo livello della cosa pubblica (il Ministro dell'Interno quale soggetto proponente e il Presidente della Repubblica quale soggetto emanante) (1), concernente il funzionamento di un pubblico potere nella sua organica struttura (*id est*, elezione del Consiglio provinciale di Bari), per di più libero nella scelta dei fini (con l'unico limite segnato dall'osservanza dei parametri costituzionali), non si può non riconoscerne la natura squisitamente "politica".

Affinché un atto possa qualificarsi come "politico" *ex art.* 31 t.u.c.d.s. n. 1054/1924 – come tale sottratto a controllo giurisdizionale – non è sufficiente, infatti, che esso contenga una valutazione di ordine politico, essendo necessario altresì che costituisca espressione della fondamentale funzione di direzione e di indirizzo politico del Paese e coinvolga i supremi interessi dello Stato e delle sue istituzioni fondamentali.

Con riferimento, invece, alla prospettazione offerta dal Comune, il Tar Puglia - Bari esclude la sussistenza dei dedotti vizi di legittimità *sub specie* di violazione di legge, non avendo le censure sollevate dal medesimo ricorrente alcun fondato riscontro né legislativo (lo stesso cita delle mere circolari amministrative e semplici ordini del giorno parlamentari, privi della benché minima natura normativa vincolante) né costituzionale (2). Parimenti, data la natura "politica" del d.p.r. impugnato, non ritiene configurabile alcun vizio di legittimità *sub specie* di eccesso di potere nella decisione (politica, appunto, e come tale libera) di smembrare l'elettorato del Comune ricorrente, "come peraltro accaduto per altri Comuni di piccole dimensioni nell'ambito del medesimo d.p.r."

(1) Non a caso la sentenza in parola, richiamando la dottrina costituzionalistica, ritiene l'atto impugnato qualificabile come atto formalmente presidenziale e sostanzialmente governativo poiché deliberato su proposta di altro organo governativo (*rectius* Ministro dell'Interno).

(2) Sostiene il Tar Puglia - Bari che "le norme costituzionali che il Comune ricorrente assume essere state violate dal d.p.r. impugnato (*rectius artt.* 3, 48 e 51 Cost.) non appaiono a questo Collegio ad una attenta disamina disattese. Invero la previsione di cui agli artt. 3, 48 e 51 Cost. relativamente all'eguaglianza del diritto di voto non può considerarsi violata dalla decisione "politica" impugnata poiché la nuova determinazione dei collegi uninominali provinciali della Provincia di Bari di cui al d.p.r. gravato nella parte in cui vengono ridefinite le circoscrizioni dei collegi uninominali n. 24 (Collegio di Molfetta I) e n. 34 (Collegio di Terlizzi-Giovinazzo) per l'elezione del Consiglio provinciale di Bari non rappresenta di certo una limitazione ovvero una discriminazione rispetto all'esercizio del diritto fondamentale di elettorato sia attivo che passivo ed anzi è neutra rispetto all'esercizio di tale diritto".

2. Sulla categoria degli atti politici: note distintive ...

Come è noto, la categoria degli atti politici è stata individuata sin dall'origine con criteri rigorosi e tassativi, sia prima dell'entrata in vigore della Costituzione del 1948 - dove veniva ancorata dalla giurisprudenza alla sussistenza della cd. "*ragion di Stato*", prescindendo dagli eventuali motivi specifici che ne potevano aver ispirato in concreto l'emanazione (3) -, sia dopo il 1948, allorché, in ossequio al principio della indefettibilità della tutela giurisdizionale ai sensi degli artt. 24 e 113 della Costituzione, sono stati inclusi in essa gli atti che attengono alla direzione suprema e generale dello Stato considerato nella sua unità e nelle sue istituzioni fondamentali (4), la cui *ratio* è stata individuata dal giudice amministrativo (5) nelle esigenze unitarie, salvaguardate dagli organi decisionali dello Stato, chiamati ad adottare atti "*liberi nella scelta dei fini*". Viceversa, come sottolineato dalle sezioni unite della Corte di cassazione (6), "*gli atti amministrativi anche se connotati da un alto tasso di discrezionalità, sono comunque legati ai fini posti dalla legge*" nel perseguimento di obiettivi di funzionalità, economicità ed efficacia dell'azione amministrativa concretamente esercitabile.

Infatti, per quanto ampia possa presentarsi, la discrezionalità facente capo alla P.A. nell'esercizio dell'attività amministrativa risulterà sempre connotata da una duplice limitazione concretantesi, per un verso, nell'impossibilità di destinare un atto per fini diversi da quelli per i quali il relativo potere di adozione è stato conferito e, per altro verso, nel vincolo fondamentale del perseguimento delle finalità pubbliche, predeterminate in sede politico-legislativa, finalità cui l'intera azione amministrativa deve tendere.

Sicché, come osservato da autorevole dottrina (7), la differenza che realmente intercorre tra atto politico ed atto amministrativo va ravvisata nella carenza di discrezionalità nel primo. L'atto politico è totalmente libero da vincoli e nei fini. L'atto amministrativo, invece, poiché deve sottostare alla legge, è discrezionale, nel senso che deve rispettare i vincoli nell'apprezzamento della situazione di fatto che la legge pone alla determinazione dell'autorità amministrativa.

Sempre riguardo alla distinzione tra atti politici e provvedimenti amministrativi, si ritiene (8) l'atto politico, nel paradigma interpretativo, caratteriz-

(3) Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 20 dicembre 1946, n. 351. In dottrina, cfr. A. AMORTH, *Scritti giuridici*, 1931-1939, (a cura di E. FERRARI), Milano, 1999, 185, che sottolineava "*il carattere politico di quegli atti che da queste supreme considerazioni dell'interesse generale dello Stato nella sua unità sono causati...*".

(4) Cfr. l'accenno fatto in Corte Cost., 19 marzo 1993, n. 103, in *Giur. Cost.*, 1993, 841 ss.

(5) Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 14 aprile 2001, n. 340.

(6) Cfr. Cass., sez. un., 13 novembre 2000, n. 1170, in *Mass. Foro it.*, 2000, 1731.

(7) Cfr. Cfr. P. VIRGA, *Diritto Amministrativo, I principi*, Milano, 2001, 15.

(8) Cfr. P. VIRGA, op. cit., 16.

zato dai due profili - richiamati anche nella sentenza in commento: il primo, di tipo soggettivo, “*dovendo provenire l’atto da organo di pubblica amministrazione, seppure preposto in modo funzionale e, nella specifica vicenda, all’indirizzo e alla direzione al massimo livello della cosa pubblica*”, e il secondo di tipo oggettivo, “*dovendo riguardare la costituzione, la salvaguardia e il funzionamento dei pubblici poteri nella loro organica struttura e nella loro coordinata applicazione*” (9).

In altri termini, deve trattarsi di un atto proveniente da un organo il cui dovere istituzionale deve essere inequivocabilmente riconducibile alla cura - *sub specie* di attività di indirizzo e direzione - della cosa pubblica e deve essere formato sulla base di motivi ispirati esclusivamente dall’opportunità politica, dunque non suscettibili di valutazione in sede giurisdizionale.

Con la logica e necessitata conseguenza che, enunciando gli obiettivi fondamentali alla cui attuazione dovrà provvedere anche la P.A., deve armonizzarsi soltanto con la Costituzione e con le statuizioni in essa contenute (principio del *numerus clausus* degli atti politici).

3. ...e possibili forme di tutela

Si è detto che l’insindacabilità giurisdizionale dell’atto politico scaturisce sul piano normativo direttamente dalla previsione di cui all’art. 31 t.u.c.d.s. 26 giugno 1924 n. 1054 (10), che riprendendo la disposizione di cui all’art. 24 della L. 31 marzo 1889, n. 5992, stabilisce l’inammissibilità del ricorso al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale avverso atti e provvedimenti emanati dal Governo nell’esercizio del potere politico.

Detta norma, “*scritta sol perché all’epoca alla quale risale – e cioè nel 1889 – si riteneva che gli atti posti in essere dal potere esecutivo nell’esercizio della funzione di governo non si distinguessero se non sul piano finalistico dagli atti amministrativi*” (11) sembrerebbe non avere più diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento, stante l’inderogabilità del principio sancito *expressis verbis* dall’art. 113 della Costituzione, secondo cui “*contro gli atti della Pubblica Amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa*”.

(9) Cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2001, n. 1397; Cass., sez. un., 25 giugno 1993, n. 7075, in *Foro it.*, 1994, I, 3175 ss.

(10) L’art. 31 del T.U. 26 giugno 1924 n. 1054 configura un’ipotesi eccezionale (come tale soggetta a stretta interpretazione anche in applicazione del principio costituzionale di cui all’art. 113 Cost.) di sottrazione al sindacato giurisdizionale di atti soggettivamente e formalmente amministrativi, sul presupposto che gli stessi costituiscano espressione della fondamentale funzione di direzione ed indirizzo politico del Paese.

(11) Così A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 18 ss.

L'odierna "superfluità" della norma in parola sarebbe confermata, secondo autorevole dottrina, anche dagli artt. 2 e 3 della legge Tar, relativi all'oggetto dell'impugnativa dinanzi all'organo di giustizia amministrativa di primo grado (ovvero "atti e provvedimenti" emessi da organi ed enti pubblici territoriali e non) che, letti in combinato disposto con l'art. 26 del r.d. 26 giugno 1924 n. 1054 (che individua "gli atti o i provvedimenti di un' autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante"), chiariscono come non possano formare oggetto di impugnativa gli atti che non provengono da un' autorità amministrativa o che non abbiano valore di atti amministrativi (12).

Il venir meno dell'insindacabilità degli atti politici sarebbe stato necessitato anche dalla mancata riproposizione formale dello sbarramento di cui all'art. 31 cit. nel testo della legge istitutiva dei tribunali amministrativi regionali.

Tali rilievi, però, possono essere facilmente superati laddove si consideri che la richiamata norma costituzionale (e il principio dalla stessa veicolato) deve essere intesa come riferita esclusivamente agli atti amministrativi, e non anche a quelli politici, per la sottoposizione di questi ultimi ad un regime del tutto particolare, ostativo alla loro inclusione nell'art. 113 Cost..

Né argomenti di segno contrario possono ricavarsi dal dato meramente letterale che la preclusione di cui all'art. 31 del t.u.c.d.s. non sia stata prevista nella legge TAR, posto che detta ultima normativa rinvia, per quanto non espressamente regolato, proprio al testo unico del 1924 (13).

Tuttavia, pur nella sua attuale vigenza nel nostro ordinamento - come ricordato, per inciso, anche dalla decisione in commento - la norma di cui all'art. 31 cit. deve essere interpretata come avente carattere eccezionale, non suscettibile di applicazione analogica, proprio al fine di non vedere vanificata l'effettiva operatività di uno dei principi costituzionali che rappresenta al contempo un baluardo per le garanzie del cittadino contro tutti gli atti della pubblica amministrazione ed un limite insuperabile - pena l'illegittimità costituzionale della legge - per il Parlamento (14).

(12) Cfr. A. M. SANDULLI, op. cit., 1336 ss. Si è soffermato sulla suddetta norma anche L. MAZZAROLLI, *Quadro generale della giustizia amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, AA.VV., Bologna, 2005, 397, ss., uniformandosi alla tesi di Sandulli in ordine alla sua superfluità e sottolineando che altrimenti, cioè "se a tale norma si attribuisse, un valore limitativo in ordine all'impugnabilità degli atti, che in sua mancanza, dovrebbero ritenersi impugnabili davanti al giudice amministrativo", la norma in questione ormai "dovrebbe reputarsi abrogata per effetto del disposto dell'art. 113 della Costituzione; conclusione cui invece non è dato pervenire se al citato art. 31 si attribuisce un rilievo meramente ricognitivo di un dato che comunque varrebbe, anche senza quella disposizione, cioè il riconoscimento dagli atti politici quali atti di natura diversa rispetto agli atti amministrativi".

(13) Sul punto, cfr. R. GALLI-D. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 2001, 145 ss.

(14) Cfr. G. BERTI, *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, *La magistratura, tomo IV*, artt. 111-113, Roma, 1987, 85 ss. In senso conforme, si è espresso anche G. ABBAMONTE, *Completezza ed effettività della tutela giudiziaria secondo gli artt. 3, 24, 103 e 113 della Costituzione*, in *Studi in onore di FELICIANO BENVENUTI*, Modena, 1996, 37 ss.

Del resto, è stata la stessa giurisprudenza sia civile che amministrativa (15) - richiamata nella pronuncia *de qua* - a difendere la portata generale dell'art. 113 Cost., postulando espressamente la necessità che ogni scelta derogatoria rispetto ai principi ivi espressi sia supportata da *norme di carattere costituzionale*, sicché esclusivamente lo specifico rilievo costituzionale e politico della scelta effettuata potrebbe giustificare una limitazione alla suddetta disposizione.

Chiarito come in linea di principio gli atti politici sfuggano tuttora al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, in virtù dell'art. 31 cit., resta parimenti esclusa anche la possibilità di esperire, avverso gli stessi, ricorso innanzi al giudice ordinario (16) per due ordini di ragioni concorrenti.

Ora, se è vero che la funzione politica si esercita allo stesso livello di quella legislativa, la quale è essa stessa funzione politica, che l'azione politica viene svolta da organi *superiorem non recognoscentes*, che per essa opera, in base alla Costituzione, un sistema in sé conchiuso di controlli e sanzioni di ordine politico e di ordine giuridico (17), sembra doversene trarre la logica conclusione che l'ordinamento non ha voluto riconoscere ai singoli una tutela giurisdizionale immediata nei confronti dell'esercizio della funzione politica (ferma restando, comunque, per il giudice la facoltà di conoscere dell'atto politico, non fosse altro per stabilire se debba o meno qualificarsi come tale). L'insindacabilità degli atti politici di cui all'art. 31 cit. presenta, infatti, carattere assoluto e vale, quindi, tanto nei confronti del G.A. quanto nei confronti dell'A.G.O (18).

Inoltre, la fruibilità della tutela invocabile in sede civile è, come noto, legislativamente limitata alle sole ipotesi in cui la lesione lamentata dal ricorrente concerna un diritto soggettivo (art. 2 della L. n. 2248 del 1865, all. E, sull'abolizione del contenzioso).

Orbene, come meglio si dirà in seguito, risulta essere estremamente re-

(15) Cfr. Cass., sez. un., 18 maggio 2006 n. 11623 e Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2007, n. 209, in *Rivista CdS*, 131 ss.

(16) Cfr. A. SANDULLI, op. cit., 18. L'Autore, muovendo dalla risalente impostazione che vedeva nel discrimen tra gli atti di gestione e atti d'imperio il criterio di riparto tra la giurisdizione del giudice ordinario e quella del giudice amministrativo, giunge a formulare considerazioni di ordine critico rispetto alla norma di cui all'art. 2 della legge sul contenzioso amministrativo relativamente ai "*provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa*". Quest'ultima, lungi dal poter giustificare la sindacabilità da parte del giudice ordinario degli atti politici posti in essere dal potere esecutivo non autorizza a ritenere che il legislatore, parlando di "provvedimenti del potere esecutivo" abbia inteso riferirsi anche agli atti politici.

(17) Esclusa, come illustrato, l'esperibilità di tutti i rimedi utilizzabili a fronte di atti amministrativi, rispetto agli atti politici opera, tuttavia, un sistema di controlli e di sanzioni di carattere politico, di competenza del corpo elettorale e del Parlamento, i quali possono, ad esempio, non riconfermare gli organi che si siano resi responsabili di un'attività ritenuta meritevole di censura, ovvero (con riferimento alle Camere), esprimersi con un voto di sfiducia.

(18) Cfr. G. PALATIELLO, *Il concetto di atto politico "giustiziabile"*, in questa *Rassegna*, 4, 2008, 324 ss.

mota, se non addirittura inesistente, la possibilità di una lesione immediata a seguito dell'emanazione di un atto politico, considerato che ogniqualevolta quest'ultimo venisse ad incidere direttamente su di una situazione di diritto soggettivo, l'interesse individuale verrebbe assorbito nell'interesse della collettività (19).

In ogni caso, l'insindacabilità degli atti politici in sede giurisdizionale risulta ampiamente giustificata dalla valutazione del loro ambito operativo.

Considerato, infatti, che essi recano normalmente direttive di carattere generale, non si presentano idonei ad incidere immediatamente sulle posizioni giuridiche dei destinatari, che al più possono essere pregiudicate dall'emanazione di successivi atti volti a dargli attuazione. Nell'ipotesi, poi, in cui gli atti *de quibus* contengano delle disposizioni puntuali, capaci di sortire in maniera immediata il pregiudizio di posizioni individuali, il loro contrasto con i principi costituzionali – come detto, unico limite all'attività politica – potrà essere portato all'attenzione della magistratura attraverso due diversi strumenti: **(i)** la possibilità di sollevare conflitto di attribuzione innanzi alla Corte Costituzionale; **(ii)** quindi, nel caso di atto politico avente carattere legislativo, la proponibilità dell'eccezione di incostituzionalità, il cui accoglimento impone allo Stato il ripristino della situazione pregressa o il risarcimento dei danni (20).

4. Considerazioni conclusive

Con la sentenza in rassegna, il Tar Puglia ha respinto il ricorso presentato dal Comune di Giovinazzo, ritenendo che il provvedimento impugnato rientri nella categoria degli atti politici sottratti al sindacato giurisdizionale *ex art. 31 t.u.c.d.s.*

La decisione s'impone all'attenzione dell'interprete, oltre che per la sua chiarezza espositiva, anche per la singolare virata impressa in un contesto giurisprudenziale ormai caratterizzato dalla progressiva erosione della categoria degli atti politici, erosione indotta proprio dalla diffusa necessità di limitare il descritto deficit di tutela giurisdizionale attraverso una rigorosa interpretazione restrittiva del concetto di atto politico (21).

Infatti, pur non allontanandosi dalle conclusioni restrittive cui sinora è giunta la giurisprudenza sia civile che amministrativa sull'insindacabilità degli atti politici, il Tar Puglia - Bari, con la sentenza *de qua*, nel riconoscere la natura politica dell'atto impugnato, ha contribuito a ridare attualità al principio

(19) Cfr. A.M. SANDULLI, *op. cit.*, 18.

(20) Cfr. R. GALLI-D. GALLI, *op. cit.*, 234.

(21) Cfr., fra le più recenti, Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2007, n. 209; TAR Sicilia, sez. I, 3 maggio 2007, n. 765; Tar Puglia - Lecce, sez. I, 10 ottobre 2007, n. 895 Tar Puglia - Lecce, sez. I, 9 gennaio 2008, n. 12 sulla natura non politica dell'atto di revoca dell'assessore comunale.

contenuto nell'art. 31 t.u.c.d.s., nonché un'autonoma dignità ontologica e giuridica alla categoria stessa degli atti politici, spesso confusa o fatta confluire in quella, più garantistica, degli atti di cd. alta amministrazione, sindacabili in sede giurisdizionale (22).

La decisione in commento perviene ad una lettura in termini di atto politico del decreto presidenziale impugnato attraverso un passaggio motivazionale molto chiaro che dalla rilevata *“assenza di paramenti normativi alla cui stregua valutarne la legittimità (se non le disposizioni di rango costituzionale)”* fa scaturire la conseguenziale non configurabilità di *“soggetti lesi interessati all'annullamento del medesimo...legittimati a contestare in sede giurisdizionale amministrativa la presente decisione politica”* (23).

Così argomentando (24), il tribunale amministrativo pugliese ha sostanzialmente fatto propria la tesi, sopra richiamata, di chi ravvisa la *ratio* ultima dell'insindacabilità degli atti politici proprio nella loro intrinseca inidoneità ad incidere in via immediata e diretta sulle posizioni giuridiche dei soggetti destinatari, atteso il loro contenuto fortemente *“politico”*, inerente cioè all'indirizzo generale da imprimere allo Stato in un dato momento storico.

Ha così riguardato il problema dell'*ubi consistam* dell'atto politico dal punto di vista della posizione legittimante, ribadendo che di fronte agli atti politici non insorge in capo ad eventuali interessati, alcuna situazione giuridica soggettiva tutelabile.

*Dott. Fabrizio Doddi**

(22) Si è soffermato sul rapporto tra principio di legalità ed atti di alta amministrazione G. VACIRCA, *Il principio di legalità e il giudice amministrativo, relazione al 53° Convegno di studi amministrativi*, Varenna, 20-22 settembre 2007, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, evidenziando come il principio di legalità è stato sovente richiamato in sede giurisprudenziale per ammettere la sindacabilità di provvedimenti connotati da elevata discrezionalità (di alta amministrazione) di nomina e scelta dei dirigenti. L'Autore, inoltre, pone in rilievo come esclusivamente la ragionevole e adeguatamente ponderata valutazione della realtà di fatto – nel rispetto di un *minimum* di principi giuridici- nella quale opera l'amministrazione possa condurre la medesima ad una scelta di opportunità che risponda al principio di buon andamento.

(23) Cfr. Tar Puglia-Bari, sentenza in commento.

(24) Si legge nella sentenza de qua che *“Invero, se il Comune di Giovinazzo ricorrente agisce in giudizio quale ente locale autonomo non si configura nel caso di specie alcuna lesione delle sue prerogative nella scelta ministeriale e presidenziale di smembrare il territorio del Comune medesimo a livello di determinazione dei collegi elettorali uninominali; pertanto vi sarebbe in tal caso difetto di interesse e di legittimazione ad agire del Comune. Se viceversa il Comune ricorrente agisce in giudizio quale ente esponenziale della collettività locale va tuttavia evidenziato che le azioni popolari sono rigorosamente tassative e non è configurabile, né è prevista dal legislatore nel caso di specie alcuna azione popolare in capo al singolo cui si possa sostituire il Sindaco del Comune quale rappresentante – come detto - della comunità locale; ed anzi a tutto concedere la sostituzione che è implicita nelle azioni popolari tassativamente previste dal legislatore (cfr. art. 9 d.lgs. n. 267/2000 [TUEL]) avviene in senso opposto e cioè è il singolo a sostituirsi rispetto all'inerzia dell'ente locale”*.

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

Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Bari, Sezione Terza, sentenza 18 maggio 2009 n. 1183 - Pres. A. Urbano - Ref. Est. F. Cocomile - Comune di Giovinazzo (Avv. N. Calvani) c. Ministero dell'Interno + altri (Avv. dello Stato G. C. Matteo).

(... *Omissis*)

FATTO e DIRITTO

Il presente ricorso deve essere respinto, dovendosi conseguentemente prescindere dall'eccezione di integrazione del contraddittorio nei confronti dei candidati e dei cittadini votanti nei collegi nn. 24 e 34 e dalle altre eccezioni preliminari sollevate dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Bari.

Invero il Comune di Giovinazzo in persona del Sindaco *pro tempore* chiede l'annullamento, previa sospensiva, del decreto del Presidente della Repubblica del 6 aprile 2009 (pubblicato in Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 82 del giorno 8 aprile 2009), recante in epigrafe "Determinazione dei collegi uninominali provinciali della Provincia di Bari" nella parte in cui vengono ridefinite le circoscrizioni dei collegi uninominali n. 24 (Collegio di Molfetta I) e n. 34 (Collegio di Terlizzi-Giovinazzo) per l'elezione del Consiglio provinciale di Bari, prevedendosi pertanto lo "smembramento" del Comune di Giovinazzo, andando così differenti porzioni di detto Comune a formare parte dei due menzionati collegi uninominali e privando in tal modo i cittadini di Giovinazzo - a dire del Comune ricorrente - della possibilità di avere un proprio rappresentante nel Consiglio provinciale di Bari.

Detto d.p.r. è stato adottato ai sensi dell'art. 9, comma 4 legge n. 122/1951 e successive modifiche recante norme per l'elezione dei Consigli provinciali ("La tabella delle circoscrizioni dei collegi sarà stabilita, su proposta del Ministro dell'Interno con decreto del Presidente della Repubblica da pubblicarsi sulla Gazzetta Ufficiale").

L'atto impugnato rappresenta indiscutibilmente un atto "politico" ai sensi dell'art. 31 r.d. n. 1054/1924 Testo Unico delle leggi sul Consiglio di Stato) in forza del quale "Il ricorso al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale non è ammesso se trattasi di atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico" (norma da ritenersi tuttora vigente).

Tale previsione normativa è certamente estensibile anche ai giudizi dinanzi ai Tribunali Amministrativi Regionali in forza della disposizione di cui all'art. 19, comma 1, legge n. 1034/1971 alla stregua della quale nel corso di detti giudizi si osservano le norme di procedura operanti dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato e quindi anche l'art. 31 r.d. n. 1054/1924.

La "politicità" (e la consequenziale insindacabilità in sede giurisdizionale) dell'atto secondo giurisprudenza ormai consolidata (cfr. T.A.R. Lazio Roma, Sez. III, 16 novembre 2007, n. 11271; T.A.R. Veneto Venezia, Sez. II, 05 marzo 2004, n. 527; T.A.R. Abruzzo L'Aquila, 07 ottobre 2003, n. 839; Cons. Stato, Sez. IV, 12 marzo 2001, n. 1397; T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 19 dicembre 1998, n. 930; T.A.R. Campania Napoli, Sez. I, 25 gennaio 1993, n. 22) è desumibile da tre elementi che l'atto in questione deve possedere cumulativamente: 1) elemento soggettivo (dovendo provenire da organo preposto all'indirizzo e alla direzione al massimo livello della cosa pubblica); 2) elemento oggettivo (dovendo riguardare la costituzione, la salvaguardia e il funzionamento dei pubblici poteri nella loro organica struttura e nella loro coordinata applicazione ed essendo espressione della funzione di direzione e indirizzo politico coinvolgendo i supremi interessi dello Stato e delle sue istituzioni fondamentali); 3) libertà nella scelta dei fini, svincolata cioè da obiettivi prefissati e lasciata alla determinazione so-

vra, sottratta a qualsiasi controllo che non sia del pari politico dell'autorità.

Trattasi in altri termini di "... atti che, in apparenza soggettivamente e formalmente "amministrativi", costituiscono tuttavia espressione della fondamentale funzione di direzione e di indirizzo politico del Paese e "coinvolgono i supremi interessi dello Stato e delle sue istituzioni fondamentali", non essendo sufficiente (a qualificare un atto come "atto politico") che "vi intervenga una valutazione di ordine politico". In tali casi, ma solo in essi, che configurano ipotesi eccezionali, e di stretta interpretazione, l'atto considerato può sottrarsi a controllo giurisdizionale." (cfr. T.A.R. Abruzzo L'Aquila, 07 ottobre 2003, n. 839).

Come evidenziato dal Consiglio di Stato, Sez. V, 23 gennaio 2007, n. 209:

"... fino ad epoca recente la categoria degli atti politici è stata individuata con criteri restrittivi, sia prima dell'entrata in vigore della Costituzione del 1948, evidenziandosi che essi debbono trovare causa obiettiva nella ragione di Stato indipendentemente dai motivi specifici che ne abbiano in concreto determinato l'emanazione (v. la decisione di questo Consiglio, Sez. IV n. 351 del 20.1.21946), sia principalmente dopo il 1948 in ossequio al principio della indefettibilità della tutela giurisdizionale ai sensi degli artt. 24 e 113 della Costituzione, e sono stati inclusi in essa generalmente gli atti che attengono alla direzione suprema e generale dello Stato considerato nella sua unità e nelle sue istituzioni fondamentali (v. l'accenno fatto in Corte cost. n. 103 del 19.3.1993).

E' stato al riguardo precisato che gli atti politici costituiscono espressione della libertà (politica) commessa dalla Costituzione ai supremi organi decisionali dello Stato per la soddisfazione di esigenze unitarie ed indivisibili a questo inerenti (v. la decisione di questo Consiglio, sez. IV n. 340 del 14.4.2001) e che essi sono liberi nella scelta dei fini, mentre gli atti amministrativi, anche quando sono espressione di ampia discrezionalità, sono comunque legati ai fini posti dalla legge (v. Cass. S.U. n. 1170 del 13.11.2000).

Si è sottolineato inoltre che essi sono caratterizzati da due profili: l'uno soggettivo, dovendo provenire l'atto da organo di pubblica amministrazione, seppure preposto in modo funzionale e, nella specifica vicenda, all'indirizzo e alla direzione al massimo livello della cosa pubblica, e l'altro oggettivo, dovendo riguardare la costituzione, la salvaguardia e il funzionamento dei pubblici poteri nella loro organica struttura e nella loro coordinata applicazione (v. le decisioni di questo Consiglio, Sez. IV, n. 1397 del 12.3.2001 e n. 217 del 29.9.1996)".

Le Sezioni Unite della Suprema Corte (cfr. sentenza n. 7075/1993) ad esempio hanno considerato il decreto presidenziale di nomina dei senatori a vita da parte del Presidente della Repubblica ai sensi dell'art. 59, comma 2 Cost. atto tipicamente "politico" *ex* art. 31 r.d. n. 1054/1924 insindacabile in sede giurisdizionale poiché posto in essere nell'esercizio di una funzione diversa da quella amministrativa classica.

Non vi è dubbio che il d.p.r. impugnato in questa sede volto a rideterminare i collegi uninominali provinciali della Provincia di Bari in vista delle ormai imminenti elezioni amministrative ridefinendo, tra l'altro, la circoscrizioni dei collegi uninominali n. 24 (Collegio di Molfetta I) e n. 34 (Collegio di Terlizzi-Giovinazzo) presenti congiuntamente i tre requisiti predetti necessari alla configurazione dell'atto "politico" *ex* art. 31 r.d. n. 1054/1924. Trattasi infatti di atto promanante da un organo preposto all'indirizzo e alla direzione al massimo livello della cosa pubblica (nel caso di specie Ministro dell'Interno quale soggetto proponente e Presidente della Repubblica quale soggetto emanante) il d.p.r. in esame riguarda poi il funzionamento di un pubblico potere nella sua organica struttura (i.e. elezione del Consiglio provinciale di Bari). Infine va evidenziato che è atto indubbiamente libero nella scelta dei fini rimessi alla valutazione insindacabile (se non con riferimento all'osservanza dei parametri costituzionali che

nel caso di specie, come si vedrà, non risultano violati) dell'organo *lato sensu* "politico".

Dal punto di vista della dottrina costituzionalistica l'atto in esame è qualificabile come atto formalmente presidenziale e sostanzialmente governativo poiché deliberato su proposta di altro organo governativo (*rectius* Ministro dell'Interno).

La politicità dell'atto è tale per cui non si configurano a fronte dello stesso soggetti lesi interessati all'annullamento del medesimo, data peraltro l'assenza di paramenti normativi alla cui stregua valutartie la legittimità (se non le disposizioni di rango costituzionale).

Non è caso che nella presente fattispecie le disposizioni (volte ad impedire o quantomeno a disincentivare lo smembramento dei comuni nella formazione dei collegi elettorali) asseritamente violate dal d.p.r. impugnato altro non sono che ordini del giorno dei due rami del Parlamento (in particolare ordine del giorno approvato dalla Camera dei deputati nella seduta dell'11.01.1951 ed ordine del giorno approvato dal Senato nella seduta del 27.02.1951) che certo non hanno natura normativa vincolante e dettano unicamente un indirizzo, peraltro assai risalente nel tempo, rivolto all'attività del Governo.

Pertanto, non avendo le censure sollevate dal ricorrente fondamento e riscontro legislativo (lo stesso cita inoltre la circolare della Direzione centrale dei servizi elettorali n. 93 del 06.11.2002, la circolare del Ministero dell'Interno n. 2472 del 26.09.2007 e la circolare della Prefettura di Bari - Ufficio Territoriale del Governo prot. ti. 375/4.2.9/UPE che si muove nella stessa direzione dei menzionati ordini del giorno parlamentari), non è configurabile alcun vizio di legittimità sub specie di violazione di legge.

Peraltro le norme costituzionali che il Comune ricorrente assume essere state violate dal d.p.r. impugnato (*rectius* artt. 3, 48 e 51 Cost.) non appaiono a questo Collegio ad una attenta disamina disattese. Invero la previsione di cui agli artt. 3, 48 e 51 Cost. relativamente all'egualianza del diritto di voto non può considerarsi violata dalla decisione "politica" impugnata poiché la nuova determinazione dei collegi uninominali provinciali della Provincia di Bari di cui al d.p.r. gravato nella parte in cui vengono ridefinite le circoscrizioni dei collegi uninominali n. 24 (Collegio di Molfetta I) e n. 34 (Collegio di Terlizzi-Giovinazzo) per l'elezione del Consiglio provinciale di Bari non rappresenta di certo una limitazione ovvero una discriminazione rispetto all'esercizio del diritto fondamentale di elettorato sia attivo che passivo ed anzi è neutra rispetto all'esercizio di tale diritto.

Data la natura "politica" del d.p.r. impugnato non è parimenti configurabile alcun vizio di legittimità sub specie di eccesso di potere nella decisione di smembrare il Comune di Giovinazzo, come peraltro accaduto per altri Comuni di piccole dimensioni nell'ambito del medesimo d.p.r.

Inoltre va evidenziato che l'argomento della "politicità" e consequenziale insindacabilità in sede giurisdizionale del d.p.r. *de quo* si riconnette inscindibilmente all'assenza di soggetti qualificati legittimati a contestare in sede giurisdizionale amministrativa la presente decisione "politica".

Invero, se il Comune di Giovinazzo ricorrente agisce in giudizio quale ente locale autonomo non si configura nel caso di specie alcuna lesione delle sue prerogative nella scelta ministeriale e presidenziale di smembrare il territorio del Comune medesimo a livello di determinazione dei collegi elettorali uninominali; pertanto vi sarebbe in tal caso difetto di interesse e di legittimazione ad agire del Comune.

Se viceversa il Comune ricorrente agisce in giudizio quale ente esponenziale della collettività locale va tuttavia evidenziato che le azioni popolari sono rigorosamente tassative e non è configurabile, né è prevista dal legislatore nel caso di specie alcuna azione popolare in capo al

singolo cui si possa sostituire il Sindaco del Comune quale rappresentante - come detto - della comunità locale; ed anzi a tutto concedere la sostituzione che è implicita nelle azioni popolari tassativamente previste dal legislatore (cfr. art. 9 d. lgs n. 267/2000 [TUELI]) avviene in senso opposto e cioè è il singolo a sostituirsi rispetto all'inerzia dell'ente locale.

Come evidenziato dal Consiglio di Stato (cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 novembre 1987, n. 708) "Nel vigente ordinamento l'azione popolare costituisce rimedio del tutto eccezionale e non è pertanto ammissibile al di fuori dei casi tassativamente previsti dal legislatore."

In tal senso si sono espressi anche T.A.R. Lombardia Milano, sez. II, 14 maggio 2007, n. 3071, T.A.R. Molise, 20 gennaio 1989, n. 3 e Cons. Giust. Amm. Sicilia, 2 giugno 1987, n. 14.

Non è quindi ammissibile alcuna azione popolare in capo al Sindaco del Comune di Giovinazzo ricorrente.

Dalle considerazioni espresse in precedenza consegue il rigetto del ricorso.

Considerata la peculiarità della controversia, la natura e la qualità delle parti, sussistono giuste ragioni di equità per compensare le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari, Sez. III, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe indicato, lo respinge. Spese compensate.

Sul rifiuto dell'ufficiale di stato civile di effettuare le pubblicazioni per un matrimonio tra omosessuali

(Corte di Appello di Brescia, Sezione I civile, decreto del 2 luglio 2009 n. 69; Tribunale di Venezia, Sezione III civile, ordinanza del 4 aprile 2009)

SOMMARIO: 1.- La fattispecie. 2.- La questione dell'applicabilità dell'art. 98 c.c. 3.- La nozione di matrimonio secondo l'ordinamento interno ed il carattere essenziale dell'omosessualità biologica dei nubendi. 4.- Profili di costituzionalità. L'ordinanza Tribunale Venezia 4 febbraio - 3 aprile 2009. 5.- Il matrimonio negli ordinamenti comunitario ed internazionale.

1. La fattispecie

Una coppia di omosessuali presenta all'ufficiale di stato civile richiesta di eseguire le pubblicazioni prescritte in vista della celebrazione del matrimonio; l'ufficiale di stato civile oppone formale rifiuto, in considerazione del fatto che entrambi i nubendi sono di sesso maschile mentre il matrimonio presuppone la loro eterosessualità, dovendosi ritenere contrario all'ordine pubblico il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Contro il rifiuto i due propongono ricorso al Tribunale ai sensi dell'art. 98 cod. civ., chiedendo che sia ordinato all'ufficiale di stato civile di procedere alle pubblicazioni di matrimonio, previa eventuale rimessione alla Corte costituzionale della questione di legittimità costituzionale degli artt. 107, 108, 143, 143 *bis*, 156 *bis* cod. civ. (quelli cioè che fanno riferimento quanto meno implicito all'eterosessualità dei nubendi) con riferimento agli artt. 2, 3, 10 co. 2, 13 e 29 Cost..

Il Tribunale di Bergamo, respinta l'eccezione preliminare di inammissibilità del ricorso sollevata dalla difesa del Sindaco (passivamente legittimato in quanto ufficiale di stato civile ed in tale veste difeso dall'Avvocatura dello Stato quale ufficiale di Governo), rigetta la domanda con l'ordinanza in esame, attraverso l'*iter* motivazionale che così si può sintetizzare:

- benché nell'ordinamento manchi una definizione esplicita dell'istituto matrimoniale, ciò dipende dal fatto che si intende richiamata “*la nozione di matrimonio frutto della evoluzione secolare del diritto privato, che, seppure implicita, fa parte del sentire comune, mai messo in discussione*”, secondo cui “*il matrimonio è una unione formale e stabile tra un uomo e una donna, essenzialmente diretta alla procreazione e all'educazione dei figli*”; tale richiamo è confermato dalle disposizioni (artt. 107 e 143 c.c.) che fanno esplicito riferimento all'eterosessualità dei coniugi;

- la pretesa illegittimità costituzionale delle disposizioni in esame, dedotta dai ricorrenti sul presupposto della definizione implicita fatta propria dal Tri-

bunale, non sussiste, giacché dagli artt. 2 e 3 Cost. non è ricavabile un diritto costituzionalmente garantito a contrarre matrimonio, a prescindere dalle disposizioni positive che regolano l'istituto;

- l'insussistenza di impedimenti in senso proprio alla celebrazione del matrimonio (giacché gli artt. 84 e seguenti c.c. non contemplano in tal senso l'identità di sesso tra i nubendi) è irrilevante, giacché il legislatore ha evidentemente inteso tale dato come assolutamente pacifico *“sulla base della nozione consolidata e pacifica del matrimonio tradizionale”*;

- nessuna norma internazionale contempla il diritto di due persone dello stesso sesso di contrarre matrimonio tra loro.

In seguito a reclamo degli interessati, la Corte d'appello di Brescia conferma il provvedimento del giudice di primo grado, sia quanto alla reiezione dell'eccezione preliminare, sia quanto al merito; in particolare essa approfondisce la questione di legittimità costituzionale e la dichiara manifestamente infondata osservando che la Costituzione *“non contempla il matrimonio fra le esplicazioni della personalità umana da garantire (artt. 2 e 3), né rivolge attenzione a tale istituto giuridico se non, in via indiretta, attraverso l'art. 29, ove nel prevedere espressamente la tutela della famiglia e del principio di uguaglianza morale e giuridica dei coniugi (quest'ultima affermazione direttamente collegata alla eterosessualità dell'unione ed alla tradizionale disparità di fatto e di diritto fra maschio e femmina), fa riferimento all'istituto del matrimonio solo quale necessario presupposto per la tutela così accordata”*, mentre spetta al legislatore (che finora non ha ritenuto di dover intervenire) l'eventuale predisposizione di *“istituti giuridici idonei a tutelare e regolamentare, con strumenti anche assimilabili a quelli previsti in materia matrimoniale, unioni non riconducibili al modello tradizionale del matrimonio e non necessariamente caratterizzate dall'identità di sesso dei loro partecipanti”*.

2. La questione dell'applicabilità dell'art. 98 c.c.

La difesa erariale aveva eccepito l'inammissibilità del ricorso ex art. 98 cod. civ. sostenendo che questo rimedio concerne i casi di rifiuto di eseguire le pubblicazioni per ragioni connesse all'esistenza di impedimenti preclusivi, in concreto, di un matrimonio astrattamente celebrabile, laddove nella fattispecie la contestazione non verteva sull'esistenza di impedimenti, quanto sull'assenza di un requisito essenziale del matrimonio, talché da un lato doveva escludersi che quello prefigurato dai ricorrenti potesse definirsi matrimonio, dall'altro oggetto della loro domanda non era tanto la pretesa di conseguire le pubblicazioni quanto piuttosto quella di veder riconosciuto il loro preteso diritto di celebrare il matrimonio, da cui la necessità di procedere all'accertamento di tale diritto nelle forme processuali ordinarie.

Il rimedio processuale apprestato dall'art. 98 c.c. integra un controllo in

sede di *giurisdizione volontaria*, diretto non tanto all'accertamento di diritti soggettivi, quanto piuttosto alla verifica della corretta attuazione delle proprie funzioni da parte dell'autorità amministrativa, ancorché attribuito alla competenza di un organo giurisdizionale; nella fattispecie, al contrario, non è realmente in discussione il fatto che l'ufficiale di stato civile abbia *correttamente* adempiuto agli obblighi del suo ufficio, valutando la regolarità della documentazione presentatagli, bensì il fatto che tali obblighi sussistessero in presenza di una richiesta finalizzata a quello che egli ha ritenuto (in realtà) non essere un matrimonio. Si potrebbe forse chiosare che in realtà male ha fatto l'ufficiale di stato civile a ricevere la domanda di pubblicazione, giacché questa già presupporrebbe la verifica della sua preordinazione ad un atto qualificabile come matrimonio: sicché, in presenza di una richiesta presentata da una coppia omosessuale, egli avrebbe dovuto opporre il rifiuto (non già di eseguire le pubblicazioni, quanto) di ricevere la domanda stessa in quanto non preordinata ad un atto qualificabile come matrimonio. Solo dopo aver verificato che le pubblicazioni sono finalizzate ad un matrimonio, in quanto richieste da persone di sesso diverso, l'ufficiale di stato civile potrebbe procedere a verificare la regolarità della documentazione presentata e l'eventuale esistenza di impedimenti, opponendo eventualmente un rifiuto impugnabile nella forma dell'art. 98 c.c.

Tanto il Tribunale quanto la Corte d'appello hanno respinto l'eccezione sulla scorta di un'interpretazione rigorosa della domanda proposta in sede di volontaria giurisdizione: in sostanza, avendo i ricorrenti impugnato il diniego di pubblicazione è a questo che deve limitarsi la cognizione del giudice, verificando la legittimità di tale rifiuto nelle forme per ciò prescritte dalla disposizione richiamata. Secondo la Corte d'appello, in particolare, l'ammissibilità del matrimonio tra omosessuali è dedotta solo come questione incidentale per vagliare la legittimità del rifiuto opposto dall'ufficiale di stato civile ad eseguire le pubblicazioni, che costituisce l'oggetto principale del processo.

Tuttavia è innegabile, ad avviso di chi scrive, che il vero significato del rifiuto opposto alla richiesta dei ricorrenti fosse di negare non tanto la possibilità di eseguire le pubblicazioni relative al matrimonio tra i richiedenti, quanto piuttosto la possibilità di eseguire le pubblicazioni in funzione di un atto che non è qualificabile come matrimonio. D'altra parte oggetto della domanda non era tanto la pretesa che l'ufficiale di stato civile procedesse alle pubblicazioni, quanto piuttosto che successivamente celebrasse il matrimonio: in altri termini e al di là delle formule usate, i ricorrenti chiedevano fosse accertato il loro (preteso) diritto soggettivo di celebrare il matrimonio.

A ben vedere il Tribunale (a differenza della Corte d'appello) ha in qualche modo riconosciuto la fondatezza di tale osservazione, laddove ha affermato essere vero *“che gli oppositori non tendono sostanzialmente a censurare la legittimità del diniego opposto dall'ufficiale dello stato civile, né a dimostrare l'esistenza di requisiti formali per contrarre matrimonio, negati dallo stesso,*

bensi ad ottenere una statuizione sul loro preteso diritto di contrarre matrimonio come persone dello stesso sesso, per le quali l'ordinamento esclude l'istituto del matrimonio"; tuttavia non ne ha tratte le logiche conseguenze, affermando di doversi in sostanza attenere al contenuto della domanda, quale emerge dal rimedio attivato dai ricorrenti. Così facendo, però, esso non ha tenuto conto che il giudice è tenuto a qualificare la domanda in considerazione del suo effettivo contenuto, desumibile non solo da aspetti formali (quali il richiamo alla disposizione che si reputa applicabile o una particolare formulazione delle conclusioni), ma anche dalle argomentazioni spese a suo sostegno.

D'altra parte, ponendosi nella diversa prospettiva di un'eventuale statuizione di accoglimento della domanda, pare indiscutibile che prima di stabilire se si debba ordinare all'Ufficiale di stato civile di procedere alle pubblicazioni matrimoniali, verificando se sussistano tutti i presupposti che la legge richiede a tale scopo, sia necessario accertare se quello cui le pubblicazioni sono preordinate sia effettivamente un matrimonio; in altri termini, prima di stabilire se esistano o meno i presupposti per eseguire le pubblicazioni relativamente a quella coppia di nubendi, occorre stabilire se in effetti essi si possano definire nubendi.

Ad avviso di chi scrive, pertanto, la domanda proposta esulava dall'ambito del procedimento speciale previsto dall'art. 98 c.c. ed avrebbe dovuto essere qualificata come domanda di accertamento del diritto (soggettivo e di natura pubblicistica) preteso dai ricorrenti di contrarre matrimonio tra loro. Non si dimentichi che nel nostro ordinamento il matrimonio non può essere qualificato come negozio giuridico meramente privatistico, giacché esso assume riflessi pubblicistici sia per quanto concerne le modalità di perfezionamento, essendo necessario che esso sia **dichiarato** dall'Ufficiale di stato civile (art. 107 c.c.) o comunque di altro soggetto cui l'ordinamento riconosca eccezionalmente funzioni equipollenti (il sacerdote cattolico nel matrimonio *concordatario* o il ministro di altri culti religiosi, cfr. art. 83 c.c.), sia per quanto attiene ai rapporti giuridici che ne derivano, che non coinvolgono solo i coniugi, ma anche i terzi (con particolare riferimento alla prole) e lo Stato (che rispetto alle coppie di coniugi vanta pretese, ad esempio all'assolvimento dei doveri di cui all'art. 147 c.c., e riconosce diritti, incentrati sul principio di cui all'art. 29 Cost.) (1).

Resta da chiedersi se sia poi così rilevante il rito da seguire, posto che si convenga sull'interpretazione dell'effettiva portata della domanda e quindi del processo e della statuizione finale. L'opinione di chi scrive è che il procedi-

(1) Ciò consente anche di replicare agevolmente all'obiezione del Tribunale di Bergamo circa la difficoltà di individuare l'eventuale legittimato passivo di un ipotetico giudizio di accertamento del diritto di contrarre matrimonio, dovendosi convenire con l'indicazione, adombrata dallo stesso Tribunale, del Ministero dell'interno, quale ramo dell'amministrazione statale deputato alla cura dei rapporti di cui si è detto.

mento previsto per i procedimenti di giurisdizione volontaria non offra sempre adeguate garanzie di rispetto del contraddittorio e di approfondimento probatorio; sotto il primo profilo, può essere significativo il richiamo a Trib. Roma 28.6.1980 (in *Foro It.* 1981, I, 869) non tanto per il contenuto della decisione (forse la prima sul tema oggetto di quella che qui si commenta), quanto per il fatto che ad essa il collegio pervenne omettendo di convocare ed ascoltare le parti in camera di consiglio, ritenendo la questione risolvibile *de plano*. Quanto al profilo probatorio, si potrebbe pensare che le valutazioni commesse al giudice in sede di giurisdizione volontaria non richiedano approfondimenti di fatto che vadano oltre l'esame di documenti, ma nella fattispecie, ad esempio, avrebbe assunto rilevanza essenziale l'affermazione dei ricorrenti circa la sopravvenuta modificazione dell'opinione pubblica a proposito delle unioni omosessuali, circostanza che avrebbe pur richiesto un adeguato sostegno probatorio.

3. La nozione di matrimonio secondo l'ordinamento interno ed il carattere essenziale dell'eterosessualità biologica dei nubendi

Il Tribunale di Bergamo (i cui rilievi la Corte d'appello si è limitata a definire “*assolutamente pertinenti e (...) condivisi*”) ha ritenuto che nell'ordinamento, contrariamente a quanto sostenuto dai ricorrenti, esista una precisa, benché implicita, nozione di matrimonio, e che ciò escluda il potere / dovere dell'interprete di ricostruirla di momento in momento storico, anche in funzione dell'evoluzione socio culturale del Paese. Sempre dal punto di vista dell'ordinamento interno, i ricorrenti sostenevano che non esisterebbe un esplicito divieto di contrarre matrimonio tra persone dello stesso sesso (e che pertanto ciò sarebbe consentito).

Le due questioni debbono essere esaminate congiuntamente, in quanto strettamente connesse: in tanto, infatti, si può porre la questione di un eventuale divieto di matrimonio tra persone dello stesso sesso in quanto si sia prima dimostrato che possa in astratto definirsi *matrimonio*, alla stregua dell'ordinamento italiano, l'atto con cui due persone dello stesso sesso, in presenza di tutti gli altri requisiti di legge e nelle forme prescritte dall'art. 107 c.c., dichiarino di volersi prendere l'un l'altro quale rispettivo coniuge.

Orbene se è vero che non esiste nell'ordinamento una definizione esplicita del matrimonio è vero tuttavia che la nozione di esso è desumibile implicitamente dal sistema stesso e tra l'altro ed in particolare dalle disposizioni che sotto più aspetti fanno evidente riferimento alla disparità di sesso tra i nubendi. Gli stessi ricorrenti non negavano tale circostanza, adducendo tuttavia che tale innegabile evidenza dipende dal fatto che, all'epoca di redazione del codice civile, la concezione del matrimonio secondo i canoni socialmente prevalenti non contemplava la prospettiva di coppie di nubendi dello stesso sesso: in sostanza, il legislatore non avrebbe inteso operare implicitamente una scelta

esclusiva nel senso dell'eterosessualità dei coniugi, ma si sarebbe limitato ad adottare il registro linguistico corrispondente al costume del tempo, implicitamente operando una sorta di *rinvio formale* alle concezioni socio-culturali che si sarebbero sviluppate in epoca successiva. Sicché oggi, dovendosi ritenere superata la concezione di allora, dovrebbe riconoscersi che nell'ambito dell'istituto matrimoniale trovano collocazione anche i rapporti analoghi a quello coniugale ma intrattenuti tra persone dello stesso sesso.

Una prima obiezione a tale opinione riguarda il fatto che, se è indubbiamente vero che la considerazione sociale dell'omosessualità e delle relazioni tra persone omosessuali è decisamente mutata nell'odierna società rispetto all'epoca di redazione del codice civile, è tutto da dimostrare che tale mutamento implichi il riconoscimento della possibilità di estendere l'istituto matrimoniale a comprendere anche coppie omosessuali (2).

Ma siffatta opinione pare priva di fondamento in linea di diritto: la circostanza che la disciplina dettata nel codice civile presupponga, nella sua formulazione, la disparità di sesso dei coniugi non è un mero accidente dovuto all'epoca di redazione del testo, ma significa in realtà che tale disparità assurge a presupposto caratterizzante l'istituto così come recepito dal legislatore. In altri termini, il legislatore non ha inteso dettare una disciplina applicabile a qualsiasi fenomeno sociale definibile *matrimonio* nelle varie epoche successive, bensì disciplinare quella specifica fattispecie che nel 1941 si definiva *matrimonio*; non vi è traccia alcuna di una volontà del legislatore di individuare l'oggetto della disciplina mediante rinvio formale alle concezioni di *matrimonio* vigenti in una data epoca, mentre è evidente la sua intenzione di disciplinare l'istituto definito all'epoca come matrimonio e che era e resta caratterizzato dalla disparità di sesso tra i nubendi, indipendentemente dall'evoluzione sociale e culturale che possa essere avvenuta in seguito (3).

In questo senso la Suprema Corte, in accordo con la dottrina, ha più volte individuato la disparità di sesso come elemento essenziale del matrimonio, la cui carenza ne comporta non la nullità, ma l'inesistenza in quanto "*profonda anormalità*" che "*snatura essenzialmente la struttura e la funzione della fattispecie negoziale*" (cfr. Cass. 14.2.1975, n. 569, nonché più incidentalmente Cass. 24.11.1983, n. 7020). Sicché la disparità di sesso tra i nubendi costituisce principio essenziale della disciplina del matrimonio, al punto da essere coperto dall'inviolabilità propria delle disposizioni di *ordine pubblico internazionale*

(2) Sul punto, come già si è accennato sopra a proposito dei limiti del procedimento di giurisdizione volontaria, sarebbe stato comunque necessario un adeguato approfondimento probatorio.

(3) Cfr. Corte d'appello di Firenze 27.6.2008: "*L'istituto del matrimonio è storicamente delineato dalle legislazioni come una disciplina positiva di origine pubblica (...) volta a regolamentare gli effetti che l'ordinamento giuridico dello Stato, in un determinato contesto storico e sociale, riconosce alla convivenza tra persone. Non costituisce una istituzione pregiuridica (come ad esempio la famiglia), né tanto meno un diritto fondamentale dell'individuo*".

(4), e solo il legislatore può estenderne la disciplina a fattispecie cui essa non era originariamente riservata, quali pacificamente quella prospettata nel ricorso di cui si tratta. Non ha senso quindi porsi il problema dell'esistenza o meno di norme che vietano il matrimonio tra coppie omosessuali: l'eterosessualità non è un requisito di validità del matrimonio, ma rientra nella definizione stessa dell'istituto quale recepito dall'ordinamento, sicché la questione non è se il *matrimonio* omosessuale sia vietato, ma se esso sia definibile matrimonio. La risposta, come precedentemente dimostrato, è negativa.

4. Profili di costituzionalità. L'ordinanza Tribunale Venezia 4 febbraio - 3 aprile 2009

Tale impostazione pone in realtà il diverso problema se sia costituzionalmente legittimo che il contenuto (diritti e doveri, tra i coniugi e verso terzi) della disciplina del *matrimonio* sia limitato a questo ambito e non sia esteso a situazioni che, pur non definibili come matrimonio alla stregua della vigente legislazione, presentino caratteri di analogia con tale istituto. In effetti, nell'ambito del ricorso era stata prospettata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 107, 108, 143, 143 *bis* e 156 *bis* c.c., per assertedo contrasto con gli artt. 2, 3, 10 co. 2, 13, 29 e 117 co. 1 Cost., che il Tribunale ha ritenuto manifestamente infondata; a diversa conclusione è tuttavia giunto il Tribunale di Venezia che in analoga fattispecie ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli articoli 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 *bis* e 156 *bis* c.c., per contrasto con gli artt. 2, 3, 29 e 117 co. 1 Cost., *“nella parte in cui, sistematicamente interpretati, non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso”* (ordinanza 4.2 - 3.4.2009).

In realtà ad avviso di chi scrive è dubbia la stessa rilevanza della questione, così come prospettata, nei giudizi in cui è stata sollevata: oggetto della controversia, infatti, non sono i rapporti giuridici che conseguirebbero al rifiuto di considerare *matrimonio* l'atto che i ricorrenti vorrebbero compiere, bensì la qualificazione di tale atto come *matrimonio* o meno; la qualificazione giuridica di un fatto non può per sé essere lesiva di alcun principio costituzionale, laddove saranno eventualmente specifiche disposizioni relative al rapporto matrimoniale a poter essere valutate in termini di costituzionalità ove si dubiti del fatto che sia legittima tale limitazione; ma anche in tale ipotesi, non ne deriverebbe l'illegittimità costituzionale della nozione implicita di *matrimonio* posta a base della relativa disciplina, bensì quella delle singole disposizioni che disciplinano il rapporto matrimoniale *in quanto non estese ad altre fatti-*

(4) Ciò tra l'altro giustifica il diniego di trascrivere nei registri di stato civile i matrimoni tra omosessuali contratti nei Paesi dove ciò è attualmente consentito.

specie. L'errore del giudice remittente, ad avviso di chi scrive, risiede nell'aver ritenuto che il presunto divieto di qualificare come matrimonio l'unione omosessuale sia il risultato del combinato disposto delle disposizioni che fanno riferimento all'eterosessualità degli sposi, laddove al contrario, come si ritiene di aver argomentato in precedenza, ciò è la conseguenza (e non la causa) dell'opzione del legislatore di fare riferimento ad un determinato fenomeno sociale per qualificarlo come matrimonio (5).

In realtà l'esclusione di determinate situazioni dall'ambito applicativo della disciplina del matrimonio non pare in conflitto con alcuna disposizione costituzionale: per quanto concerne infatti i parametri di cui agli artt. 2 e 3 Cost., è agevole osservare da un lato che nessun ostacolo è posto ai ricorrenti a che contraggano matrimonio alle medesime condizioni in cui ciò è consentito a chiunque altro (e cioè con una persona dell'altro sesso), sicché non vi è alcuna limitazione dei diritti inviolabili della persona né alcuna disparità di trattamento; in realtà la questione è mal posta, giacché oggetto della denuncia dei ricorrenti non è tanto l'impossibilità di contrarre matrimonio (per ciò che l'ordinamento qualifica come tale) bensì la limitazione della disciplina del matrimonio entro i limiti oggettivi che il legislatore ha stabilito e cioè con esclusione dell'unione tra persone dello stesso sesso.

Posto che è ravvisabile tra le due situazioni una innegabile differenza (6), sia per l'intrinseca natura dell'unione (che nel caso di omosessuali non può neppure in astratto essere preordinata alla generazione della prole) sia per la differente considerazione sociale che le due forme di vincolo tuttora ricevono, la limitazione stabilita dal legislatore è senza dubbio razionale e giustificata e non può essere sospettata di violazione del principio di uguaglianza.

Altra questione sarebbe eventualmente, come già sottolineato, se sia costituzionalmente legittimo, in relazione agli artt. 2 e 3 Cost., riservare al matrimonio (o ai coniugi o alla famiglia fondata sul matrimonio) determinati effetti che potrebbero in astratto essere ricondotti anche ad altre situazioni che con il matrimonio presentino parziale affinità. Non sfugge tra l'altro che proprio questa è la prospettiva in cui si muovono gli atti comunitari ed internazionali su cui i ricorrenti avrebbero voluto far leva per sostenere la loro tesi: nessuno di essi indica la necessità di qualificare come matrimonio la comunanza di vita di coppie omosessuali, al contrario essi pongono l'accento sulla

(5) Tra l'altro gli artt. 93, 96 e 98, a differenza degli altri denunciati dal Tribunale di Venezia, non sembrano alludere ad alcuna differenza di sesso tra gli sposi, mentre ciò risulta chiaramente dalle altre disposizioni che presuppongono i concetti di *marito e moglie*.

(6) Come ribadito anche di recente dalla Corte costituzionale, 24.3.2009, n. 86: "*Questa Corte ha ripetutamente posto in evidenza la diversità tra famiglia di fatto e famiglia fondata sul matrimonio, in ragione dei caratteri di stabilità, certezza, reciprocità e corresponsività dei diritti e doveri che nascono soltanto da tale vincolo, individuando le ragioni costituzionali che giustificano un differente trattamento normativo tra i due casi nella circostanza che il rapporto coniugale trova tutela diretta nell'art. 29 Cost.*"

necessità di garantire a tali coppie **una tutela corrispondente** a quella che il matrimonio consente (7).

Premesso che pare evidentemente estranea al tema la menzione dell'art. 13 Cost., che riguarda la libertà personale fisica, sembra fuorviante per contro il tentativo di invocare a fondamento della pretesa in questa sede azionata la tutela della famiglia prevista dall'art. 29 Cost., giacché questo (a differenza di quanto si è finora detto del *matrimonio* in relazione alla disciplina codicistica) rinvia ad un modello pregiuridico di *famiglia* definita *società naturale* e perciò caratterizzata (tra l'altro) dall'astratta idoneità della coppia alla procreazione (essendo per contro irrilevante che tale idoneità sussista in concreto) e quindi dalla disparità di sesso (8).

Sotto tale profilo l'ordinanza di rimessione del Tribunale di Venezia richiede tuttavia una chiosa, laddove argomenta sulla scorta delle pronunce della Corte costituzionale che, nel tempo, hanno contribuito a ridisegnare quella che il collegio veneziano definisce "*accezione costituzionale di famiglia*", aprendola alle modificazioni imposte dall'evoluzione sociale per estendere la tutela apprestata dalla norma a tutte le situazioni di fatto avvicinati alla famiglia legittima (dove la necessità di disancorare il *matrimonio*, che della famiglia costituisce il fondamento costituzionale, dalla limitazione alla nozione del codice civile). Se non che il Tribunale veneziano pare ignorare che la giurisprudenza richiamata ridisegna i rapporti sul presupposto della nozione istituzionale di *matrimonio*, da un lato eliminando le differenze tra marito e moglie **all'interno del matrimonio**, dall'altro affermando la tendenziale equiparazione di figli legittimi e naturali. Sicché la giurisprudenza richiamata dal Tribunale di Venezia, anziché ridimensionare, presuppone la nozione codici-

(7) Si può anzi ritenere che nel prescrivere il riconoscimento di una tutela corrispondente a quella delle coppie unite in matrimonio, queste stesse fonti presuppongano la qualificazione delle altre forme di convivenza in termini diversi dal matrimonio.

(8) Si veda sul punto DAL CANTO, *Matrimonio tra omosessuali e principi della Costituzione italiana*, in *La legge spagnola sul matrimonio tra persone dello stesso sesso e la tutela delle coppie omosessuali in Italia*, Foro It. 2005, V, 256 e segg.: "A noi sembra, in particolare, che l'art. 29 Cost. faccia riferimento ad un modello di famiglia che, pur suscettibile di sviluppi e cambiamenti, sia caratterizzato da un «nucleo duro» di cui il legislatore ordinario non può liberamente disporre. Tale previsione, in questo diversamente dal più essenziale art. 32 Cost. spagnola, deve interpretarsi nel senso che la tutela in essa prevista vada esclusivamente riferita ad un tipo di organizzazione familiare che, in mancanza di termini migliori, potremmo intendere come «tradizionale», definibile nella sua essenza, citando da uno dei più diffusi dizionari della lingua italiana, quale «legame affettivo tra due persone di sesso diverso. (...) Accogliendo questa impostazione si deve allora respingere, nel senso di considerarla costituzionalmente illegittima, l'eventualità che in Italia, attraverso una legge ordinaria, venga consentito l'accesso al matrimonio alle coppie di persone dello stesso sesso. Né pare di grande pregio l'argomento, talora richiamato a questo proposito, secondo cui impedire tale accesso determinerebbe una discriminazione nei confronti di alcuni soggetti rispetto ad altri: infatti, tale argomento presuppone di avere di fronte due situazioni equiparabili trattate in modo irragionevolmente diverso, mentre si tratta di situazioni dissimili, o meglio di situazioni che la Costituzione vigente impone di tenere distinte, e alle quali perciò devono essere dedicate discipline giuridiche, magari per alcuni aspetti analoghe, ma autonome e differenziate.

stica del *matrimonio*, salvo eliminare le disparità che ne possono derivare rispetto ad altre situazioni ad esso non riconducibili.

A dir poco singolare è poi la menzione, sempre da parte del Tribunale di Venezia, della L. 14.4.1982, n. 164 “*Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*”, che fa riferimento ad una situazione, quella del disallineamento tra sesso biologico e identità sessuale, che non ha nulla a che vedere con l’omosessualità (in cui sesso biologico ed identità sessuale coincidono come nel caso delle persone eterosessuali, ma l’orientamento sessuale si manifesta verso persone dello stesso sesso). Sicché prevedere lo scioglimento del matrimonio contratto precedentemente alla rettificazione del sesso attribuito nell’atto di nascita (art. 4) non fa che confermare l’essenziale caratterizzazione eterosessuale del matrimonio nel vigente ordinamento.

5. *Il matrimonio negli ordinamenti comunitario ed internazionale*

Neppure le disposizioni sopranazionali, poste dai ricorrenti a fondamento della loro pretesa (sia in quanto *ex se* applicabili, sia in quanto parametri di legittimità costituzionale attraverso il rinvio contenuto negli artt. 10 co. 2 e 117 co. 1 Cost.), contemplano il diritto delle coppie omosessuali ad accedere all’istituto matrimoniale; al contrario, la Corte di giustizia CE da un lato, nella sentenza 31.5.2001 in cause riunite C-122/99 P e C-125/99 P (in Giust. Civ. 2001, I, 2581), ha espressamente fatto ricorso alla nozione di matrimonio come “*unione di due persone di sesso diverso*” secondo la definizione comunemente accolta dagli Stati membri, ritenendola sottesa alle disposizioni dell’ordinamento comunitario che vi fanno riferimento e valendosene per giudicare su una questione in materia di trattamento retributivo del personale dipendente della Comunità europea; dall’altro lato ha ribadito la netta distinzione tra la problematica dell’ammissibilità del matrimonio tra omosessuali e quella dell’equiparazione, a determinati fini, tra matrimonio e convivenze di fatto registrate (sentenze 7 gennaio 2004 in causa C-117/01 e 1 aprile 2008 in causa C-267/06).

Va ricordata anche la più risalente sentenza Corte di giustizia CE 17.2.1998 in causa C-249/96, nella quale il giudice comunitario aveva fornito un panorama delle posizioni espresse in argomento non solo da organi comunitari, ma anche da altri giudici sovranazionali, affermando che “*31.(...) sebbene il Parlamento europeo abbia dichiarato (...) di deplorare qualsiasi discriminazione motivata dalla tendenza sessuale di un individuo, ciò nondimeno la Comunità non ha sino ad ora emanato norme che comportino un’equiparazione del genere. 32. Per quanto riguarda l’ordinamento giuridico degli Stati membri, sebbene per taluni di essi la comunione di vita tra due persone dello stesso sesso venga equiparata al matrimonio, benché in modo incompleto, nella maggior parte degli Stati membri essa non viene considerata equivalente alle relazioni eterosessuali stabili fuori del matrimonio se non per*

quanto riguarda un numero limitato di diritti oppure non è oggetto di nessun riconoscimento particolare. 33. Da parte sua la Commissione europea dei diritti dell'uomo considera che, nonostante i mutamenti odierni delle mentalità nei confronti dell'omosessualità, le relazioni omosessuali durevoli non rientrano nell'ambito d'applicazione del diritto al rispetto della vita familiare tutelato dall'art. 8 della Convenzione (v. in particolare le decisioni 3 maggio 1983, X e Y/Regno Unito, n. 9369/81, D R 32 pag. 220; 14 maggio 1986; S./Regno Unito, n. 11716/85, D R 47 pag. 274, paragrafo 2, e 19 maggio 1992, Kerkhoven e Hinke/Paesi Bassi, n. 15666/89, non pubblicata, paragrafo 1) e che norme nazionali volte a garantire, a scopo di tutela della famiglia, un trattamento più favorevole alle persone coniugate e alle persone di sesso opposto conviventi *more uxorio* rispetto alle persone dello stesso sesso che abbiano relazioni durevoli non sono in contrasto con l'art. 14 della Convenzione che vieta in particolare le discriminazioni fondate sul sesso (v. decisioni S./Regno Unito, loc. cit., paragrafo 7; 9 ottobre 1989; C e LM/Regno Unito, n. 14753/89, non pubblicata, paragrafo 2, e 10 febbraio 1990, B/Regno Unito, n. 16106/90, D R 64 pag. 278, paragrafo 2). 34. In un diverso contesto la Corte europea dei diritti dell'uomo interpreta del resto l'art. 12 della Convenzione nel senso che si applica unicamente al matrimonio tradizionale tra due persone di sesso biologico diverso (v. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze 17 ottobre 1986, Rees, Serie A n. 106, pag. 19, paragrafo 49, e 27 settembre 1990, Cossey, Serie A n. 184, pag. 17, paragrafo 43). 35. Da quanto precede si desume che allo stato attuale del diritto nella Comunità, le relazioni stabili tra due persone dello stesso sesso non sono equiparate alle relazioni tra persone coniugate o alle relazioni stabili fuori del matrimonio tra persone di sesso opposto. Di conseguenza, un datore di lavoro non è tenuto in forza del diritto comunitario ad equiparare la situazione di una persona che abbia una relazione stabile con un compagno dello stesso sesso a quella di una persona che sia coniugata o abbia una relazione stabile fuori del matrimonio con un compagno di sesso opposto”.

Anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nella sua stesura più recente (Strasburgo, 12.12.2007, in Gazz. Uff. U.E., C 303/1 del 14.12.2007), prevede che “Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio” (art. 9); nella “Spiegazione relativa all'articolo 9 — Diritto di sposarsi e di costituire una famiglia”, che accompagna la Carta si legge: “Questo articolo si basa sull'articolo 12 della CEDU, che recita: «A partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto». La formulazione di questo diritto è stata aggiornata al fine di disciplinare i casi in cui le legislazioni nazionali riconoscono modi diversi dal matrimonio per costituire una famiglia. **L'articolo non vieta né impone la**

concessione dello status matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso. Questo diritto è pertanto simile a quello previsto dalla CEDU, ma la sua portata può essere più estesa qualora la legislazione nazionale lo preveda”. Infatti l’art. 12 Convenzione europea dei diritti dell’uomo (CEDU), richiamato come si è appena visto dalla Carta dei diritti fondamentali, stabilisce che “*A partire dall’età maritale, l’uomo e la donna hanno diritto di sposarsi e di formare una famiglia, secondo le leggi nazionali che regolano l’esercizio di questo diritto*”. A questo riguardo la Corte europea dei diritti dell’uomo ha sottolineato che “*Il diritto di sposarsi garantito dall’art. 12 si riferisce al tradizionale matrimonio tra persone di opposto sesso biologico. Ciò risulta anche dalla lettera della disposizione, che rende evidente che l’art. 12 è finalizzato soprattutto a tutelare il matrimonio come base della famiglia. Inoltre l’art. 12 dispone che l’esercizio del diritto sia soggetto alle leggi nazionali degli Stati contraenti. Le limitazioni in tal modo introdotte non devono limitare o ridurre il diritto in modo o misura tali da vanificare l’essenza fondamentale del diritto. Tuttavia, il divieto legale imposto nel Regno Unito al matrimonio di persone che non siano di opposto sesso biologico non può dirsi suscettibile di cagionare tale effetto*”.

Avv. Riccardo Montagnoli*

Corte d’appello di Brescia, Sezione I Civile, decreto 2 luglio 2009 n. 69 - Pres. P. Dessì - Cons. Rel. D. Pianta - (Avv. dello Stato R. Montagnoli - AL 2206/08)

(... *Omissis*)

In data 1ottobre 2008 l’Ufficiale di Stato Civile del Comune di Bergamo aveva formalmente risposto negativamente alla richiesta di B. C. e D. S. riguardante le pubblicazioni di matrimonio, motivando con la contrarietà all’ordine pubblico del matrimonio fra persone dello stesso sesso, peraltro non disciplinato né previsto da alcuna. norma vigente.

Avverso tale provvedimento i predetti avevano proposto ricorso al Tribunale di Bergamo a sensi degli artt. 98 c.c., 95 d.P.R. n. 396/2000 e 737 cp.c., chiedendo ordinarsi all’Ufficiale di Stato Civile di procedere alle richieste pubblicazioni, eventualmente previa sospensione del processo al fine di rimettere alla Corte Costituzionale la questione di legittimità degli artt. 107, 108, 143, 143 bis, 156 bis c.c. in relazione agli artt. 2, 3 10 comma 2, 13 e 29 della Costituzione.

Si era costituito in giudizio il Sindaco del Comune di Bergamo, in qualità di Ufficiale del Governo, eccependo l’inammissibilità e comunque l’infondatezza del ricorso.

Con il provvedimento ora assoggettato a reclamo il Tribunale di Bergamo, dopo aver respinto l’eccezione preliminare svolta dall’Avvocatura dello Stato e reputato manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate dai ricorrenti, ha respinto il ricorso.

I primi Giudici hanno rilevato come sia infondata l’affermazione dei ricorrenti, a stregua della quale non esiste una definizione normativa di matrimonio, in quanto, in realtà, pur mancan-

(*) Avvocato dello Stato

done una definizione generale, sono ripetuti i richiami fatti dal diritto positivo alla nozione di matrimonio quale risulta sia dalla secolare evoluzione del diritto privato che dal comune sentire sin qui mai messo in discussione. Così che, anche richiamandosi proprio quegli articoli del codice civile della cui conformità al dettato costituzionale i ricorrenti dubitano, si ricava la pacifica configurazione del matrimonio quale unione fra due persone di sesso diverso che vogliono prendersi rispettivamente come marito e come moglie.

Né, ad avviso del Tribunale, vi è spazio per le dedotte questioni di costituzionalità, in quanto l'art. 29 della Costituzione, che si occupa espressamente della famiglia, come società naturale fondata sul matrimonio, fa palese riferimento alla rievocata, nozione derivante dall'evoluzione del diritto e del costume. E neppure dagli artt. 2 e 3 Cost., che tutelano i diritti inviolabili della persona e il diritto di uguaglianza, può ricavarsi l'esistenza di un diritto di rango costituzionale a contrarre matrimonio al di là delle condizioni prefigurate dall'ordinamento giuridico o di un diritto incondizionato a sposarsi.

È parimenti infondata, secondo il Tribunale, l'affermazione per cui il diritto qui propugnato troverebbe riscontro e riconoscimento nelle normative comunitarie e sopranazionali, anche perché proprio l'art. 12 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo si riferisce al matrimonio tradizionale fra due persone di sesso diverso.

Avverso tale provvedimento B. C. e D. S. hanno proposto reclamo alla Corte d'Appello con ricorso depositato in data 5 marzo 2009, con il quale vengono, in sostanza, riproposte le questioni già devolute alla conoscenza del Tribunale, con riferimento:

- alla effettiva nozione di matrimonio (non) ricavabile dal diritto positivo, ancorché vi siano nel corpo del codice civile alcuni articoli che sembrano presupporre la necessità che i nubendi appartengano a sesso diverso, laddove sarebbe compito del Giudice applicare un'interpretazione evolutiva dell'istituto che tenga conto del mutare della società;
- all'inesistenza di un divieto riguardante il matrimonio fra persone dello stesso sesso ed al dovere della magistratura, nell'inerzia del legislatore, di adeguare, in via interpretativa l'ordinamento giuridico in guisa da renderlo conforme ai principi costituzionali;
- all'esistenza, in ogni caso, di un contrasto fra la Costituzione italiana e il divieto del matrimonio fra persone dello stesso sesso, così come è agevole trarre dal testo degli art. 2 e 29, anche alla luce di recenti pronunce del Giudice delle Leggi: di talché, nel caso della ritenuta incompatibilità fra la vigente normativa, come sopra richiamata, e l'eventualità di un matrimonio fra persone dello stesso sesso, si sollecita ancora la rimessione della questione alla Corte Costituzionale.

Si è costituita in giudizio l'Avvocatura dello Stato, nell'interesse del Ministero degli Esteri, rinnovando l'eccezione d'inammissibilità del ricorso e chiedendo in ogni caso la reiezione dell'impugnazione.

Il Procuratore Generale ha concluso chiedendo la reiezione del reclamo.

A scioglimento della riserva assunta all'odierna udienza camerale, la Corte osserva quanto segue. Il ricorso è ammissibile, in quanto perfettamente corrispondente allo schema normativo dell'art. 98 c.c.: le parti hanno impugnato il diniego opposto dall'Ufficiale di Stato Civile alla richiesta delle pubblicazioni dei prospettato matrimonio richiedendo l'intervento del Tribunale al quale hanno sottoposto, in via incidentale, per vagliare la legittimità del rifiuto, la questione riguardante la compatibilità con il diritto vigente del matrimonio fra persone dello stesso sesso e prospettando, per il caso di risposta negativa, il dubbio di incostituzionalità delle norma da cui si potrebbe ricavare il relativo divieto.

Esso è comunque infondato.

Non può dubitarsi, innanzi tutto, che sotto nessun aspetto possa reputarsi la conformità del matrimonio fra persone dello stesso sesso al modello prefigurato tanto dalla tradizione, quanto dal diritto positivo (prima e dopo la riforma del 1975), quanto infine dalla Costituzione della Repubblica. I richiami effettuati dal Tribunale di Bergamo sono assolutamente pertinenti e vanno in questa sede ampiamente condivisi (del resto anche i reclamanti finiscono per ritenerli insuperabili e ne traggono lo spunto per sollecitare la Corte affinché sollevi questione di legittimità costituzionale).

Appare opportuno affrontare più approfonditamente la questione di legittimità costituzionale, su cui C. e S. hanno particolarmente insistito in sede di discussione orale.

La questione è manifestamente infondata.

Va premesso che storicamente all'istituto del matrimonio le legislazioni hanno da sempre affidato il ruolo di predisporre una disciplina positiva destinata a regolamentare gli effetti (di natura personale, patrimoniale e successorio) che di volta in volta vengono riconosciuti alla convivenza fra persone che nell'ambito di tale struttura giuridica vogliono inquadrare la convivenza familiare. Di qui l'attenzione posta dal legislatore ordinario alla regolamentazione dei diritti e doveri reciproci fra i coniugi e fra questi e, se vi sono, i figli.

La Costituzione della Repubblica italiana, invece, non contempla il matrimonio fra le espressioni della personalità umana da garantire (artt. 2 e 3), né rivolge attenzione a tale istituto giuridico se non, in via indiretta, attraverso l'art. 29, ove nel prevedere espressamente la tutela della famiglia e del principio di eguaglianza morale e giuridica dei coniugi (quest'ultima affermazione direttamente collegata alla eterosessualità dell'unione ed alla tradizionale disparità di fatto e di diritto fra maschio e femmina), fa riferimento all'istituto del matrimonio solo quale necessario presupposto per la tutela così accordata.

La doglianza espressa dai reclamanti, dunque, non può che rivolgersi al legislatore, che sino ad ora ha ritenuto di non dover apprestare istituti giuridici idonei a tutelare e regolamentare, con strumenti anche assimilabili a quelli previsti in materia matrimoniale, unioni non riconducibili al modello tradizionale del matrimonio e non necessariamente caratterizzate dall'identità di sesso dei loro partecipanti. Unioni che, tuttavia, non sono affatto vietate, ancorché non siano, per come si è detto, allo stato suscettibili di generare al loro interno ed anche verso l'esterno specifiche situazioni giuridicamente regolate e protette. Né, come ha efficacemente sottolineato il Tribunale di Bergamo, alle ragioni espresse dai reclamanti può essere di giovamento l'invocare pretesi sostegni da parte della normativa comunitaria o sovranazionale, essendo paradigmatico l'esempio, portato in quella sede, dell'art. 12 della Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo, che non a caso riconosce il diritto dell'uomo e della donna di sposarsi e di formare una famiglia. La natura della controversia suggerisce l'opportunità di compensare le spese della presente procedura.

P.Q.M.

Respinge il reclamo.

Tribunale Ordinario di Venezia, Sezione III civile, ordinanza del 4 aprile 2009 - Pres. Gionfrida - Giud. Rel. Guerra.

(... Omissis)

I ricorrenti hanno proposto ricorso avverso il provvedimento datato 3.7.2008 con il quale l'ufficio dello stato civile del Comune di Venezia ha rifiutato di procedere alla pubblicazione di

matrimonio dagli stessi richiesta, ritenendo l'assoluta illegittimità della pubblicazione "in forza del complesso normativo fondante l'ordinamento giuridico italiano e la contrarietà all'ordine pubblico costituito da principi fondamentali di rango sia costituzionale che ordinario", così motivando il diniego: "Considerato che la richiesta pubblicazione di matrimonio, intesa ad ottenere la celebrazione del matrimonio civile in questo Comune, è stata resa da due nubendi dello stesso sesso; Considerato che il fine della pubblicazione è quello di dare pubblicità al matrimonio per consentire eventuali opposizioni e, soprattutto, di verificare preventivamente la sussistenza delle condizioni richieste e la mancanza di impedimenti previsti dal codice civile, al fine di avere garanzia che il matrimonio, una volta celebrato, sarà pienamente valido ed efficace; Considerato che l'istituto del matrimonio, nell'ordinamento giuridico italiano è inequivocabilmente incentrato sulla diversità di sesso dei coniugi, desumibile dall'insieme delle disposizioni che disciplinano l'istituto del matrimonio, tanto che tale diversità di sesso costituisce presupposto indispensabile, requisito fondamentale per la fattispecie del matrimonio, a tal punto che l'ipotesi contraria, relativa a persone dello stesso sesso, è giuridicamente inesistente e certamente estranea alla definizione del matrimonio, almeno secondo l'insieme delle normative tuttora vigenti; Richiamato il decreto 10 giugno 2005 del Tribunale di Latina, relativo ad una richiesta di trascrizione di matrimonio, contratto all'estero, tra persone dello stesso sesso, nel quale viene specificato che: "...Alla luce di quanto precede deve allora concludersi che elemento essenziale per poter qualificare nel nostro ordinamento la fattispecie matrimonio è la diversità di sesso dei nubendi ed in tal senso si è pronunciata la Corte di Cassazione che nel distinguere in subiecta materia la categoria dell'inesistenza da quella della nullità, ha precisato che ricorre l'ipotesi dell'inesistenza quando manchi quella realtà fenomenica che costituisce la base naturalistica della fattispecie, individuandone i requisiti minimi essenziali nella manifestazione di volontà matrimoniale resa da due persone di sesso diverso davanti ad un ufficiale celebrante (Cass. n. 7877/2000; 1304/1990; 1808/1976). D'altronde non è senza ragione che, nel nostro codice civile, tra gli impedimenti al matrimonio (quali età, capacità, libertà di stato, parentela, delitto - artt. 84, 86, 87, 88 c.c.-) non è prevista la diversità di sesso dei coniugi e ciò ovviamente non perché tale condizione sia irrilevante, bensì perché essa, a differenza dei semplici impedimenti, incide sulla stessa identificazione della fattispecie civile che, nel nostro ordinamento, possa qualificarsi matrimonio". Visto il parere del Ministero dell'Interno espresso con nota del 28.07.2004, prot. 04006451 - 15100/15952, nel quale viene specificato che: "...in merito alla possibilità di trascrivere un atto di matrimonio contratto all'estero tra persone dello stesso sesso, si precisa che in Italia tale atto non è trascrivibile in quanto nel nostro ordinamento non è previsto il matrimonio tra soggetti dello stesso sesso in quanto contrario all'ordine pubblico, ai sensi dell'art. 18 del DPR 396/2000". Visto la circolare del Ministero dell'Interno n. 55 in data 18.10.2007 prot. n. 15100/397/0009861, relativa ai matrimoni contratti all'estero tra persone dello stesso sesso, nella quale viene affermato che "...in mancanza di modifiche legislative in materia, il nostro ordinamento non ammette il matrimonio omosessuale e la richiesta di trascrizione di un simile atto compiuto all'estero deve essere rifiutata perché in contrasto con l'ordine pubblico interno", escludendo categoricamente qualsiasi possibilità di matrimonio tra persone dello stesso sesso; Ritenuto, pertanto, che la sopraindicata richiesta di pubblicazione riguarda ipotesi giuridicamente inesistente e non assimilabile all'istituto del matrimonio secondo la disciplina prevista dal nostro ordinamento" (doc. 1 del fascicolo attoreo).

A sostegno del ricorso sono state svolte ampie argomentazioni in diritto, con le quali si è rilevato che nel nostro ordinamento non esisterebbe una nozione di matrimonio, né un divieto

espresso di matrimonio tra persone dello stesso sesso - non essendo previsto tra i requisiti per contrarlo la disparità *sexus* (ex art. 84 c.c.) -, che inoltre gli atti del Ministero degli Interni citati nel provvedimento si riferirebbero all'ordine pubblico internazionale e non all'ordine pubblico interno (che invece andrebbe richiamato nel caso di specie), che comunque tali atti sarebbero contrari alla Costituzione e alla Carta di Nizza e quindi da disapplicare, che in ogni caso l'interpretazione letterale delle norme codicistiche posta a fondamento dell'atto di diniego da parte del Comune sarebbe contraria alla Costituzione italiana, ed in particolare agli artt. 2, 3, 10 comma 2°, 13, 29.

Sulla base di tali argomenti i ricorrenti hanno chiesto al Tribunale, in via principale, di ordinare all'ufficiale di stato civile del comune di Venezia di procedere alla pubblicazione del matrimonio rifiutata e, in via subordinata, di sollevare la questione di legittimità costituzionale - previa positiva valutazione della rilevanza e non manifesta infondatezza - degli artt. 107, 108, 143, 143 *bis* e 156 *bis* c.c. rispetto agli artt. 2, 3, 10 comma 2, 13, 29 Cost., rimettendo gli atti alla Corte Costituzionale.

Con il ricorso in esame si chiede quindi che il Tribunale si pronunci in ordine al tema - assai dibattuto non solo fra i giuristi e non solo nel nostro Paese - relativo alla riconoscibilità del diritto delle persone omosessuali di contrarre matrimonio con persone del proprio sesso.

Nel nostro sistema il matrimonio tra persone dello stesso sesso non è né previsto, né vietato espressamente. È certo tuttavia che né il legislatore del 1942, né quello riformatore del 1975 si sono posti la questione del matrimonio omosessuale, all'epoca ancora non dibattuta, almeno nel nostro Paese.

Pur non esistendo una norma definitoria espressa, l'istituto del matrimonio, così come previsto nell'attuale ordinamento italiano, si riferisce indiscutibilmente solo al matrimonio tra persone di sesso diverso. Se è vero che il codice civile non indica espressamente la differenza di sesso fra i requisiti per contrarre matrimonio, diverse sue norme, fra cui quelle menzionate nel ricorso e sospettate d'incostituzionalità, si riferiscono al marito e alla moglie come "attori" della celebrazione (107 e 108), protagonisti del rapporto coniugale (art. 143 e ss.) e autori della generazione (artt. 231 e ss.).

Reputa il Tribunale che, proprio per il chiaro tenore delle norme sopra indicate, non sia possibile - allo stato della normativa vigente - operare un'estensione dell'istituto del matrimonio anche a persone dello stesso sesso. Si tratterebbe di una forzatura non consentita ai giudici (diversi da quello costituzionale), a fronte di una consolidata e ultramillenaria nozione di matrimonio come unione di un uomo e di una donna.

D'altra parte, non si può ignorare il rapido trasformarsi della società e dei costumi avvenuto negli ultimi decenni, nel corso dei quali si è assistito al superamento del monopolio detenuto dal modello di famiglia normale, tradizionale e al contestuale sorgere spontaneo di forme diverse, seppur minoritarie, di convivenza, che chiedono protezione, si ispirano al modello tradizionale e come quello mirano ad essere considerate e disciplinate. Nuovi bisogni, legati anche all'evoluzione della cultura e della civiltà, chiedono tutela, imponendo un'attenta meditazione sulla persistente compatibilità dell'interpretazione tradizionale con i principi costituzionali.

Il primo riferimento costituzionale con il quale confrontarsi, suggerito anche dai ricorrenti, è sicuramente quello di cui all'art. 2 della Costituzione, nella parte in cui riconosce i diritti inviolabili dell'uomo (diritti già proclamati dalla Costituzione ovvero individuati dalla Corte Costituzionale) non solo nella sua sfera individuale ma anche, e forse soprattutto, nella sua sfera sociale, ossia, secondo la formula della norma, "nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità", fra le quali indiscutibilmente la famiglia deve essere considerata la prima

e fondamentale espressione. La famiglia è infatti la formazione sociale primaria nella quale si esplica la personalità dell'individuo e nella quale vengono quindi tutelati i suoi diritti inviolabili, conferendogli uno *status* (quello di persona coniugata) che assurge a segno caratteristico all'interno della società e che conferisce un insieme di diritti e di doveri del tutto peculiari e non sostituibili tramite l'esercizio dell'autonomia negoziale.

Il diritto di sposarsi configura un diritto fondamentale della persona riconosciuto sia a livello sovranazionale (artt. 12 e 16 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948, artt. 8 e 12 CEDU e ora agli artt. 7 e 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea proclamata a Nizza il 7.12.2000), sia dall'art. 2 della Costituzione. È un diritto inteso sia nella sua accezione positiva di libertà di contrarre matrimonio con la persona prescelta (così anche Corte Cost. n. 445/2002), sia in quella negativa di libertà di non sposarsi e di convivere senza formalizzare l'unione (così Corte Cost. 13.5.1998 n. 166).

La libertà di sposarsi (o di non sposarsi) e di scegliere il coniuge autonomamente riguarda la sfera dell'autonomia e dell'individualità ed è quindi una scelta sulla quale lo Stato non può interferire, a meno che non vi siano interessi prevalenti incompatibili; ora, nell'ipotesi in cui una persona intenda contrarre matrimonio con altra persona dello stesso sesso il Tribunale non individua alcun pericolo di lesione ad interessi pubblici o privati di rilevanza costituzionale, quali potrebbero essere la sicurezza o la salute pubblica.

L'unico importante diritto con il quale potrebbe eventualmente ipotizzarsi un contrasto è quello dei figli di crescere in un ambiente familiare idoneo, diritto che corrisponde anche ad un indiscutibile interesse sociale. È chiaro tuttavia che tale interesse potrebbe incidere esclusivamente sul diritto delle coppie omosessuali coniugate di avere figli adottivi, diritto che è distinto, e non necessariamente connesso, rispetto a quello di contrarre matrimonio, tanto che alcuni ordinamenti stranieri, come si specificherà più avanti, pur introducendo il matrimonio tra omosessuali, hanno espressamente escluso il diritto di adozione; in ogni caso, nell'attuale ordinamento italiano ogni adozione di minorenni presuppone la valutazione di idoneità affettiva e di capacità genitoriale della coppia (si veda l'art. 6.2 della L. 184/1983), evidentemente funzionale alla valutazione dell'interesse del minore adottando, essendo così esclusa ogni automaticità tra il matrimonio, la richiesta di adozione e la decisione del Tribunale per i minorenni. Il secondo parametro di riferimento da prendere in esame, strettamente connesso al precedente, è quello di cui all'art. 3 della Costituzione, che vieta ogni discriminazione irragionevole, conferendo a tutti i cittadini "...pari dignità sociale, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali", impegnando lo Stato a "...rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana..." Essendo, per quanto sopra rilevato, il diritto di contrarre matrimonio un momento essenziale di espressione della dignità umana, si ritiene che esso debba essere garantito a tutti, senza discriminazioni derivanti dal sesso o dalle condizioni personali (quali l'orientamento sessuale), con conseguente obbligo dello Stato d'intervenire in caso di impedimenti all'esercizio.

Ne consegue che se lo scopo del principio di cui all'art. 3 della Costituzione è vietare irragionevoli disparità di trattamento, la norma - implicita nel nostro sistema - che esclude gli omosessuali dal diritto di contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso, così seguendo il proprio orientamento sessuale (né patologico, né illegale), non abbia alcuna giustificazione razionale, soprattutto se raffrontata con l'analoga situazione delle persone transessuali, che, ottenuta la rettificazione di attribuzione di sesso in applicazione della l. 14.4.1982 n. 164 possono contrarre matrimonio con persone del proprio sesso di nascita. Al riguardo va rammentato

che la coerenza con la Costituzione della legge n. 164/1982 è stata riconosciuta dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 165 del 6.5.1985 e che le valutazioni espresse dalla Corte sulla norma sospettata d'incostituzionalità confortano la tesi qui sostenuta, essendo stata riconosciuta la legittimità costituzionale non tanto sulla base del fatto che i soggetti abbiano compiuto e portato a termine un trattamento medico-chirurgico e che vi sia stato il provvedimento del Tribunale (che tramite una sorta di *factio iuris* attribuisce il sesso opposto), ma sulla base di argomenti di ben più ampio respiro.

In particolare, la Corte ha definito l'orientamento del transessuale come "naturale modo di essere" sostenendo che la legge sospettata d'incostituzionalità "si è voluta dare carico di questi "diversi" ponendo una normativa intesa a consentire l'affermazione della loro personalità e in tal modo ad aiutarli a superare l'isolamento, l'ostilità e l'umiliazione che troppo spesso li accompagnano nella loro esistenza così operando il legislatore italiano si è allineato agli orientamenti legislativi, amministrativi e giurisprudenziali, già affermati in numerosi Stati, fatti propri, all'unanimità dalla Commissione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (decisione 9 maggio 1978, nel caso Daniel OostenWijck contro Governo belga) e la cui adozione in tutti gli Stati membri della Comunità è stata caldeggiata con una proposta di risoluzione presentata al Parlamento Europeo nel febbraio 1983 (...) la legge n. 164 del 1982 si colloca, dunque, nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori, di libertà e dignità, della persona umana".

In tale pronuncia si coglie l'attenzione della Corte nell'evidenziare le illegittime discriminazioni subite in precedenza dalle persone transessuali, con affermazioni pienamente mutuabili anche per gli omosessuali. La Corte è sembrata attenta a rispettare il principio secondo la quale il giudizio di costituzionalità deve essere ancora più pregnante ove il sospetto riguardi categorie di persone che storicamente abbiano subito illegittime discriminazioni e che si debba presumere siano particolarmente suscettibili di subire ulteriori trattamenti ingiustificatamente sfavorevoli. Invero la legge n. 164 del 1982 ha profondamente mutato i connotati dell'istituto del matrimonio civile consentendone la celebrazione tra soggetti dello stesso sesso biologico d'incapaci di procreare, valorizzando così l'orientamento psicosessuale della persona. Con riferimento all'assetto normativo sistematico delineato l'identità di sesso biologico non può essere legittimamente invocata per escludere gli omosessuali dal matrimonio. Se è vero, infatti, che fattore meritevole di tutela è l'orientamento psicosessuale della persona, non appare in alcun modo giustificata la discriminazione tra coloro che hanno naturale orientamento psichico che li spinge ad una unione omosessuale, e non vogliono pertanto effettuare alcun intervento chirurgico di adattamento, né ottenere la rettificazione anagrafica per conseguire un'attribuzione di sesso contraria al sesso biologico, - ai quali è precluso il matrimonio -, e i transessuali che sono ammessi al matrimonio pur appartenendo allo stesso sesso biologico ed essendo incapaci di procreare.

D'altro canto, le opinioni contrarie al riconoscimento alla libertà matrimoniale tra persone dello stesso sesso, fatte proprie dall'Avvocatura dello Stato resistente, per giustificare la disparità di trattamento invocano ragioni etiche, legate alla tradizione o alla natura. Si deve tuttavia obiettare che tali argomenti non sono idonei a soddisfare il rigore argomentativo richiesto dal giudizio di legittimità, non solo perché, come si è già messo in luce, i costumi familiari si sono radicalmente trasformati, ma soprattutto perché si tratta di tesi alquanto pericolose quando si discute di diritti fondamentali, posto che l'etica e la natura sono state troppo spesso utilizzate per difendere gravi discriminazioni poi riconosciute illegittime; si pensi alla disuguaglianza tra i coniugi nel diritto matrimoniale italiano preriforma e al divieto delle donne di svolgere alcune professioni, entrambi fondati sulla convinzione che le donne fossero natu-

ralmente più deboli; ancora, nell'esperienza anche attuale di altri Paesi, vanno ricordati il divieto di contrarre matrimoni interrazziali o interreligiosi e la punizione di atti sessuali tra omosessuali anche se privati, giustificati con la contrarietà all'etica, alla tradizione o addirittura alla religione.

A ciò si aggiunga che, come si approfondirà più avanti, per i diritti degli omosessuali, così come per quelli dei transessuali, vi sono fortissime spinte, provenienti dal contesto europeo e sovranazionale, a superare le discriminazioni di ogni tipo, compresa quella che impedisce di formalizzare le unioni affettive.

Tali sollecitazioni sono evidentemente tese a far sì che gli Stati introducano specifici supporti giuridici e non si limitino a mere affermazioni di principio; infatti, ogni difesa formale della libertà, priva di un reale supporto giuridico strutturale, è debole e priva di effettività, come insegna l'osservazione del cammino compiuto da altre categorie per raggiungere un livello accettabile di realizzazione dei propri diritti. Basti pensare, nell'esperienza italiana, a quanto è avvenuto per le persone detenute e per le persone affette da handicap: ci si riferisce, per i detenuti, alla c.d. riforma penitenziaria introdotta con la legge 26.7.1975 n. 354, con la quale il legislatore ha risposto con una normativa tra le più avanzate allo stimolo proveniente proprio da una storica sentenza della Corte Costituzionale dell'anno precedente (n. 204/1974), e per i disabili alla legge 5.2.1992 n. 104 ("Legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate").

Un'ulteriore giustificazione per negare il matrimonio omosessuale è spesso individuata nel disposto dell'art. 29, 1° comma della Costituzione, laddove si afferma che la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come "società naturale fondata sul matrimonio", essendosi ritenuto che con tale espressione si sia inteso tutelare il solo nucleo legittimo di carattere tradizionale, ossia l'unione di un uomo ed una donna suggellata dal vincolo giuridico del matrimonio.

In realtà, il significato di tale espressione non è quello di riconoscere il fondamento della famiglia in un non meglio definito "diritto naturale", quanto piuttosto di affermare la preesistenza e l'autonomia della famiglia - come comunità originaria e pregiuridica -, dallo Stato, così imponendo dei limiti al potere del legislatore statale.

Che questa fosse l'intenzione del legislatore storico è messo ben in luce negli atti relativi al dibattito svolto in seno all'Assemblea Costituente in relazione all'art. 29 Cost., come emerge dall'intervento dell'on. A. M. nel corso della adunanza plenaria del 15 gennaio 1947. In particolare, in relazione alla formula "la famiglia è una società naturale", egli sottolineò che "... non è affatto una definizione, anche se ne ha la forma esterna, in quanto si tratta in questo caso di definire la sfera di competenza dello Stato nei confronti di una delle formazioni sociali alle quali la persona umana dà liberamente vita". Ed ancora: "Escluso che qui "naturale" abbia un significato zoologico o animalesco, o accenni ad un legame puramente di fatto, non si vuole dire con questa formula che la famiglia sia una società creata al di fuori di ogni vincolo razionale ed etico. Non è un fatto, la famiglia, ma è appunto un ordinamento giuridico e quindi qui "naturale" sta per "razionale". D'altra parte non si vuole escludere che la famiglia abbia un suo processo di formazione storica, né si vuole negare che vi sia sempre un più perfetto adeguamento della famiglia a questa razionalità nel corso della storia; ma quando si dice "società naturale" in questo momento storico si allude a quell'ordinamento che, perfezionato attraverso il processo della storia, costituisce la linea ideale della vita familiare. Quando si afferma che la famiglia è una "società naturale", si intende qualche cosa di più dei diritti della famiglia. Non si tratta soltanto di riconoscere i diritti naturali alla famiglia, ma di riconoscere la famiglia come società naturale, la quale abbia le sue leggi ed i suoi diritti di fronte ai quali

lo Stato, nella sua attività legislativa, si deve inchinare. Era d'altra parte assai forte e recente il ricordo delle leggi razziali: il divieto di matrimonio di cittadini italiani di razza ariana con persone appartenenti ad altra razza, la subordinazione del matrimonio di cittadini italiani con persone di nazionalità straniera al preventivo consenso del Ministero per l'Interno, il divieto per gli ebrei di sposarsi in terra italiana, l'obbligo d'improntare l'istruzione e l'educazione familiare al sentimento nazionale fascista, tutte norme dirette a salvaguardare uno specifico concetto di famiglia imposto dallo Stato. Proprio ricordando gli abusi compiuti a difesa di una certa tipologia di famiglia, i Costituenti intesero marcare il confine tra autonomia familiare e sovranità statale, circoscrivendo i poteri del futuro legislatore in ordine alla sua regolamentazione. Regolamentazione che è tuttavia consentita, *rectius* imposta, ai sensi del 2° comma dell'art. 29 Cost. e di quelli immediatamente seguenti, solo quando si rende necessario un intervento statale atto a garantire i valori, questi sì costituzionalizzati, dell'eguaglianza tra coniugi, dell'unità familiare, del mantenimento, istruzione ed educazione dei figli.

Il fatto che la tutela della tradizione non rientri nelle finalità dell'art. 29 Cost. e che famiglia e matrimonio si presentino come istituti di carattere aperto alle trasformazioni che necessariamente si verificano nella storia, è poi indubitabilmente dimostrato dall'evoluzione che ha interessato la loro disciplina dal 1948 ad oggi. Il codice civile del 1942 recepiva un modello di famiglia basato su di un matrimonio indissolubile e su di una struttura gerarchica a subordinazione femminile; basti pensare al fatto che l'art. 143 parlava solo di obblighi reciproci e non di diritti, alla potestà maritale dell'art. 144, al dovere del marito di proteggere la moglie di cui all'art. 145, all'istituto della dote. Tale caratterizzazione autoritaria e gerarchica si traduceva, sul fronte penale, nella repressione del solo adulterio femminile, nella responsabilità penale del marito solamente per abuso dei mezzi di correzione nei confronti della moglie, nella previsione del delitto d'onore, nell'estinzione del reato di violenza carnale a mezzo del matrimonio riparatore. Sono ben noti gli interventi della Corte Costituzionale a tutela dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, fra cui la storica sentenza n. 126/1968 che, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 559 comma 1 e 2 c.p. che puniva il solo adulterio della moglie, ha sottolineato proprio il mutamento della società, superando così il proprio orientamento precedente solo di pochi anni, con il quale, richiamandosi al "tradizionale concetto della famiglia, quale tuttora vive nella coscienza del popolo", aveva dichiarato non fondata la medesima questione (sentenza n. 64/1961). Anche in questo caso è stata proprio la Corte Costituzionale ad aprire la strada ad una riforma del diritto di famiglia, attuata con la legge del 1975, effettivamente in linea con i principi di eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, superando la tradizione ultramillenaria secondo la quale la donna nell'ambito della famiglia doveva rivestire un ruolo subordinato. Ancora, vanno menzionati la mancata costituzionalizzazione dell'indissolubilità del matrimonio e la conseguente introduzione legislativa del divorzio, nonché la progressiva attuazione per via legislativa (da ultimo con la l. 54/2006) del principio costituzionale di eguaglianza tra figli legittimi e figli naturali: tutti esempi che dimostrano come l'accezione costituzionale di famiglia, lungi dall'essere ancorata ad una conformazione tipica ed inalterabile, si sia al contrario dimostrata permeabile ai mutamenti sociali, con le relative ripercussioni sul regime giuridico familiare.

Le considerazioni che precedono sul significato dell'espressione "società naturale" e sull'estraneità della tutela del "matrimonio tradizionale" alle finalità dell'art. 29 Cost. portano a ritenere prive di fondamento quelle tesi che giustificano l'implicito divieto di matrimonio tra persone dello stesso sesso ricorrendo ad argomenti correlati alla capacità procreativa della coppia ed alla tutela della procreazione. Al riguardo sarebbe, peraltro, sufficiente sottolineare come né la

Costituzione, né il diritto civile prevedano la capacità di avere figli come condizione per contrarre matrimonio, ovvero l'assenza di tale capacità come condizione di invalidità o causa di scioglimento del matrimonio, essendo matrimonio e filiazione istituti nettamente distinti.

Una volta escluso che sulla disposizione dell'art. 29 Cost. possa trovare fondamento il trattamento differenziato delle coppie omosessuali rispetto a quelle eterosessuali, si ritiene che tale norma, proprio nel momento in cui attribuisce tutela costituzionale alla famiglia legittima - contribuendo essa, grazie alla stabilità del quadro delle relazioni sociali, affettive ed economiche che comporta, alla realizzazione della personalità dei coniugi -, lungi dal costituire un ostacolo al riconoscimento giuridico del matrimonio tra persone dello stesso sesso, possa assurgere ad ulteriore parametro, unitamente agli artt. 2 e 3, in base al quale valutare la costituzionalità del divieto.

Ulteriore riferimento costituzionale che rileva nella questione in esame è, più che quello di cui all'art. 10, 2° comma (suggerito dai ricorrenti) che riguarda la condizione giuridica dello straniero, quello di cui all'art. 117, 1° comma Cost., che vincola il legislatore al rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e degli obblighi internazionali. Vengono in rilievo al riguardo, quali norme interposte, innanzitutto gli artt. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare), 12 (diritto al matrimonio) e 14 (divieto di discriminazione) della Convenzione per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali. Con riferimento in particolare all'art. 8, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha accolto una nozione di "vita privata" e di tutela dell'identità personale in essa insita, non limitata alla sfera individuale, bensì estesa alla vita di relazione, arrivando a configurare un dovere di positivo intervento degli Stati di rimediare alle lacune suscettibili di impedire la piena realizzazione personale. Sempre in relazione al medesimo articolo, nel caso *Goodwin c. Regno Unito*, 17/7/2002, la Corte di Strasburgo ha dichiarato contrario alla Convenzione il divieto di matrimonio del transessuale con persona del suo stesso sesso originario, per violazione del principio di rispetto della vita privata, superando il proprio precedente orientamento con il quale aveva ritenuto che il diritto di sposarsi garantito dall'art. 12 CEDU potesse essere riferito solo a persone di sesso biologico opposto (*Rees c. Regno Unito*, 17/10/1986). Va evidenziato come, nel cambiare il proprio orientamento, la Corte abbia fatto riferimento a quello che ha definito come "the very essence of the right to marry" e all'artificiosità dell'idea che i soggetti transessuali, dopo l'operazione, non sarebbero privati del diritto di sposarsi, potendo comunque sposare una persona del sesso opposto a quello loro originario. In altre parole, la Corte ha riconosciuto che non ha senso essere titolari di un diritto al matrimonio, se poi non si può scegliere con chi sposarsi. Richiamando e ampliando quanto sopra sostenuto relativamente al valore di quanto affermato nella sentenza n. 161/1985 della Corte Costituzionale, va ribadito che sono evidenti le analogie esistenti tra la fattispecie in merito alla quale la Corte Europea è stata chiamata ad esprimersi e quella del matrimonio omosessuale: anche le persone omosessuali non sono, formalmente, private del diritto di sposarsi con una persona del sesso opposto, ma è chiaro che non è a questo tipo di matrimonio al quale ambiscono al fine di realizzare la propria personalità.

Sempre con riguardo all'art. 117, 1° comma Cost., e specificamente in relazione all'obbligo per il legislatore statale e regionale di rispettare i vincoli posti dall'ordinamento comunitario, si deve ricordare come anche la Carta di Nizza sancisca i diritti al rispetto della vita privata e familiare (art. 7), a sposarsi ed a costituire una famiglia (art. 9) e a non essere discriminati (art. 21) fra i diritti fondamentali dell'Unione Europea. È interessante, peraltro, notare come l'art. 9 non contenga (deliberatamente secondo quanto affermato nelle "spiegazioni" della stessa Carta), a dif-

ferenza dell'art. 12 CEDU, alcun riferimento "l'uomo e la donna". Ora, è vero che la Carta di Nizza non assume valore vincolante, non essendo stato ratificato il Trattato di Lisbona nell'ambito del quale era stata inserita, tuttavia, secondo quanto affermato dalla giurisprudenza, anche costituzionale, essa ha "carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei" (Corte Cost., sentenza n. 135/2002) e costituisce nella prassi un importante punto di riferimento sia per le istituzioni europee che per l'attività interpretativa dei giudici europei.

Non si devono dimenticare in quest'ambito nemmeno gli atti delle Istituzioni Europee che da tempo invitano gli Stati a rimuovere gli ostacoli che si frappongono al matrimonio di coppie omosessuali ovvero al riconoscimento di istituti giuridici equivalenti, atti che rappresentano, indipendentemente dal loro valore giuridico, la presa di posizione a favore del riconoscimento del diritto al matrimonio, o comunque, in termini più generali, alla unificazione legislativa, nell'ambito degli Stati membri, della disciplina dettata per la famiglia legittima da estendersi alle unioni omosessuali. Fin dal 1981, con la raccomandazione n° 924 del 1.10.1981, l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa aveva sentito la necessità di garantire la libertà di scelta dell'orientamento sessuale di ciascun individuo nonché la dignità delle coppie omosessuali all'interno della Comunità. Sono seguite poi la Risoluzione sulla parità dei diritti delle persone omosessuali nella Comunità Europea in data 8.2.1994 con la quale il Parlamento europeo ha apertamente individuato come obiettivo delle azioni comunitarie la rimozione degli "ostacoli frapposti al matrimonio di coppie omosessuali ovvero a un istituto giuridico equivalente, garantendo pienamente diritti e vantaggi del matrimonio e consentendo la registrazione delle unioni", la Risoluzione sul rispetto dei diritti umani nell'Unione Europea del 16.3.2000 con cui il Parlamento europeo ha chiesto "agli Stati membri di garantire alle famiglie monoparentali, alle coppie non sposate e alle coppie dello stesso sesso parità di diritti rispetto alle coppie sposate e alle coppie e alle famiglie tradizionali, in particolare in materia di legislazione fiscale, regime patrimoniale e diritti sociali". Da ultimo, merita menzione anche la recentissima risoluzione del 14 gennaio 2009 sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione Europea 2004-2008 che ha invitato gli Stati membri che si sono dotati di una legislazione relativa alle coppie dello stesso sesso a riconoscere le norme adottate da altri Stati membri e aventi effetti analoghi, ha esortato la Commissione a presentare proposte che garantiscano l'applicazione, da parte degli Stati membri, del principio di riconoscimento reciproco per le coppie omosessuali, sposate o legate da un'unione civile registrata, nella fattispecie quando esercitano il loro diritto alla libera circolazione previsto dal diritto dell'Unione Europea e ha invitato gli Stati membri che non l'abbiano ancora fatto, in ottemperanza al principio di parità, ad adottare iniziative legislative per eliminare le discriminazioni cui sono confrontate alcune coppie in ragione del loro orientamento sessuale (par. 75-77).

Infine, si deve prendere atto di come, in linea con tali risoluzioni del Parlamento Europeo e a conferma degli ormai consolidati mutamenti dei modelli e dei costumi familiari, nel diritto di molte nazioni di civiltà giuridica affine alla nostra, si stia delineando una nozione di relazioni familiari tale da includere le coppie omosessuali. In Olanda (l. 1/4/2001), Belgio (l. 1/6/2003) e Spagna (l. 30/6/2005) è stato rimosso *tout court* il divieto di sposare una persona dello stesso sesso; altri Paesi prevedono un istituto riservato alle unioni omosessuali (ci si riferisce alle Lebenspartnerschaft tedesche e alle registered partnership inglesi) con disciplina analoga a quella del matrimonio, o al quale è stata semplicemente estesa la disciplina matrimoniale, con l'esclusione, talvolta, delle disposizioni inerenti la potestà sui figli e l'adozione (Svezia, Norvegia, Danimarca, Finlandia, Islanda). Fra i Paesi che ancora non hanno introdotto il matrimonio o forme di tutela paramatrimoniali, molti comunque prevedono forme di registrazione

pubblica delle famiglie di fatto, comprese quelle omosessuali (Francia, Lussemburgo, Repubblica Ceca).

È sulla base di tutte le considerazioni esposte che il Tribunale è giunto al convincimento della non manifesta infondatezza della questione di illegittimità costituzionale, pur parzialmente modificando i parametri di riferimento rispetto a quelli indicati dai ricorrenti, delle norme di cui agli artt. 107, 108, 143, 143 *bis*, 156 *bis* e 231 c.c. laddove, sistematicamente interpretate, non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso; valuterà la Corte, qualora ritenesse la questione fondata, se vi sia la necessità di estendere la pronuncia anche ad altre disposizioni legislative interessate in via di consequenzialità ai sensi dell'art. 27 della L. 87/1953.

In punto di rilevanza, si osserva che l'applicazione delle norme indicate è evidentemente ineliminabile nell'*iter* logico-giuridico che questo remittente deve percorrere per la decisione: infatti, in caso di dichiarazione di fondatezza della questione così come sollevata, il rifiuto alle pubblicazioni - la cui richiesta dimostra inequivocabilmente la volontà di contrarre matrimonio - dovrebbe ritenersi, in assenza di altra causa di rifiuto, illegittima, mentre, in caso di non accoglimento, l'attuale stato della normativa imporrebbe una pronuncia di rigetto del ricorso. Per completezza si osserva che, a fronte del rifiuto alla pubblicazione da parte dell'ufficiale dello stato civile, essendo la pubblicazione una formalità necessaria per poter procedere alla celebrazione del matrimonio, non è individuabile alcun altro procedimento nell'ambito del quale valutare la questione.

P.Q.M.

Visti gli artt. 134 Costituzione della Repubblica, 1 legge Cost. 9 febbraio 1948, n. 1 e 23 e ss. della legge 11 marzo 1953 n. 87,

Dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 *bis* e 156 *bis*, nella parte in cui, sistematicamente interpretati, non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso, per contrasto con gli artt. 2, 3, 29 e 117, 1° comma della Costituzione,

Dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale, sospendendo il procedimento in corso.

** *** **

Note critiche sul relativismo giuridico

I due provvedimenti in commento ci offrono la possibilità di esaminare i fondamenti della tutela giuridica e sociale del matrimonio.

Con il primo, la Corte di Appello di Brescia, confermando una decisione del Tribunale di Bergamo, ha riconosciuto la legittimità di un rifiuto dell'ufficiale di stato civile di procedere alla pubblicazione di un matrimonio tra omosessuali, tenuto conto che, secondo il sentire comune, "*il matrimonio è una unione formale e stabile tra un uomo e una donna, essenzialmente diretta alla procreazione e all'educazione dei figli*" (così il provvedimento del Tri-

bunale di Bergamo, confermato dalla Corte).

La Corte, in particolare, respingendo la relativa questione di costituzionalità, ha precisato che la Costituzione “*non contempla il matrimonio tra le esplicazioni della personalità umane da garantire (artt. 2 e 3), né rivolge attenzione a tale istituto giuridico se non, in via indiretta, attraverso l’art. 29, ove nel prevedere espressamente la tutela della famiglia e del principio di uguaglianza morale e giuridica dei coniugi (quest’ultima affermazione direttamente collegata alla eterosessualità dell’unione ed alla tradizionale disparità di fatto e di diritto tra maschio e femmina) fa riferimento all’istituto del matrimonio solo quale necessario presupposto per la tutela così accordata*”.

La Corte ha anche chiarito che spetterebbe, in ogni caso, al legislatore di predisporre “*istituti giuridici idonei a tutelare e regolamentare, con strumenti anche assimilabili a quelli previsti in materia matrimoniale, unioni non riconducibili al modello tradizionale del matrimonio e non necessariamente caratterizzate dall’identità di sesso dei loro partecipanti*”

Con il secondo il Tribunale di Venezia, sollevando una specifica questione di legittimità costituzionale delle disposizioni del codice civile italiano che non consentono il matrimonio tra omosessuali, ha ritenuto che non ha “*alcuna giustificazione razionale*”, la norma, “*implicita nel nostro sistema, che esclude gli omosessuali dal diritto di contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso*”.

Il Tribunale ha ritenuto che “*il diritto di sposarsi configura un diritto fondamentale della persona, riconosciuto sia dalla Costituzione sia a livello sovranazionale*”.

E poichè “*la libertà di sposarsi (o di non sposarsi) e di scegliere il coniuge autonomamente riguarda la sfera dell’individualità*”, quella di sposarsi sarebbe “*una scelta sulla quale lo Stato non può interferire, a meno che non vi siano interessi prevalenti incompatibili*”, non essendo sussistenti “*alcun pericolo di lesione ad interessi pubblici o privati di rilevanza costituzionale, quali potrebbero essere la sicurezza o la salute pubblica*”, così come sarebbe stabilito anche dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo, dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea e dalla Costituzione (in particolare gli articoli 2 e 3).

Alla base delle istanze di coloro che chiedono una radicale riforma del diritto di famiglia, nel senso di provvedere al riconoscimento formale delle coppie omosessuali sembra esserci il desiderio di considerare il matrimonio ed ogni altra unione stabile tra individui, anche dello stesso sesso, non già un fatto sociale - quale esso è -, bensì un fatto “*privato*”, degno tuttavia di ricevere una piena tutela da parte dell’ordinamento.

Gli omosessuali, così come hanno il diritto a non subire alcuna discriminazione a causa della loro identità, hanno anche il diritto che i loro legami affettivi abbiano lo stesso riconoscimento dei corrispondenti legami

eterosessuali.

Questo punto di vista sembra essere del tutto ragionevole, tenuto conto dell'evoluzione del pensiero giuridico e sociale e, nel provvedimento di Venezia, è stato ricostituito in maniera molto ben articolata e con dotti riferimenti.

Come è stato, di recente, precisato dal prof. D'Agostino, presidente dei giuristi cattolici e già Presidente del Comitato Nazionale di Bioetica, in un articolo pubblicato su *"L'Osservatore romano"*, in questa visuale si intrecciano, per la verità, punti di vista differenti tra loro.

Alcuni (i c.d. liberazionisti) muovono dalla necessità di considerare ormai obsoleto e repressivo l'istituto del matrimonio, sicchè *"per ricomprendere in se stesso l'unione tra omosessuali, il matrimonio legale dovrebbe essere "depubblicizzato", reso cioè sempre più simile a un mero contratto di diritto privato, che per definizione va affidato nei suoi contenuti concreti alla più piena disponibilità dei contraenti"*: questa istanza è diretta ad iniziare una vera e propria battaglia libertaria, che teorizza un nuovo modello di convivenza di tipo essenzialmente individualistico, liberata dal peso del diritto.

Secondo altri (i c.d. liberali), sarebbe *"definitivamente tramontato l'ideale (o l'illusione) di un'etica (e in particolare di un'etica sessuale) universalmente condivisa e meritevole quindi di essere tutelata istituzionalmente"*(così ancora D'Agostino), così che diritto non dovrebbe e potrebbe privilegiare alcuna forma privata di vita, ma dovrebbe riconoscerle tutte, senza nessuna discriminazione.

Il diritto dovrebbe così perdere la propria innata caratteristica di formalizzare e garantire in maniera obiettiva gli istituti meritevoli di tutela per la società, per mettersi al servizio esclusivo dell'individuo e dei suoi privati e insindacabili desideri.

Questa visuale - di tipo essenzialmente relativistico - istintivamente non soddisfa, tenuto conto che non tutte le istanze ed i rapporti tra privati sono "giuridizzabili": l'amicizia, pur se apprezzabile, pacificamente non è meritevole di tutela giuridica perché, appunto, fatto privato.

Per il matrimonio non è così: la scelta di un uomo ed una donna di unirsi in matrimonio non risponde ad un criterio individualistico, trattandosi di un istituto che preesiste alla volontà dei coniugi e che si fonda, piuttosto, su un riconoscimento pubblico, che tutti gli ordinamenti nazionali ed in tutte le epoche, hanno ritenuto di difendere.

Ma, sotto questo profilo, la difesa del matrimonio eterosessuale da parte del diritto non è in funzione del semplice legame affettivo che lega i coniugi, ma si spiega per la necessità di difendere il bene superiore della famiglia, cioè della cellula fondamentale della società, istituzione che non è soggetta a condizionamenti culturali, economici, sociali.

Come viene chiarito in un documento della Congregazione per la dottrina

della fede, “Considerazioni circa i progetti di riconoscimento legale delle unioni tra persone omosessuali”, “*Nessuna ideologia può cancellare dallo spirito umano la certezza secondo la quale esiste matrimonio soltanto tra due persone di sesso diverso, che per mezzo della reciproca donazione personale, loro propria ed esclusiva, tendono alla comunione delle loro persone. In tal modo si perfezionano a vicenda, per collaborare con Dio alla generazione e alla educazione di nuove vite*”.

L’intuizione di tutti gli ordinamenti giuridici, ed in tutte le epoche, è quella che la difesa del matrimonio, per così dire, tradizionale, si spiega perché il matrimonio, per sua struttura, regola l’esercizio della sessualità al fine di garantire l’ordine delle generazioni.

Nella nostra Costituzione, gli artt. 29-31 sono, appunto, dedicati ai “Rapporti etico-sociali” e riconoscono “*i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio*”, e tale riconoscimento è in funzione della tutela delle nuove generazioni.

Gli artt. 30 e 31, in particolare, rendono evidente che la tutela della famiglia è preordinata alla tutela della c.d. parte debole della famiglia, che per molti anni è stata essenzialmente la “moglie” (matrimonio significa, propriamente, tutela della madre), oggi a seguito della riforma del diritto di famiglia, i figli, “*anche se nati al di fuori del matrimonio*” (art. 30), sì da garantire ad essi una adeguata difesa anche “*nei casi di incapacità dei genitori*”.

Le disposizioni del codice civile non si limitano a regolare i rapporti tra i coniugi, ma si dilungano a tutelare i figli, specie nelle situazioni di conflitto (si pensi ai provvedimenti in materia di affidamento dei figli in casi di separazione) o di precarietà (adozione).

In una parola, il nostro ordinamento tutela il matrimonio in vista della tutela della sopravvivenza della specie.

Più in generale, in tutti gli ordinamenti la famiglia è laicamente vista come il “luogo” privilegiato in cui gli essere umani acquistano una propria identità (di mariti e mogli, padri e madri, figli e figlie).

Gli stessi psicologi riconoscono pacificamente la necessità di un bambino di avere una famiglia in cui siano presenti i ruoli sia del padre che della madre, che - in modo complementare - sono in grado di assicurargli una crescita normale, ordinata e completa.

Queste caratteristiche, in un legame tra omosessuali, non possono costitutivamente essere presenti, trattandosi di un legame oggettivamente sterile (non sterile di fatto, come nelle coppie eterosessuali).

Il diritto, in questo senso, **prescindendo da ogni giudizio etico**, è chiamato a chiarire le ragioni per le quali non possono estendersi al rapporto tra omosessuali gli stessi principi e la medesima tutela del matrimonio eterosessuale, trattandosi di situazioni del tutto diverse tra loro e non equiparabili, anche alla luce di quanto disposto dagli artt. 2 e 3 Cost.

Oltre che essere assente qualsiasi giudizio morale, non vi è alcuna discriminazione per i legami omosessuali, essendo - al contrario - pacifico che il diritto comune riconosce alle coppie omosessuali, oltre che a quelle di fatto, alcuni diritti, (e si può anche pensare di estendere ancora di più questi diritti), senza che sia necessario introdurre nel codice nuovi istituti (così si pensi al testamento, alla locazione della casa comune, all'acquisto in comune della proprietà di un bene, ad alcuni diritti in ambito sanitario, ecc).

Né questa discriminazione può essere rinvenuta nella circostanza che alcuni di questi diritti devono essere attivati dalle persone conviventi di fatto, essendo questa caratteristica tipica del principio - questo sì moderno e laico - di autonomia della persona.

Viene da pensare che il provvedimento di Venezia (così come gli argomenti utilizzati da alcuni giuristi) siano piuttosto diretti ad un riconoscimento, per così dire, "simbolico" delle unioni omosessuali, ma si tratta di una petizione che non può trovare ingresso in un rigoroso ragionamento giuridico.

Il giurista deve, al contrario, interrogarsi sulle conseguenze che un istituto può portare alla evoluzione dell'ordinamento e ha il dovere di rigettare la richiesta di tutela, non perché sia insensibile, tutte le volte che intuisce che tale tutela si risolve - come sembra nel caso di specie - in un danno e in un indebolimento delle strutture portanti della società.

*Avv. Vincenzo Rago**

(*) Avvocato dello Stato.

PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO

A.G.S. - Parere del 2 febbraio 2009 prot. n. 33508 - Richiesta interessi per tardivo rimborso spese legali. (Avv. Massimo Bachetti - AL 19546/05).

«In riferimento alla nota di cui sopra relativa alla pretesa da parte del funzionario in oggetto del pagamento degli interessi sulla tardiva corresponsione del rimborso delle spese legali, si rappresenta quanto segue.

1- Il Dott. L. F., funzionario di codesta Agenzia, ha chiesto la corresponsione di interessi per il tardivo rimborso delle spese legali dallo stesso sostenute sia per un giudizio penale che per quello da responsabilità amministrativo contabile relative a parcelle liquidate dal Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Venezia rispettivamente in data 8/9/2003 e 18/10/2004.

Il predetto funzionario afferma di aver maturato il credito per interessi essendo intervenuto il relativo pagamento solo nel maggio 2006.

L'Avvocatura distrettuale di Venezia con nota prot. 32805 del 10.3.2005, diretta per conoscenza anche a questa Avvocatura generale, in risposta alla nota prot. n. 10.01.2005/03/10 dell'Agenzia delle Entrate comunicava che l'istanza di rimborso spese in argomento era di competenza dell'Avvocatura Generale. Con nota datata 4 aprile ricevuta da questa avvocatura il 14.04.2005 l'Agenzia delle Entrate D.R. Veneto trasmetteva l'istanza del dott. F. con relativa documentazione facendo peraltro presente che nonostante i ripetuti inviti l'interessato non avrebbe prodotto le fonti documentali che comprovino l'effettivo svolgimento dell'attività difensiva in quanto la liquidazione operata dal consiglio forense avrebbe reso ultronea ogni ulteriore indagine.

Con raccomandata dell'11 aprile 2005 pervenuta il 14.04.2005 il legale del dott. F. inviava a questa Avvocatura la documentazione in suo possesso relativa al giudizio avanti alla Corte dei Conti. Alla predetta comunicazione non faceva seguito alcun sollecito da parte del Dott. F.

Con successiva nota del 28/11/2005 prot. nn. 159641 e 159635 questa Avvocatura esprimeva il proprio parere di congruità relativamente al giudizio pendente avanti alla Corte dei Conti mentre non si è in alcun modo pronunciata

né è stata investita di specifica richiesta relativamente al giudizio penale.

2- Le spese legali *de quibus* sono state rimborsate ai sensi dell'art. 2 *bis* della legge n. 639 del 1996 che recita “*In caso di definitivo proscioglimento ai sensi di quanto previsto dal comma 1 dell'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, come modificato dal comma 1 del presente articolo, le spese legali sostenute dai soggetti sottoposti al giudizio della Corte dei conti sono rimborsate dall'amministrazione di appartenenza*”.

La norma ovviamente va coordinata con la disposizione generale dell'art. 21 comma 1 del regolamento di amministrazione dell'Agenzia delle Entrate, il quale stabilisce, senza prevedere alcun termine per la definizione del procedimento, che “*l'Agenzia, nella tutela dei propri diritti ed interessi ove si verifichi l'apertura di un procedimento di responsabilità civile, penale ed amministrativo - contabile nei confronti del dipendente, per fatti od atti compiuti nell'adempimento dei compiti d'ufficio eroga al dipendente stesso, su sua richiesta e previo parere di congruità dell'Avvocatura Generale dello Stato, il rimborso*”.

Il Consiglio di Stato ha affermato che “*il vaglio di congruità dell'organo o legale dello Stato costituisce esercizio di una discrezionalità tecnica conferita dalla legge il che comporta la sua sindacabilità in sede giurisdizionale limitatamente all'attendibilità dei criteri tecnici prescelti e del procedimento applicativo*” (ex multis, CdS sez. VI n. 5367/2004).

Da tale principio deriva, come logico corollario, che il credito per rimborso spese legali sostenuto dai dipendenti diventa liquido a seguito del giudizio di congruità dell'Avvocatura dello Stato, prima del quale non è possibile una quantificazione dell'esatto ammontare con la conseguente operatività del principio di cui all'art. 1182 c.c.. (“*i crediti liquidi ed esigibili di somme di danaro producono interessi di pieno diritto salvo che la legge disponga diversamente*”).

Si pone però il problema di stabilire se il rimborso in esame sia esigibile dal momento in cui viene reso all'amministrazione il parere di congruità oppure sia necessario attendere la definizione del procedimento con l'atto che riconosce il diritto al rimborso da parte dell'amministrazione di appartenenza del dipendente.

La questione va affrontata alla luce della giurisprudenza sia ordinaria (Cass.Sez.Unite 478 del 2006) che amministrativa (Consiglio di Stato sez. IV 1681/07) che ha riconosciuto al beneficio del rimborso delle spese legali in favore dei dipendenti pubblici sottoposti a giudizi di responsabilità civile penale ed amministrativa la natura giuridica di diritto soggettivo. Ciò implica che il riconoscimento del rimborso non ha effetto costitutivo dell'obbligazione che diviene liquida con il parere dell'Avvocatura dello Stato.

Per quanto attiene al verificarsi del requisito ultimo della esigibilità, si rileva che, non risultando a questa Avvocatura dello Stato uno specifico regolamento dell'Agenzia delle Entrate sul procedimento amministrativo, va applicato

il termine generale di 90 giorni stabilito dall'art. 2 comma 3 legge 241 del 1990, che decorre dalla data in cui l'amministrazione riceve il parere dell'Avvocatura dello Stato.

Si evidenzia, infine, che l'insorgenza del credito per interessi è subordinata alla effettiva corresponsione del compenso da parte del richiedente al proprio legale per l'attività professionale svolta e la decorrenza del termine di 90 giorni per il pagamento presuppone la previa produzione della quietanza di pagamento della somma di cui si chiede il rimborso.

Nel caso di specie, non risulta che l'interessato abbia prodotto quietanza di pagamento del proprio legale contestualmente alla presentazione della istanza di rimborso provvedendo a tale incombenza solo al momento del pagamento da parte dell'amministrazione.

Alla luce dei criteri suesposti, questa Avvocatura ritiene che non siano ravvisabili le condizioni per l'insorgenza del credito per interessi sulle spese legali rimborsate».

A.G.S. - Parere del 21 aprile 2009 prot. n. 124398 - Ricorso avverso cartella esattoriale, Nuova Tirrena S.p.A. c. Ministero Sviluppo Economico (Avv. Federica Varrone - AL 39982/08).

«La Nuova Tirrena s.p.a., in data 29.7.1999, ha emesso polizza fideiussoria n. 403.566 a garanzia della restituzione delle anticipazioni provvisorie concesse da codesto Ministero alla Conceria San Salvator di Pierro Pompeo Carlo s.n.c. in forza della L. 488/1992.

A seguito della revoca del decreto di concessione provvisoria, ed in assenza di restituzione di quanto indebitamente percepito, codesto Ministero, in esecuzione del provvedimento di revoca delle agevolazioni, ha provveduto ad attivare le procedure di recupero coattivo del credito a mezzo Concessionario per la Riscossione, con conseguente notifica all'impresa garante della cartella di pagamento.

Avverso detta cartella la Nuova Tirrena s.p.a. ha proposto opposizione lamentandone l'illegittimità per difetto di titolo esecutivo.

In particolare, l'impresa ha eccepito che, nella specie, codesta Amministrazione non avrebbe potuto procedere all'iscrizione a ruolo del credito ai sensi dell'art. 21 del D.Lgs. 46/99, in quanto la pretesa creditoria scaturirebbe da un rapporto di diritto privato - consistente nella prestazione della garanzia fideiussoria riguardante l'erogazione delle agevolazioni previste dalla L. 488/92 a favore di un'impresa destinataria del provvedimento ministeriale di revoca delle stesse - e che, quindi, sarebbe stato necessario ottenere previamente un titolo esecutivo.

La Nuova Tirrena s.p.a. ha eccepito, inoltre, l'inapplicabilità nei propri confronti dell'art. 24, comma 32, della L. 449/1997, secondo cui "*il provvedimento di revoca delle agevolazioni disposte dal Ministro dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato in materia di incentivi all'impresa costituisce titolo per l'iscrizione a ruolo, ai sensi dell'art. 67, comma 2, del D.P.R. 28 gennaio 1988, n. 43, e successive modificazioni, degli importi corrispondenti degli interessi e delle sanzioni*", in quanto detta norma si riferirebbe solo al diretto destinatario del provvedimento di revoca e non anche all'impresa garante.

Il Tribunale di Roma ha disposto la sospensione della cartella esattoriale condividendo le argomentazioni difensive della ricorrente.

Più precisamente, il Tribunale ha rilevato che per le entrate aventi causa in rapporti di diritto privato, come quelle oggetto di esame, l'iscrizione a ruolo è ammissibile solo in presenza di un titolo avente efficacia esecutiva, carente nella specie, e che l'art. 24, comma 32, D.Lgs. 449/1997 è applicabile solo nei confronti del soggetto beneficiario del contributo e non anche nei confronti dell'assicurazione garante.

Ciò posto, considerati i recenti approdi giurisprudenziali, non sembra più sostenibile la tesi, rimarcata da codesta Amministrazione, secondo cui il provvedimento di revoca costituisce, ai sensi dell'art. 24, comma, 32, D.Lgs. 449/1997, valido titolo esecutivo anche nei confronti delle imprese garanti alle quali è stato indirizzato.

Al riguardo si osserva quanto segue.

In via preliminare occorre evidenziare che, secondo la giurisprudenza di legittimità, il rapporto intercorrente tra codesta Amministrazione e le imprese garanti ha natura privatistica e, conseguentemente, le entrate aventi causa in detto rapporto, ai sensi dell'art. 21 del D.Lgs. 46/1999, possono essere iscritte a ruolo solo "*quando risultano da titolo avente efficacia esecutiva*".

La Corte Suprema di Cassazione, ha, al riguardo, avuto modo di precisare che l'obbligazione fideiussoria e l'obbligazione principale sono autonome sia da un punto di vista soggettivo che oggettivo, in quanto il fideiussore è estraneo al rapporto richiamato dalla garanzia e la relativa obbligazione ha ad oggetto non la restituzione del contributo ma il pagamento di una somma equivalente per l'ipotesi di mancato adempimento del debitore principale, e, pertanto, il recupero dei contributi, avendo causa in un rapporto di diritto privato, può essere effettuato, ai sensi dell'art. 21 del D.Lgs. 46/1999, solo previa formazione di titolo esecutivo (Cass. SS.UU. 2655/2008).

Posta, pertanto, la necessità di un titolo esecutivo per procedere all'iscrizione a ruolo nei confronti delle imprese garanti, occorre chiarire se detto titolo possa essere costituito, ai sensi dell'art. 24, comma 32, della L. 449/1997, dal provvedimento di revoca dei contributi.

E' noto che la giurisprudenza di merito non condivide l'opzione ermeneutica prospettata da codesta Amministrazione, e sostenuta dalla Scrivente nei

numerosi giudizi pendenti, secondo cui il provvedimento di revoca costituisce titolo esecutivo anche nei confronti dell'impresa garante alla quale è stato indirizzato (cfr. *ex multis*, Corte di Appello di Roma, sentenza n. 4827/07; Tribunale di Roma sentenze nn. 16112/08; n. 6226/08; 14600/08; n. 20946/08; 24868/04; Tribunale di Potenza n. 910/06; Tribunale di Napoli n. 10280/03; Tribunale di Roma ordinanze depositate in data 4.2.2009, G.I. dott. Oddi; 9.1.2008, G.I. dott. Pontecorvo; 10.3.2008 G.I. dott.ssa Battisti; 10.4.2008, G.I. dott. Sacco).

I principali argomenti posti a base delle pronunce giurisprudenziali sono i seguenti.

In primo luogo si ritiene che l'efficacia soggettiva del titolo esecutivo (*recitius*, del provvedimento di revoca) non può estendersi a soggetti diversi dal diretto destinatario (o suo erede). In particolare, si afferma che il provvedimento di revoca ha efficacia limitata ai rapporti fra l'Amministrazione che eroga il contributo ed il beneficiario dello stesso, e soltanto nei rapporti tra tali soggetti può assumere valenza di titolo esecutivo per la restituzione delle somme erogate, mentre rispetto all'assicuratore ha semplicemente il valore di condizione sospensiva dell'attivazione della garanzia fideiussoria. La società garante è, infatti, totalmente estranea rispetto all'intero procedimento di attribuzione e successiva revoca del beneficio e la comunicazione della disposta revoca è effettuata al solo fine dell'attivazione della garanzia.

Si osserva, inoltre, che l'art. 24, comma 32, della L. 449/1997, proprio in quanto derogante ad un principio generale di segno opposto sancito dall'art. 21 del D.Lgs. 467/1999, non può essere esteso oltre i casi in esso specificamente previsti.

Considerato che il provvedimento di revoca ha effettivamente quale unico destinatario il beneficiario e non anche il garante al quale è meramente comunicato, tenuto conto del carattere eccezionale dell'art. 24, comma 32, della L. 449/1997, non appare più utilmente sostenibile la tesi che possa procedersi all'iscrizione a ruolo dei crediti nei confronti delle imprese obbligate in virtù della polizza fideiussoria sulla base del solo provvedimento di revoca.

A conforto di quanto esposto si richiama anche l'art. 28 del D.L. 185/2008, convertito in Legge, con modificazioni, dall'art. 1, L. 28 gennaio 2009, n. 2, che dispone che *“le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, escutono le fideiussioni e le polizze fideiussorie a prima richiesta acquisite a garanzia di propri crediti di importo superiore a duecentocinquanta milioni di euro entro trenta giorni dal verificarsi dei presupposti dell'escussione; a tal fine, esse notificano al garante un invito, contenente l'indicazione delle somme dovute e dei presupposti di fatto e di diritto della pretesa, a versare l'importo garantito entro trenta giorni o nel diverso termine eventualmente stabilito nell'atto di garanzia. In caso di inadempimento del garante, i predetti crediti sono iscritti a ruolo, in solido*

nei confronti del debitore principale e dello stesso garante, entro trenta giorni dall'inutile scadenza del termine di pagamento contenuto nell'invito".

Dalla lettura della citata previsione normativa si possono, infatti, trarre due ordini di considerazioni.

In primo luogo si evince che il legislatore ammette la possibilità per l'Amministrazione di procedere, senza titolo esecutivo, all'iscrizione a ruolo dei propri crediti nei confronti delle imprese garanti e dei debitori in via del tutto eccezionale, in quanto ciò è consentito solo per crediti di ingente valore (duecentocinquanta milioni di euro).

In secondo luogo la possibilità di procedere all'iscrizione a ruolo, senza titolo esecutivo, nei confronti delle imprese garanti è stata prevista "*expressa verbis*".

Alla luce di quanto esposto, al fine di evitare ogni possibile contestazione da parte del garante, appare opportuno che alla formazione del titolo esecutivo si pervenga tramite procedimento per decreto ingiuntivo di cui agli artt. 633 e ss. cpc, interessando l'Avvocatura dello Stato nel cui distretto si trova la sede dell'ente garante».

A.G.S. - Parere del 20 maggio 2009 prot. n. 159414 - Obbligo da parte dei pubblici ufficiali di segnalare alla Procura della Repubblica gli obiettori di coscienza che, seppure precettati, non hanno svolto il servizio di leva. (Avv. Luca Ventrella - AL 26186/08).

«In ordine al quesito posto con la nota in epigrafe, esaminata la documentazione trasmessa, si osserva quanto segue.

Deve ritenersi - conformemente ai più recenti arresti giurisprudenziali della Suprema Corte di Cassazione (cfr. Cass., sez. I, 9 marzo 2007, n. 12363; 16 novembre 2006, n. 42399) - che le innovazioni legislative di cui alla L. 14 novembre 2000, n. 331 e successive integrazioni non abbiano abolito totalmente il servizio di leva militare obbligatoria, bensì ne abbiano soltanto limitato l'operatività a specifiche situazioni e a casi eccezionali, di modo che non può considerarsi intervenuta l'*abolitio criminis* del reato relativo al rifiuto di prestare il servizio di leva, essendo invece tuttora vigente l'art. 14 della L. 8 luglio 1998 n. 98 che tale reato prevede.

La Suprema Corte ha più volte, di recente, affermato che la nuova normativa non avrebbe comportato la totale e generalizzata eliminazione del servizio militare obbligatorio (che è ancora previsto in riferimento a specifiche situazioni e a determinati casi eccezionali), ma avrebbe avuto piuttosto un effetto parzialmente abrogativo, tale da determinare la modificazione del contenuto del precetto penale, il quale non ricomprenderebbe più la condotta

penalmente sanzionata dalle disposizioni di leggi precedenti.

Le nuove disposizioni produrrebbero “*riflessi peraltro anche per i giovani nati precedentemente e che non avevano risposto alla chiamata o avevano rifiutato di prestare il servizio di leva prima di averlo assunto, applicandosi anche in tal caso la disposizione più favorevole al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile*” (Cass. pen. Sez. I, n. 12363/2007).

Se è vero dunque che l’esito cui si giunge è, in ogni caso, quello di un’assoluzione perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato, in quanto “*l’intervenuta sospensione del servizio militare di leva ridisegna la fattispecie penale del delitto di rifiuto della relativa prestazione eliminando il disvalore sociale della condotta incriminata*” (Cass. pen. Sez. I, n. 25812/2007), è pur vero che - in mancanza, allo stato, di una pronuncia sul punto delle Sezioni Unite ed in attesa di un ulteriore consolidamento della giurisprudenza - tale orientamento della Suprema Corte non può ancora considerarsi alla stregua di “diritto vivente”.

Allo stato, sembra dunque preferibile ritenere che i pubblici ufficiali siano ancora tenuti, ai sensi dell’art. 331 c.p.p., a denunciare alla competente Procura della Repubblica tutti gli obiettori che, seppur precettati, non abbiano adempiuto all’obbligo di leva, non potendo, peraltro, riconoscersi in capo ai medesimi pubblici ufficiali alcuna competenza in merito alla determinazione dell’attuale (ambito di) vigenza delle norme penali poste a tutela dell’obbligo di prestare il servizio civile; determinazione che invece spetta - in mancanza di un’espressa abrogazione - esclusivamente all’autorità giudiziaria nell’esercizio della funzione giurisdizionale.

Del resto, la stessa circostanza - segnalata da codesto Ufficio Nazionale per il Servizio Civile - secondo cui le Amministrazioni interessate spesso non sono in grado di accertare se il comportamento omissivo sia da attribuire a “rifiuto del servizio” oppure se sussistano condizioni tali da giustificare la mancata presentazione in servizio, non può che confermare la necessità (e comunque l’opportunità), *de jure condito*, di rimettere le relative valutazioni alla competente autorità giudiziaria.

Sul presente parere è stato sentito l’avviso del Comitato Consultivo di cui alla legge 103/79, che si è espresso in conformità ».

RECENSIONI

FEDERICO BASILICA e FIORENZA BARAZZONI, Diritto amministrativo e politiche di semplificazione.

(Maggioli Editore, 2009)

L'evoluzione del diritto amministrativo è sempre più influenzata dalle politiche di semplificazione. Nel volume si descrive tale evoluzione, facendo riferimento all'ordinamento comunitario, all'influsso della cooperazione in ambito Ocse e all'analisi comparata tra i principali sistemi giuridici europei. Nella prima parte si esaminano le iniziative assunte delle istituzioni comunitarie con il programma di *Better Regulation*, che punta non solo sulla riduzione dell'*acquis communautaire*, ma anche sulla consultazione, sull'analisi d'impatto della regolazione e sulla misurazione e riduzione degli oneri amministrativi.

La seconda parte è dedicata alla semplificazione in ambito nazionale, all'*Action plan* e agli strumenti introdotti dal legislatore per ridurre l'eccesso di regolamentazione, eliminare gli oneri burocratici e accelerare i tempi dell'azione amministrativa. Gli autori mettono in risalto l'importante ruolo del Consiglio di Stato e il "dialogo" istituzionale tra Stato, Regioni e Autonomie locali, e tra Governo e Parlamento, attraverso la Commissione parlamentare per la semplificazione della legislazione.

Nell'ambito della semplificazione normativa si analizzano lo strumento del "taglia-leggi" e le altre misure contenute nel decreto-legge n. 112 del 2008 e nelle leggi n. 9 e n. 69 del 2009 volte ad assicurare l'accessibilità del sistema e la "chiarezza dei testi normativi".

La parte conclusiva del volume si occupa della semplificazione ammini-

Federico Basilica, Avvocato dello Stato.

Fiorenza Barazzoni, Dirigente generale della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

strativa, illustrando le riforme intervenute in materia di procedimento amministrativo, di digitalizzazione della pubblica amministrazione, nonché gli istituti di semplificazione e liberalizzazione, che a vario titolo hanno trovato collocazione nelle novelle alla legge 241 del 1990. Particolare attenzione è dedicata alle novità contenute nel decreto-legge n.112 del 2008 e nella legge n. 69 del 2009, tra le quali spiccano il programma di misurazione e di riduzione degli oneri amministrativi e le iniziative dirette alla riduzione dei tempi dell'attività amministrativa, che fanno leva sulla responsabilizzazione dei dirigenti pubblici.

*Prefazione di Franco Gaetano Scoca**

Il bel libro di Federico Basilica e Fiorenza Barazzoni affronta con grande competenza un tema molto attuale in un sistema giuridico in cui i testi normativi sono sottoposti a continue riforme e il diritto amministrativo è alla ricerca di un equilibrato assetto delle regole sul procedimento amministrativo, che consenta il giusto temperamento tra esigenze di celerità e speditezza ed esigenze di garanzia dei destinatari e di ottimizzazione dell'interesse pubblico.

È ormai generalmente riconosciuta, sia in ambito internazionale che nazionale, l'importanza delle politiche di semplificazione al fine di migliorare l'efficienza della pubblica amministrazione, sostenere la competitività del Paese ed alleggerire gli oneri per cittadini ed imprese.

Gli Autori spiegano, con ampi riferimenti, come la semplificazione sia gradualmente divenuta sinonimo di "qualità della regolazione" o di *better regulation*, secondo l'espressione in voga negli ambienti comunitari, attraverso strumenti che operano sul sistema normativo non solo *ex post* ma anche *ex ante*. L'esigenza di una normazione di qualità implica coerenza e chiarezza delle regole da un punto di vista giuridico-formale, sia per gli operatori che per i cittadini, che non possono essere ritenuti responsabili dell'applicazione di regole su cui anche le amministrazioni e i giudici rivelano contraddizioni o incertezze. Si tratta di un aspetto di grande rilevanza che trova nel libro una sua compiuta e articolata ricostruzione, dalla quale emerge l'importanza di pervenire a regole "di qualità" anche sul piano della essenzialità e minore onerosità della normazione da un punto di vista economico-sostanziale, per cui una regola deve essere introdotta solo quando sia considerata indispensabile e se i benefici che si presumono siano superiori ai costi che ne possono derivare.

È difficile non condividere la tesi esposta nel libro che, forte di solidi agganci dottrinali, ritiene che, pur in mancanza di un espresso riferimento nella Carta fondamentale, alla qualità e alla chiarezza della regolamentazione possa

(*) Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza", Membro del Comitato scientifico della *Rassegna*.

essere attribuito valore costituzionale per la loro connessione con le istanze di certezza del diritto, nonché con il principio di uguaglianza davanti alla legge.

Per gli Autori, l'intelligibilità e l'accessibilità del diritto non sono che un mezzo per garantire lo scopo ultimo della protezione delle libertà costituzionalmente garantite.

Si tratta di temi che impegnano il costituzionalista e l'amministrativista, ma che richiedono lo sforzo congiunto anche di economisti ed esperti di statistica per i connessi profili di analisi di impatto della regolazione e misurazione degli oneri amministrativi.

Gli strumenti essenziali della *better regulation* trovano nel libro di Federico Basilica e Fiorenza Barazzoni una puntuale e chiara illustrazione: il ruolo di ciascuno di essi viene ricostruito sia in ambito comunitario che in ambito nazionale e a tale analisi viene affiancata l'esposizione della prospettiva comparata degli strumenti *ex ante* ed *ex post* di qualità della normazione in Europa.

La parte conclusiva illustra diffusamente le riforme che sono intervenute di recente sul procedimento amministrativo e gli istituti di semplificazione e liberalizzazione, che a vario titolo hanno trovato collocazione nelle novelle del 2005 alla legge 241/1990, con un occhio attento anche alle novità contenute nella manovra finanziaria del quarto Governo Berlusconi, che ha di recente licenziato un disegno di legge (Delega al Governo finalizzata all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico - Atto Senato n. 847) ed un decreto-legge (d.l. 25 giugno 2008, n. 112 - Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria) che contengono iniziative di grande impatto sul piano della semplificazione amministrativa (si pensi alla discussa previsione di un indennizzo per ritardo dell'azione amministrativa) e della riduzione dell'inflazione legislativa (che ruota intorno allo strumento del c.d. taglia-leggi).

Il libro non trascura la prospettiva comparatistica del fenomeno preso in esame e l'importanza della *multilevel regulatory policy*, ritenendo che le politiche e i meccanismi di coordinamento tra i diversi livelli di governo siano essenziali per lo sviluppo di una regolazione di alta qualità.

È stata in tal senso preziosa l'esperienza maturata sul campo dagli Autori, che in ambito OCSE hanno partecipato ai lavori del *Gruppo Regulatory Management and Reform*, sulla riforma della regolazione nei Paesi membri e non membri; in ambito comunitario hanno seguito i lavori del Consiglio Competitività e Crescita, con riferimento all'Agenda di Lisbona ed in particolare alle iniziative inerenti la c.d. *Better Regulation*; nell'ambito della cooperazione informale tra Ministri e Direttori Generali della Pubblica Amministrazione degli Stati membri dell'Unione Europea hanno partecipato alle attività dei Direttori

generali della Funzione Pubblica e del gruppo europeo dei Direttori per la *Better Regulation*.

E infine, nell'ultimo lustro, hanno seguito, con varie responsabilità e in posizione di primo piano, le attività del Governo italiano in materia di semplificazione, prendendo parte nel 2007 alla stesura del primo Piano d'azione italiano per la semplificazione e la qualità della regolazione.

Si tratta, in conclusione, di una opera utile, aggiornata e pienamente convincente.

** *** **

RENATO FEDERICI, Guerra o diritto? Il diritto umanitario e i conflitti armati tra ordinamenti giuridici.

(Editoriale Scientifica, 2009)

La guerra come strumento alternativo al diritto nella composizione dei contrasti politici ed economici nonché come conseguenza di scelte sociali e religiose dei popoli, è contrapposta alla regolazione giuridica.

Il recente e pregiatissimo studio del Prof. Renato Federici giunge alla dimostrazione dell'alternatività assoluta tra guerra e diritto, attraverso la nota teoria di Santi Romano sugli ordinamenti giuridici, e dopo aver affermato che il genere prossimo del diritto è la guerra.

Attraverso un'approfondita disamina del pensiero filosofico e dell'evoluzione della scienza giuridica l'Autore perviene ad una definizione di "guerra" intesa come negazione del diritto, la cui descrizione fenomenica è spiegabile quale conflitto tra ordinamenti giuridici.

La tesi – rifiutando le teorie normativistiche inidonee a spiegare il rapporto antitetico sopra descritto – si pone come sviluppo dommatico ed applicazione metodologica della nota teoria di Santi Romano sugli ordinamenti giuridici.

Ed infatti solo il relativismo sotteso alla citata teoria - l'esistenza di una pluralità di ordinamenti come espressione di società organizzate e del loro reciproco riconoscimento - riesce a spiegare il rapporto antitetico della guerra rispetto al diritto ma al contempo e non senza paradosso, l'identità di funzioni tra le due categorie concettuali.

Diritto e guerra si pongono infatti come strumenti alternativi rispetto alla composizione dei conflitti, in un rapporto di regola ed eccezione nonché di necessaria successione temporale di talché dal fallimento del diritto si origina la guerra i cui esiti tornano ad essere consacrati da regole del diritto (di norma

i Trattati di Pace) per il mantenimento dei nuovi equilibri socio - economici scaturiti dal conflitto armato.

La dichiarata matrice filosofica è da ricondurre al pensiero di Platone, Kant, Montesquieu, e infine Bobbio che già prefiguravano nelle federazioni tra gli Stati il mezzo politico per scongiurare la guerra.

La fiducia di fondo di tale impostazione è che ampliando la sfera di operatività del “*Diritto*” anche nelle relazioni internazionali tra gli Stati, si possano limitare i conflitti armati, intesi come autodistruzione del genere umano e assassinio di massa.

In questa logica, non vi è spazio alcuno per giustificare la violenza: non esiste né la guerra giusta né quella legittima.

Considerato inoltre che lo “*ius ad bellum*” è inteso quale espressione della Sovranità esterna degli Stati - presupponendo dunque il loro mutuo riconoscimento - l’evoluzione del Diritto internazionale conferma, sia pure con molta difficoltà, la volontà politica della Comunità internazionale di “*ripudiare*” la guerra come strumento di risoluzione dei conflitti.

La conseguenza di tale teoria è la negazione del “*Diritto bellico*” inteso come pretesa di disciplinare giuridicamente l’uso della forza e il ricorso alla violenza collettiva ed organizzata.

Se infatti la guerra è negazione assoluta e imprescindibile del diritto nella risoluzione dei conflitti tra ordinamenti giuridici non vi è spazio per una qualificazione del diritto bellico inteso come “*regolazione*” dell’uso della forza.

Semmai i compiti di Difesa nazionale e di disciplina delle Forze Armate sono espressione di Diritto interno volto ad organizzare gli apparati militari e non già i “*rapporti bellici*”, in sè considerati.

Parimenti il Diritto umanitario è una branca del Diritto internazionale inteso come apposizione di limiti esterni ed eccezionali all’uso della forza a tutela dei fondamentali diritti naturali dell’Uomo e nel rispetto di sentimenti umanitari, universalmente condivisi (trattamento dei prigionieri, principi di proporzionalità, difesa delle popolazioni civili, etc.).

L’indagine - di estremo rigore scientifico - si snoda attraverso la chiara descrizione del processo evolutivo del diritto nella civiltà Occidentale, in una logica, condivisibile, di stretta connessione con i processi storici di riferimento.

In questa prospettiva, l’evoluzione del pensiero filosofico greco - che rappresenta il fondamento di un primigenio “*diritto pubblico*”, in ragione del suo riferimento alla *polis* - è legata alla nascita di forme di governo in senso “*democratico*”; di converso le varie manifestazioni del potere politico e la ritenuta necessità del ricorso alla guerra sono analizzate all’interno del pensiero bellicista: dal De Vitoria a Shmitt.

Analogamente, secondo l’Autore, lo sviluppo della scienza giuridica e la diatriba tra giusnaturalisti (capostipite Grozio) e giuspositivisti (Kelsen) trova fondamento nella necessità di individuare all’interno degli Stati moderni, l’es-

senza di “*diritti umani*” universalmente riconosciuti.

In questa prospettiva l’origine del Diritto internazionale moderno è ricondotto all’equilibrio politico scaturito all’esito dei Trattati di Westfalia che segnano il passaggio epocale verso la nascita degli Stati moderni ed una più matura laicizzazione del diritto.

Al di là degli esiti ai quali approda la ricerca, lo studio ha anche il grande merito di collegare l’evoluzione del pensiero filosofico e giuridico, nonché l’evoluzione del diritto occidentale, secondo una chiara ed accessibile lettura della Storia.

Profondo conoscitore degli eventi storici e del loro più remoto significato l’Autore individua un percorso di progressiva “*laicizzazione*” del diritto e del mutamento graduale degli Stati in senso “*democratico*”.

Da qui, nello sfondo dell’indagine, la descrizione della storia dell’Uomo, attraverso il pensiero filosofico e giuridico: dalla concezione platonica contrapposta a quella aristotelica, ai lineamenti del diritto feziale dei Romani; segue la descrizione del pensiero bellicista funzionale alle ragioni del potere temporale della Chiesa Cattolica fino alla rottura del protestantesimo quale base ideologica dei nuovi equilibri scaturiti dai Trattati di Westfalia, passaggio fondamentale per la nascita degli Stati moderni e del Diritto Internazionale.

L’ulteriore stadio di questo processo storico - all’esito degli orrori dei conflitti mondiali e della guerra atomica - è rappresentato dallo Statuto delle Nazioni Unite sottoscritto a S. Francisco il 26 giugno 1945 e volto a porre limiti indiretti alla sovranità statale.

In tale contesto la guerra è posta - di norma - al di fuori dei sistemi di risoluzione dei conflitti.

In tale nuovo contesto internazionale, gli Stati dovrebbero evitare il ricorso alla guerra per risolvere i contrasti che possono insorgere tra di essi col rivolgersi alla comunità che rappresenta tutti gli Stati per chiedere di risolvere le controversie. Tuttavia la recente storia dimostra che raramente gli Stati rinunciano alla loro sovranità per sottomettersi al giudizio, ad esempio, dell’ONU. Ciò potrebbe far credere che la guerra possa essere considerata come un istituto eccezionale previsto dal diritto rispetto a quelli ordinari, per la risoluzione delle contese. Invero, il fatto che le moderne costituzioni (e quindi anche quella italiana) ripudino la guerra come metodo di risoluzione delle diatribe internazionali non rende per ciò stesso giuridico questo metodo. Inoltre, il fatto che uno Stato preveda la possibilità di difendersi dall’attacco dell’aggressore, non rende giuridica la guerra, ma consente all’aggredito di rispondere con gli stessi metodi utilizzati dall’assalitore. I quali, si ribadisce, sono diversi da quelli giuridici, ma non per questo inidonei a definire la controversia a favore dell’uno o dell’altro dei contendenti. Per questo motivo, tanto la guerra quanto la rivoluzione armata sono criteri di autodifesa primordiali con i quali si crede di poter risolvere una disputa con l’uso della violenza bellica, e cioè

con l'utilizzo della forza che si contrappone all'esercito nemico.

A tal proposito, giova ricordare che per vivere in pace occorre l'accordo, mentre per scatenare la guerra è sufficiente che uno Stato aggredisca un altro. In altre parole, lo studio del Federici completa e chiarisce la nota definizione del Clausewitz (secondo cui la guerra consiste nella prosecuzione della politica con altri mezzi), nel senso che la guerra è la continuazione delle scelte politiche con strumenti diversi non solo da quelli politici ma anche da quelli giuridici.

*Antonella Anselmo**

(*) Avvocato del Foro di Roma.

DOTTRINA

Rilevanza giuridica del deposito dell'istanza di prelievo nella applicazione della legge n.89/2001

*di Sara Caiazza**

Con la promulgazione dell'art. 54 del d.l. n. 112 del 25 giugno 2008, convertito in legge n. 133 del 6 agosto 2008, secondo cui *“la domanda di equa riparazione non è proponibile se nel giudizio dinanzi al giudice amministrativo in cui si assume essersi verificata la violazione di cui all'art. 2, comma 1, legge 24 marzo 2001, n. 89, non è stata presentata una istanza ai sensi dell'art. 51 del Regio decreto 17 agosto 1907, n. 642”* (Regolamento per la procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato), il legislatore affronta la questione giuridica relativa alla rilevanza del mancato deposito dell'istanza di prelievo, ai fini della proponibilità della domanda di equa riparazione *ex lege* n. 89/2001, che abbia ad oggetto l'eccessiva durata di un giudizio amministrativo.

Com'è noto, la legge 89/2001 (la cd. “Legge Pinto”) ha introdotto in Italia (anche a seguito delle pressioni esercitate dagli organi del Consiglio d'Europa, oltre che, soprattutto, dalla CEDU, presso cui veniva depositato un numero sempre maggiore di ricorsi “italiani”) il diritto all'equa riparazione per chiunque ritenga di avere subito un danno, patrimoniale o non patrimoniale, per effetto del mancato rispetto del termine di ragionevole durata del processo, previsto dall'art. 6 della Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali, ratificata in Italia con la legge del 4 agosto 1955, n. 848

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

(così come modificata dalla legge 1 agosto 1973, di introduzione del citato art. 6).

Altrettanto noto è che l'art. 51, comma 2, del Regio decreto n. 642/1907, nello stabilire che “*nello stesso decreto di fissazione di udienza il Presidente può, ad istanza di parte o d'ufficio, dichiarare il ricorso urgente*”, prevede la possibilità, in capo al ricorrente del giudizio amministrativo, di produrre un'istanza al fine di far dichiarare il ricorso urgente, onde ottenerne la trattazione anticipata, scavalcando così il criterio cronologico di iscrizione delle domande di fissazione dell'udienza di discussione, previsto in via ordinaria.

L'istanza di prelievo rappresenta, dunque, un indice, non solo, dell'urgenza del ricorso amministrativo, ma anche, dell'interesse della parte ad una più sollecita definizione del giudizio.

Allo stato, pertanto, la questione, relativa alla rilevanza del mancato deposito dell'istanza di prelievo nel corso di un giudizio amministrativo del quale si lamenti l'irragionevole durata a norma della legge 89/2001, viene risolta dal legislatore nel senso della improcedibilità della domanda di equa riparazione, nell'ipotesi, appunto, di carenza di tale requisito.

L'art. 54 citato, *prima facie*, potrebbe far pensare che il legislatore abbia recepito l'orientamento giurisprudenziale (precedente alla sentenza delle SS.UU. n. 28507/2005) secondo cui il mancato deposito dell'istanza di prelievo doveva essere interpretato alla luce di quanto previsto dall'art. 2, comma 2, della legge 89/2001, che, nel dare rilevanza, ai fini dell'accertamento della violazione, anche al comportamento delle parti, escludeva l'addebitabilità all'Amministrazione dei tempi di eccessiva durata imputabili alla condotta della parte che non si era avvalsa dello strumento acceleratorio posto a sua disposizione: sosteneva la giurisprudenza, infatti, che solo a decorrere dal deposito dell'istanza di prelievo, l'eventuale ulteriore tempo decorso avrebbe potuto essere valutato dalla Corte di Appello adita al fine di giudicare della ragionevole durata (*ex multis*: Corte di Cassazione, sentenze nn. 22503/2004; 6180/2003; 15992/2002; 15445/2002).

Il predetto orientamento, com'è noto, cambiava poi radicalmente (anche in adesione a quello ripetutamente espresso dalla Corte di Strasburgo, presso cui nuovamente venivano ad essere depositati ricorsi italiani), con la sentenza della Corte di Cassazione n. 23187/2004 del 13 dicembre 2004, a cui hanno aderito le SS.UU. della Corte di Cassazione, con la sentenza del 23 dicembre 2005, n. 28507/2005.

Innovando la precedente interpretazione, la Corte di Cassazione escludeva che nei procedimenti davanti ai tribunali amministrativi regionali il ritardo riferibile all'organo di giustizia e la connessa insorgenza del diritto all'equa riparazione potessero essere configurabili soltanto se ed a partire dalla data in cui veniva depositata l'istanza di prelievo ed osservava che “*il processo amministrativo richiede, dopo il deposito del ricorso, un solo necessario infun-*

gibile impulso di parte costituito dalla presentazione nei due anni dal deposito del ricorso (...) di una apposita istanza di fissazione, in mancanza della quale la causa si estingue per perenzione; una volta presentata tale istanza, infatti, il processo è dominato dal potere di iniziativa del giudice". Tuttavia, veniva nel contempo evidenziato, che il mancato o ritardato deposito dell'istanza *de quo* potesse avere influenza sotto il diverso profilo della quantificazione dell'equa riparazione (1).

Questo il quadro giurisprudenziale esistente, allorché è intervenuta la disposizione normativa di cui all'art. 54 del d.l. 112/2008, conv. in l. n. 133/2008, all'inizio citata che individua nel mancato deposito una condizione di procedibilità del ricorso.

In ordine alla sfera di applicabilità dell'art. 54, legge 133/2008, occorre distinguere tra i giudizi introdotti precedentemente alla entrata in vigore della legge, da quelli introdotti successivamente.

Per quanto concerne i primi, sia che siano stati già decisi, ovvero siano solo pendenti, in assenza di deroghe specifiche da parte del legislatore, è da ritenersi applicabile l'ordinario principio del *tempus regit actum*. Sul punto, del resto, è già intervenuta la Corte di Cassazione, 1 sez., con la recente sentenza n. 25421, del 17 ottobre 2008, che ha così chiarito: *"In difetto di una disciplina transitoria e di esplicite previsioni contrarie, va infatti data continuità all'orientamento di questa Corte, secondo il quale il principio dell'immediata applicabilità della legge processuale concerne soltanto gli atti processuali*

(1) In relazione a tale indirizzo, interessante è stata la reazione della giurisprudenza della Corte di Appello di Napoli. Infatti, mentre alcuni decreti hanno interpretato il mancato deposito dell'istanza di prelievo, come circostanza del tutto irrilevante ai fini sia del riconoscimento del diritto, sia della quantificazione dell'indennizzo (cfr., *ex multis*, Corte di Appello di Napoli, 3 sez. civile, dr. Di Ruggiero, decreto n. 6742/2008 v.g); altri decreti, in conformità con l'orientamento espresso dalle SS.UU., hanno interpretato tale mancato deposito esclusivamente come elemento configurabile un "concorso di colpa" della parte nell'aver determinato l'irragionevole durata; concorso di colpa sanzionato con una riduzione (in genere del 50%) dell'indennizzo annuo (cfr. *ex multis* Corte di Appello di Napoli, 2 sez. civile, dr. Di Mauro, decreto n. 1089/2007 v.g.).

In altri decreti, invece, il mancato deposito dell'istanza è stato valutato sotto il profilo della carenza di interesse della parte ad una più sollecita prosecuzione del giudizio e, pertanto, si sono conclusi con il rigetto del ricorso (sul punto, cfr. Corte di Appello di Napoli, 3 sez. civile, dr. Piantadosi decreto n. 8702/2007 v.g.).

In particolare, secondo tale ultimo isolato orientamento, la mancata presentazione dell'istanza di prelievo se non esclude la sussistenza del diritto all'equa riparazione, non soltanto influisce sulla determinazione della relativa misura, ma può assumere valore sintomatico della mancanza di plausibili attese circa la verosimile fondatezza della pretesa esperita. Tale indirizzo si segnala per avere posto l'accento, ai fini della valutazione circa la fondatezza della domanda, sul concetto di *inerzia del ricorrente* che non abbia assunto tutte le iniziative offerte dal legislatore al fine di ottenere una più sollecita prosecuzione del giudizio.

Con la l. n. 133/2008, art. 54, invece, il legislatore sposta il *thema detidendum* per la Corte, dall'esame del comportamento inerte - rilevante, con riferimento all'art. 2, comma 2, legge 89/2001, ai fini della valutazione circa la fondatezza della domanda - ad un profilo squisitamente processuale, agevolando, così, il compito del giudice, tenuto ad una più rapida decisione.

successivi alla entrata in vigore della legge stessa, come ha affermato anche la Corte Costituzionale (sentenza n. 155/1990), quindi non incide su quelli anteriormente compiuti, i cui effetti, in virtù del principio tempus regit actum, restano regolati dalla legge sotto il cui imperio sono stati posti in essere”.

Per tutti i giudizi introdotti prima della entrata in vigore della l. 133/08 potrà considerarsi ancora valido, pertanto, l'orientamento consolidatosi con la sentenza delle SS.UU. n. 28507/05.

Per quanto concerne i giudizi introdotti successivamente alla entrata in vigore dell'art. 54 della legge 133/08, si pone il problema della sfera di applicazione di quest'ultimo allorché si lamenti l'eccessiva durata di giudizi amministrativi, ancora pendenti, con istanza di prelievo depositata dopo la entrata in vigore del predetto art. 54.

Invero, con la disposizione in parola, il legislatore, ponendo una condizione di procedibilità in ordine alla istanza di prelievo, esclude che tutto il periodo precedente al deposito di quest'ultima possa essere valutato; con la conseguenza che il periodo di fisiologica durata del processo amministrativo comincerà a decorrere successivamente al deposito dell'istanza e che, pertanto, un'eventuale eccessiva durata del processo potrà verificarsi solo dopo il decorso dei tre anni dal deposito della predetta istanza.

Una differente interpretazione, del resto, renderebbe la norma priva di un campo di applicazione.

"L'ingiustizia costituzionalmente qualificata" "a tipicità elastica" e l'opzione "qualitativa" della "gravità del danno" e della "serietà della lesione"

*Il danno non patrimoniale nel seguito di SS.UU.
11 novembre 2008*

*di Pasquale Fava**

SOMMARIO: 1.- La "tipicità elastica" che fonda l'"ingiustizia costituzionalmente qualificata" nella tripartizione categoriale delle "previsioni di legge" di cui all'art. 2059 c.c.: (la configurazione del danno non patrimoniale secondo Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972/3/4/5). 2.- Le perplessità riconnesse ad un'interpretazione quantitativa della "gravità del danno" e della "serietà della lesione" perorante un'inedita regola "de minimis". 2.1- (Segue) L'accoglimento di una prospettiva qualitativa che impone una valutazione giudiziale più rigorosa sulle conseguenze lesive di natura esistenziale. 3.- Il seguito giurisprudenziale delle decisioni Carbone-Preden del 2008: la posizione delle Sezioni Unite e della Sezione prima. 3.1- (Segue) Le decisioni della Sezione terza. 3.2.- L'orientamento della Corte dei conti, del Consiglio di Stato e dei giudici civili di merito. 4.- Considerazioni finali: periscono le vesti del "danno esistenziale" ma la sua ontologia si reincarna in quello biologico (come sua componente personalizzante) e morale (nella sua nuova e più ampia configurazione).

1. La "tipicità elastica" che fonda l'"ingiustizia costituzionalmente qualificata" nella tripartizione categoriale delle "previsioni di legge" di cui all'art. 2059 c.c.: (la configurazione del danno non patrimoniale secondo Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972/3/4/5)

L'analisi sistematica della giurisprudenza di legittimità intervenuta dopo le decisioni Carbone-Preden dell'11 novembre 2008 (1) attesta la sostanziale condivisione del modello proposto dal Supremo Collegio di nomofilachia se-

(*) Giudice della Corte dei Conti

(1) Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, 26973, 26974 e 26975, in *Foro it.*, 2009, I, 120 ss. con commento di A. PALMIERI, *La rifondazione del danno non patrimoniale, all'insegna della tipicità dell'interesse leso (con qualche attenuazione) e dell'unitarietà*, di R. PARDOLESI, R. SIMONE, *Danno esistenziale (e sistema fragile): "die hard"*, e G. PONZANELLI, *Sezioni unite: il "nuovo statuto" del danno non patrimoniale*, in *Giur. it.*, 2009, 61-72, con commento di G. CASSANO, *Danno non patrimoniale ed esistenziale: primissime note critiche a Cassazione civile, Sezioni unite, 11 novembre 2008, n. 26972*, 259-261 e di V. TOMARCHIO, *L'unitarietà del danno non patrimoniale nella prospettiva delle Sezioni Unite*, 318-325, in *Corr. giur.*, 2009, 48 ss., con commento di M. FRANZONI, *Il danno non patrimoniale*

condo cui le lesioni inferte a situazioni soggettive costituzionalmente protette (antecedentemente etichettate come danni esistenziali) non devono essere risarcite come categoria formalmente autonoma bensì a titolo di danno biologico o di danno morale nella sua nuova e più ampia configurazione.

Le decisioni in rassegna hanno pienamente condiviso la tripartizione delle categorie di “*previsioni di legge*” (che consentono la liquidazione dei danni non patrimoniali contemplati dall’art. 2059 c.c.) e la natura giuridica “*tipicamente elastica*” di quella fondata su un’“*ingiustizia costituzionalmente quali-*

del diritto vivente, in *Danno resp.*, 2009, 19 ss., con commento di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni unite. Un “de profundis” per il danno esistenziale?*, di S. LANDINI, *Danno biologico e danno morale soggettivo nelle sentenze della Cass. SS.UU. 26972, 26973, 26974, 26975/2008*, di C. SGANGA, *Le Sezioni unite e l’art. 2059 c.c.: censure, riordini e innovazioni del dopo principio*.

Per la descrizione e l’inquadramento sistematico delle decisioni P. FAVA, *Lineamenti storici, comparati e costituzionali del sistema di responsabilità civile verso la European Civil Law*, e G. DE ANGELIS, *Il danno risarcibile (contrattuale, extracontrattuale e precontrattuale) ed il nesso di causalità. La tutela per equivalente pecuniario: funzioni, tipologie e tecniche liquidative del risarcimento danni*, in P. FAVA, *La responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 2009.

In dottrina, altresì, AA.VV., *Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle S.U., 11 novembre 2008, n. 26972/3/4/5*, Milano, Giuffrè, 2009; C. CASTRONOVO, *Danno esistenziale: il lungo addio*, in *Danno resp.*, 2009, 5 ss.; P.G. MONATERI, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*, in *Riv. civ. prev.*, 2009, 56 ss.; E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*, in *Riv. civ. prev.*, 2009, 63 ss.; S. PATTI, *Le Sezioni Unite e la parabola del danno esistenziale*, in *Corr. giur.*, 2009, 415 ss.; D. POLETTI, *La dualità del sistema risarcitorio e l’unicità della categoria dei danni non patrimoniali*, in *Riv. civ. prev.*, 2009, 76 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il sistema del danno non patrimoniale dopo le decisioni delle Sezioni Unite*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, ss.; G. VETTORI, *Danno non patrimoniale e diritti inviolabili*, in www.personamercato.it; P. ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l’uso*, in *Riv. civ. prev.*, 2009, 94 ss.

Con le predette decisioni le Sezioni unite hanno avallato un sistema misto a tipicità “stretta” ed “elastica” che ammette il risarcimento del danno non patrimoniale ex art. 2059 c.c. in presenza di: 1) un fatto astrattamente sussumibile all’interno di una fattispecie criminale (art. 185 c.p.), 2) una previsione specifica di legge che contempli espressamente la risarcibilità del danno non patrimoniale e 3) un’“*ingiustizia costituzionalmente qualificata*” chiarendo, in conformità con quanto altrove già rilevato (P. FAVA, *La rivitalizzazione costituzionalmente orientata del rapporto obbligatorio: gli orientamenti della giurisprudenza costituzionale, di quella di legittimità e della scienza giuridica italiana*, in *ID.*, *Le obbligazioni. Diritto sostanziale e processuale*, Milano, Giuffrè, 2008, 153-213, nonché *ID.*, *Personalismo costituzionale, drittwirkung e “tutela risarcitoria minima” delle situazioni soggettive costituzionalmente garantite: l’art. 2059 c.c. è norma a tipicità “stretta”, “elastica” oppure atipica? (La protezione degli interessi e dei valori della persona umana attraverso il danno esistenziale di nuovo al cospetto delle Sezioni Unite)*, in *Riv. Corte conti*, 2007, 316-326, ove si era concluso per il rigetto della tesi della “stretta tipicità” e l’accoglimento di un sistema a “tipicità elastica”), che “il catalogo dei casi [...] non costituisce numero chiuso. La tutela non è ristretta ai casi di diritti inviolabili della persona espressamente riconosciuti dalla Costituzione nel presente momento storico, ma, in virtù dell’apertura dell’art. 2 Cost. ad un processo evolutivo, deve ritenersi consentito all’interprete rinvenire nel complessivo sistema costituzionale indici che siano idonei a valutare se nuovi interessi emersi nella realtà sociale siano, non genericamente rilevanti per l’ordinamento, ma di rango costituzionale attenendo a posizioni inviolabili della persona umana” (le situazioni soggettive previste dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo non ricevendo una costituzionalizzazione automatica - in tal senso C. cost., 24 ottobre 2007, n. 348 e 349 - non possono beneficiare *tout court* della tutela risarcitoria minima - punto 2.11. della decisione 26972/08).

ficata” (2). Difatti, la tipicità contemplata dall’art. 2059 c.c. avrebbe natura “*stretta*” in relazione a previsioni di legge contemplanti fattispecie di reato o di risarcibilità espressa dei danni non patrimoniali oltre che “*elastica*” per quelle fondate sull’“*ingiustizia costituzionalmente qualificata*” per le quali verrebbe in rilievo un “*rinvio mobile*” a tutti i “nuovi interessi emersi nella realtà sociale perché aventi rango costituzionale”. L’“*ingiustizia costituzionalmente rilevante*” (che dà luogo al risarcimento dei danni non patrimoniali previsti dall’art. 2059 c.c.), quindi, costituisce una categoria aperta a tutela della persona umana ed in linea con le decisioni della Corte costituzionale Maccarone (3), Dell’Andro (4) e Marini (5).

2. *Le perplessità riconnesse ad un’interpretazione quantitativa della “gravità del danno” e della “serietà della lesione” perorante un’inedita regola “de minimis”*

Il risarcimento del danno non patrimoniale per lesione di interessi e valori della persona (che diviene fruibile anche in relazione all’illecito contrattuale) (6), quindi, diviene possibile solo all’esito di un giudizio bifasico teso all’accertamento dell’esistenza di una lesione di una situazione soggettiva “*costituzionalmente inviolabile*” (c.d. “*ingiustizia costituzionalmente rilevante*”) (7)

(2) In relazione alla tutela degli interessi e valori della persona umana, quindi, la Suprema Corte non ha accolto la tesi della “*stretta tipicità*” alla tedesca (c.d. *numerus clausus*) aderendo, per converso, alla ricostruzione perorante “*tipicità elastica*”.

(3) C. cost., 12 luglio 1979, n. 87 e 26 luglio 1979, n. 88.

(4) C. cost., 14 luglio 1986, n. 184.

(5) C. cost., 11 luglio 2003, n. 233.

(6) Punto 4.1. della decisione 26972/08.

(7) Secondo le Sezioni unite, difatti, l’“*ingiustizia costituzionalmente qualificata*” verrebbe in rilievo solo in relazione a situazioni soggettive “*costituzionalmente inviolabili*” (sembrerebbero esclusi dalle guarentigie della “*tutela risarcitoria minima*” quegli interessi che, pur costituzionalmente previsti, non abbiano tale carattere).

Non è chiaro, tuttavia, se la Cassazione consideri “*inviolabili*” tutti gli interessi e i valori della persona umana, non identificando né fornendo un catalogo esemplificativo di quelli che tali non siano.

È noto che la Consulta, a differenza della Suprema Corte, non si sia mai impegnata (fino ad oggi) ad usare una terminologia simile che è, per converso, di conio dottrinale [E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, Giappichelli, 1996; in seguito *ID.*, *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, Milano, Giuffrè, 2004, 18-19 e 35 ss. e G. COMANDÈ, *Diritto privato europeo e diritti fondamentali. Saggi e ricerche*, Torino, 2004, 34; la dottrina ha fatto leva sulla decisione della Consulta del 19 maggio 1971, n. 109. Va in contrario rilevato che, a parte il rilievo che la questione concreta interessava la materia previdenziale (un pensionato affermava di essere stato leso dalla legge di recepimento dell’accordo Italia-Libia sul trasferimento delle posizioni assicurative dell’INPS all’ente previdenziale libico il quale, in applicazione della legge libica, aveva corrisposto una pensione inferiore a quella che il ricorrente avrebbe percepito dall’INPS), la Corte non ha voluto espresamente prendere posizione sulla questione dei confini dell’inviolabilità: “*A prescindere da ogni altra considerazione sulla classificabilità di un diritto, solo perché costituzionalmente garantito, fra i diritti inviolabili dell’uomo*”, punto 3 del “*considerato in diritto*”].

e del superamento della soglia della “gravità dell’offesa” e della “serietà del danno”.

L’introduzione di nuove categorie quali la “gravità del danno” e la “serietà della lesione” (8) spinge l’interprete a chiedersi quale possa essere la chiave di lettura più conforme alle istanze del personalismo costituzionale che ha prodotto nella materia della responsabilità civile l’emersione del principio della tutela risarcitoria minima delle situazioni soggettive costituzionalmente rilevanti.

Tra le possibili ricostruzioni accanto ad una opzione che valuta i predetti requisiti in senso qualitativo (di cui si tratterà in seguito) se ne giustappone una quantitativa (c.d. regola *de minimis*).

L’interpretazione quantitativa non appare in linea con il principio costituzionale della “tutela risarcitoria minima”. Difatti, al riconoscimento giurisdizionale del carattere inviolabile della situazione soggettiva danneggiata dovrebbe ragionevolmente conseguire una tutela piena ed omnicomprensiva.

È dubbio che, specie in assenza di base giuridica, possa essere applicata all’illecito civile un’inedita regola “*de minimis*” che, per converso, è stata positi-

Nella trilogia Maccarone-Dell’Andro-Marini il Giudice delle Leggi, difatti, non ha limitato la fruibilità della tutela risarcitoria minima alle violazioni di situazioni soggettive cui la Carta costituzionale riconosca il carattere dell’inviolabilità (sul punto C. conti, 24 aprile 2009, n. 473 secondo cui “*le previsioni costituzionali integrano pienamente il requisito previsto dall’art. 2059 c.c. (che contrariamente a quanto comunemente ritenuto non contempla una “riserva di legge” ma una mera “previsione di legge”), anche perché le richiamate sentenze della Consulta (C. cost., 87 e 88/79, Id., 184/86 e Id., 233/03) non hanno subordinato la “tutela risarcitoria minima” al requisito dell’inviolabilità ma esclusivamente alla copertura costituzionale della situazione soggettiva pregiudicata attivata in giudizio attraverso l’azione risarcitoria*”), anzi, in numerose occasioni ha precisato che la predetta tutela risarcitoria deve essere sempre concessa in relazione a “*tutti i danni che potenzialmente ostacolano le attività realizzatrici della persona umana*” (sentt. Corte cost. nn. 184 del 1986 e 307 del 1990) (C. cost., 7 maggio 1991, n. 202)). A questo punto pare che, anche per l’esplicito accoglimento da parte delle Sezioni unite della tesi della “*tipicità elastica*”, i giudici di merito dovranno effettuare una valutazione che sia il più vicino possibile agli orientamenti della Corte costituzionale e alla coscienza comune attuale. Sotto tale profilo, dunque, dovrà chiarirsi se esistano e quali siano i valori ed interessi della persona “*non inviolabili*” e se sia costituzionalmente ammissibile privare questi ultimi della garanzia (costituzionale) della “*tutela risarcitoria minima*”.

(8) Le Sezioni unite, introducendo ai fini dell’“*ammissione a risarcimento*” un “*requisito ulteriore*” non contemplato dall’art. 2059 c.c., hanno sancito che non tutti i pregiudizi inferti a situazioni soggettive “*costituzionalmente inviolabili*” possono dare luogo al risarcimento dei danni non patrimoniali ma esclusivamente quelli che determinino un’“*offesa grave*” e un “*danno serio*” (“*la gravità dell’offesa costituisce requisito ulteriore per l’ammissione a risarcimento dei danni non patrimoniali alla persona conseguenti alla lesione di diritti costituzionalmente inviolabili*” e che “*il diritto deve essere inciso oltre una certa soglia minima, cagionando un pregiudizio serio*”); l’introduzione del requisito viene fondato sul dovere di tolleranza precisando che “*la lesione deve eccedere una certa soglia di offensività, rendendo il pregiudizio tanto serio da essere meritevole di tutela in un sistema che impone un grado minimo di tolleranza*”, di guisa che “*il filtro della gravità della lesione e della serietà del danno*” possa attuare un “*bilanciamento tra il principio di solidarietà verso la vittima, e quello di tolleranza, con la conseguenza che il risarcimento del danno non patrimoniale*” sia “*dovuto solo nel caso in cui sia superato il livello di tollerabilità ed il pregiudizio non sia futile*”. Ciò perché “*pregiudizi connotati da inutilità ogni persona inserita nel complesso contesto sociale li deve accettare in virtù del dovere della tolleranza che la convivenza impone*” (art. 2 Cost.) - punto 3.11. della decisione 26972/08).

vamente introdotta in altre materie (concorrenza e divieto di aiuti di Stato) per soddisfare esigenze di *public policy* che difficilmente potrebbero essere estese ai rapporti interpretati. In relazione all'illecito civile, infatti, il principio compensativo specie in relazione a lesioni inferte ad interessi e valori della persona umana impone, per converso, l'integrale risarcimento dei danni cagionati come è stato del resto chiarito dalle Sezioni unite (“*il risarcimento del danno alla persona deve essere integrale, nel senso che deve ristorare interamente il pregiudizio*”) (9).

In altri termini, il riconoscimento del carattere inviolabile di una specifica situazione soggettiva dovrebbe implicare l'impossibilità di falcidiare la tutela giurisdizionale per motivi prettamente quantitativi sulla base di una (criticabile) interpretazione dei *dicta* delle Sezioni unite che sembra confondere il piano delle valutazioni finalizzate all'accertamento dell'*an debeatur* con quello della liquidazione del *quantum* e, ancora, quest'ultimo con quello afferente la stessa “attività” giurisdizionale delle pretese fondate sul “personalismo costituzionale” dal quale è germogliato il principio della “tutela risarcitoria minima”.

Pertanto, l'azione risarcitoria non può essere preclusa alle *small claims* (10).

Diversamente opinando, mettendo da parte l'irragionevole discriminazione che si profilerebbe tra danni patrimoniali e non (11), si creerebbero vaste aree di immunità giurisdizionale e, per tale ragione, la stessa convivenza sociale richiamata dalle Sezioni unite sarebbe irrimediabilmente pregiudicata nella misura in cui le Corti si sentissero autorizzate a non amministrare giustizia in relazione ad attività illecite che abbiano prodotto danni “*di piccolo taglio*”. Proprio in relazione a questi ultimi, tra l'altro, le politiche comunitarie e nazionali vanno in direzione opposta (si pensi al recente Libro Verde del 27 novembre 2008 “*sui*

(9) Punto 4.8. della decisione 26972/08.

(10) Non è chiaro per quale ragione debba escludersi l'attività giurisdizionale delle c.d. *small claims* (liti di piccolo taglio), laddove venga in rilievo una situazione soggettiva costituzionalmente rilevante, per giunta “inviolabile” (come affermano le Sezioni unite), che deve essere garantita e rispettata anche nei rapporti interpretati.

Va chiarito, dunque, che, un conto è l'analisi degli aspetti qualitativi (attinente al se la situazione soggettiva sia costituzionalmente rilevante), altro la valutazione di quelli quantitativi che rilevano soltanto ai fini della liquidazione.

Laddove l'interesse protetto abbia già superato la prima fase di valutazione (trattandosi di un caso di “ingiustizia costituzionalmente qualificata”) rinvenendo protezione a livello costituzionale (mantenendo, peraltro, le anzidette riserve al criterio limitante dell’“*inviolabilità*”), non si comprende quale sia la base giuridica che consenta di introdurre la regola “*de minimis*”.

Se il livello di protezione è così alto (“*inviolabilità*”) ci si aspetterebbe, infatti, una protezione quantitativa di ampio raggio.

(11) Affermare che delle offese non gravi né serie “*non curat Praetor*” (regola “*de minimis*”) significherebbe creare una disparità di trattamento irragionevole tra danno patrimoniale e non senza alcuna base normativa. Nessuno, difatti, ha mai pensato, ad esempio, a falcidiare la tutela di lavoratori, pensionati o consumatori che si dolgano della mancata corresponsione di infinitesime voci stipendiali o pensionistiche oppure facciano valere questioni di natura contrattuale consumeristica sol perché le pretese attivate siano di piccolo taglio (*small claims*).

mezzi di ricorso collettivo dei consumatori” (12) che ha indirizzato il problema aprendo un’ampia consultazione paneuropea nonché all’introduzione della “*class action all’italiana*” nel codice del consumo). Del resto, parte della dottrina nostrana, proprio per assicurare il rispetto del principio “*il torto non paga*” in relazione a quelle condotte illecite ad ampia diffusività che producano una miriade di danni di “*piccolo taglio*”, ha scomodato la figura dei danni punitivi al fine di assicurare un minimo di deterrenza. Ci si potrebbe allora anche accontentare di una mera compensazione purché però sia realmente integrale!

2.1 (Segue) *L’accoglimento di una prospettiva qualitativa che impone una valutazione giudiziale più rigorosa sulle conseguenze lesive di natura esistenziale*

Rilevata l’impossibilità di aderire ad un approccio quantitativo, deve, quindi, indagarsi se un accertamento di tipo qualitativo dei requisiti in esame sia più in linea con il principio costituzionale della tutela risarcitoria minima (“*gravità dell’offesa*” e “*serietà del danno*”) come sembra sottendere il passaggio del punto 3.9. della decisione 26972/08 (“*Palesamente non meritevoli della tutela risarcitoria, invocata a titolo di danno esistenziale, sono i pregiudizi consistenti in disagi, disappunti, ansie ed in ogni tipo di insoddisfazione concernente gli aspetti più disparati della vita quotidiana che ciascuno conduce nel contesto sociale, ai quali ha prestato invece tutela la giustizia di prossimità*”).

Al di là delle mere questioni classificatorie, i giudici di legittimità e di merito stanno certamente manifestando un atteggiamento più prudente ed accorto nelle liquidazioni dei danni non patrimoniali.

Sotto questo profilo la freccia delle Sezioni unite ha colto decisamente nel segno.

L’analisi della giurisprudenza intervenuta dopo le decisioni delle Sezioni unite, difatti, conferma che, pur se la categoria del “danno esistenziale” viene formalmente abbandonata, l’ontologia della medesima continui ad essere ancora considerata risarcibile (e non avrebbe potuto essere altrimenti essendo la stessa preordinata ad assicurare la tutela risarcitoria minima alle lesioni dei valori ed interessi della persona), venendo liquidata, a seconda dei casi, attraverso le (sotto)categorie (che restano in vita allargandosi) del danno biologico e morale (13).

In presenza di liti “*battellari*” pretestuose ed abusive, le Corti, utilizzando

(12) COM(2008)794.

(13) Le Sezioni unite precisano che laddove vengano “*in considerazione pregiudizi che, in quanto attengano all’esistenza della persona, per comodità di sintesi possono essere descritti e definiti come esistenziali*” (punto 3.4.2.) non potrebbe comunque “*configurarsi una autonoma categoria di danno*” (punto 3.4.2.) dovendosi, per converso, ricorrere al danno biologico (che con riferimento ai pregiudizi alla vita di relazione ha una “portata tendenzialmente omnicomprensiva” (punto 2.1.)) oppure al “danno morale, nella sua rinnovata più ampia configurazione” (punto 4.9.).

le nuove categorie della “*gravità dell’offesa*” e della “*serietà del danno*” in combinazione con il nuovo principio dell’inautonomia del danno esistenziale, hanno sovente concluso per la “*futilità*” delle pretese attivate, mentre nelle ipotesi in cui sussistano reali conseguenze dannose derivanti da lesione di interessi e valori della persona non hanno esitato ad accogliere le richieste risarcitorie.

In altri termini, dallo schema bifasico del danno esistenziale proposto dalle Sezioni unite in tema di demansionamento (14) i giudici sono passati a quello parimenti bipartito prospettato dalle medesime Sezioni nel novembre 2008.

A livello strutturale, difatti, il *test* continua ad essere articolato in due fasi successive potendosi accedere alla seconda solo all’esito positivo della prima. Quest’ultima, tesa all’accertamento del requisito ribattezzato “*ingiustizia costituzionalmente qualificata*”, era sostanzialmente presente anche nelle sentenze gemelle del 2003 ed in quella in tema di danno esistenziale da demansionamento del 2006.

Le categorie formali di riferimento per la seconda fase cambiano formalmente ma non sostanzialmente. Precedentemente, seguendosi la logica del danno-conseguenza, si richiedeva che il danneggiato avesse dato la dimostrazione (consentendosi “*la prova testimoniale, documentale o presuntiva*”) delle specifiche conseguenze dannose (di “*natura non meramente emotiva ed interiore, ma oggettivamente accertabili*”) derivanti dalla lesione di un preciso interesse costituzionalmente rilevante (15). Del pari, anche oggi, si afferma che non è sufficiente fermarsi all’accertamento di un’“*ingiustizia costituzionalmente qualificata*”, dovendosi, per converso, accertare la “*gravità del danno*” e la “*serietà della lesione*” che non deve essere “*futile*”. In termini sostanziali, quindi, si dovrà, sia pure con l’estremo rigore peraltro già richiesto dalle medesime Sezioni unite nel 2006, effettuare una valutazione sulla reale esistenza nella sfera del danneggiato di conseguenze pregiudizievoli derivanti dalla violazione di interessi e valori della persona umana.

È evidente e fisiologico, dunque, che la sussunzione delle fattispecie concrete nelle descritte categorie astratte proposte dalle Sezioni unite possa dare luogo ad interpretazioni più o meno restrittive.

Compete, difatti, all’alta sensibilità dei giudici, sotto la guida orientativa della Corte costituzionale e delle Sezioni unite della Cassazione, la prudente applicazione del diritto ivi compreso quello emergente dal formate giurisprudenziale.

(14) Cass. civ., sez. un., 24 marzo 2006, n. 6572.

(15) Cass. civ., sez. un., 24 marzo 2006, n. 6572.

3. *Il seguito giurisprudenziale delle decisioni Carbone-Preden del 2008: la posizione delle Sezioni unite e della Sezione prima*

L'analisi delle decisioni di legittimità intervenute dopo le Sezioni unite del novembre 2008 conferma la richiamata prospettiva di tipo qualitativo.

Nelle ipotesi di attivazione di situazioni soggettive abusive, pretestuose e macroscopicamente infondate anche in relazione a carenze processuali riscontrate, la Cassazione taglia corto utilizzando motivazioni secche e sintetiche (e, pur richiamando il principio dell'inconfigurabilità di un'autonoma categoria di danno esistenziale, ha cura di evidenziare le carenze in punto di allegazione dei fatti costitutivi della pretesa e di asseverazione probatoria) (16). Sono numerose le decisioni che vanno in questa direzione specie in relazione alle controversie risarcitorie da irragionevole durata del processo (17). L'importanza del rispetto degli oneri di allegazione ed asseverazione è sottolineata anche in quelle decisioni in cui la Sezione prima ha censurato decisioni che abbiano apoditticamente escluso la liquidazione di danni esistenziali, biologici e morali in presenza di specifiche allegazioni probatorie (18). In particolare, criticando il percorso motivazionale della Corte d'appello (secondo cui *“sebbene tale processo avesse superato di un anno e mezzo il termine di ragionevole durata, stimabile in anni 3 nonostante si trattasse di causa di lavoro, la pretesa indennitaria doveva essere disattesa, poiché il danno patrimoniale non era stato provato e l'esiguità della somma oggetto della domanda, pari a L. 600.000, induceva ad escludere un apprezzabile patema esistenziale”*), la Corte è stata molto chiara nell'affermare il principio che il modesto valore economico della controversia può *“solo comportare una riduzione dell'indennizzo ma non escluderlo”* (19).

In altre ipotesi, a prescindere dalle categorie utilizzate dai giudici nelle decisioni impugnate, la Suprema Corte è entrata, sia pure solo *ad abundantiam*, “nel merito” della congruità delle quantificazioni attraverso un giudizio di ragionevolezza della motivazione (20).

Una delle pronunce più significative è sicuramente quella delle Se-

(16) Cass. sez. un., 16 febbraio 2009, n. 3677 *“nessuna allegazione in fatto è stata effettuata sulla esistenza del pregiudizio”*, punto 11; Cass., sez. lav., 26 febbraio 2009, n. 4665.

(17) Cass., sez. I, 18 marzo 2009, n. 6574 *“nessuna specifica allegazione di tale danno è stata articolata”*; Cass., sez. I, 13 gennaio 2009, n. 529 *“quanto al danno esistenziale, poiché la Corte territoriale ha correttamente individuato il relativo onere probatorio in capo al ricorrente, ha ritenuto l'assunto non provato e la statuizione non è stata oggetto di censura”*.

(18) Cass., sez. I, 6 marzo 2009, n. 5592, Id., sez. I, 23 marzo 2009, n. 7005.

(19) Cass., sez. I, 6 marzo 2009, n. 5592 (punto 2).

(20) Cass., sez. un., 14 gennaio 2009, n. 557, ove si afferma che correttamente il giudice di

zioni unite intervenute in materia di azioni risarcitorie da pubblicità ingannevole (caso delle c.d. sigarette *lights*) (21). L'impugnata decisione del Giudice di pace di Napoli aveva risarcito al consumatore *“il danno da perdita della chance di scegliere liberamente una soluzione alternativa “rispetto al problema fumo” e quello esistenziale dovuto al peggioramento della qualità della vita conseguente allo stress ed al turbamento per il rischio del verificarsi di gravi danni all'apparato cardiovascolare o respiratorio”* (22). Le Sezioni unite non hanno fatto ricorso al principio di irrisarcibilità del danno esistenziale come categoria autonoma che avrebbe determinato la cassazione della decisione senza rinvio, ma, precisando i principi di diritto che presiedono all'azione risarcitoria per danni da pubblicità ingannevole, hanno rimesso la causa al Giudice di pace di Napoli affinché possa applicarli al caso concreto. Quanto al danno, in particolare, le Sezioni unite, richiamando i principi già enucleati nelle decisioni del novembre 2008, hanno avuto cura di precisare che è risarcibile *ex art. 2059 c.c. “il danno non patrimoniale [...] determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica”* solo quando si sia *“in presenza di un'ingiustizia costituzionalmente qualificata [...] Nello svolgere l'indagine sopra descritta, il giudice può anche servirsi delle presunzioni, nei limiti e nei modi in cui le ammette il codice di rito, ed, una volta individuato il danno, potrà procedere equitativamente alla liquidazione del relativo risarcimento, purchè essa non sia simbolica o affatto svincolata dagli elementi di fatto emersi”* (23).

Nella fattispecie appena descritta appare forte l'ontologia del danno esistenziale che non è stata negata sulla base di affermazioni formali quali quelle utilizzate nei confronti delle pretese bagattellari abusive ove, come si è evidenziato, la Cassazione ha fatto ricorso all'argomento dell'irrisarcibilità autonoma della categoria. Tra l'altro le Sezioni unite, in relazione alla specifica azione risarcitoria attivata (danni da pubblicità ingannevole), richiamando correttamente la necessità di rispettare pienamente il principio del riparto dell'onere della prova (art. 2697 c.c.), ne hanno, altresì, ridefinito l'assetto concreto.

merito ha riassorbito il danno da lesione del rapporto parentale nel danno morale. Per l'analisi sistematica della decisione F. FEDELI, M. CARNI, *La responsabilità per pubblicità ingannevole e da spamming*, in P. FAVA, *La responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 2009.

(21) Cass., sez. un., 15 gennaio 2009, n. 794.

(22) In questi precisi termini Cass., sez. un., 15 gennaio 2009, n. 794.

(23) Cass., sez. un., 15 gennaio 2009, n. 794.

3.1 Le decisioni della Sezione terza

Sono, tuttavia, le decisioni della Sezione terza ad essere, ad oggi, le più interessanti. In relazione ad una richiesta risarcitoria avanzata dai congiunti di un soggetto deceduto a causa di un incidente stradale, in particolare, è stata confermata la decisione impugnata rilevandosi che il danno da perdita del rapporto parentale fosse stato già considerato nella liquidazione del danno morale in quanto *“la sofferenza patita nel momento in cui la perdita è percepita e quella che accompagna l’esistenza del soggetto che l’ha subita altro non sono che componenti del complessivo pregiudizio”* (24). Anche la mera lesione del rapporto parentale (illecito sanitario determinante la nascita di un figlio macroleso) è stata ricondotta all’ampia rinnovata categoria del danno morale (25). Pertanto, viene da chiedersi se si possa estendere il rapporto familiare sino a ricomprendervi le relazioni affettive con animali specie nelle ipotesi in cui venga ampiamente dimostrata in giudizio l’esistenza di un vincolo amorevole profondo (per esempio laddove la persona viva sola e abbia come unico o prevalente punto di riferimento esistenziale l’animale). Superando l’orientamento negativo manifestato sotto l’impero del danno esistenziale (26), la Sezione terza, di recente (27), sembrerebbe essersi allineata alle posizioni francesi (che riconoscono da tempo la risarcibilità di questa tipologia di pregiudizi) (28). In realtà, la motivazione non si fonda sulla nuova e più ampia conformazione del danno morale bensì sull’assunto (con evidenza disallineato rispetto al *decisum* delle Sezioni unite) che i principi informatori della materia del danno non patrimoniale non vincolano il giudice di pace che decida secondo equità nelle cause di valore inferiore a € 1100,00. Tale decisione, pertanto, appare non idonea a definire la questione sopra prospettata.

Tra le pronunce in rassegna, inoltre, spicca, per la motivazione raffinata ed estesa, quella relativa ad un sinistro stradale (un giovane insegnante a bordo di una moto era stato urtato, riportando lesioni gravissime, da un autobus che aveva invaso la corsia di marcia opposta) laddove la Corte, cassando con rinvio la decisione impugnata, ha chiarito che il risarcimento della *“qualità delle vita quotidiana e di relazione”* deve essere risarcito come *“componente personalizzante del danno biologico”* e che il *“danno morale conserva una sua autonomia in relazione alla lesione del bene della sfera morale e della dignità della*

(24) Cass., sez., III, 11 febbraio 2009, n. 3359.

(25) Cass., sez., III, 13 gennaio 2009, n. 469.

(26) Cass., sez. III, 27 giugno 2007, n. 14846.

(27) Cass., sez. III, 25 febbraio 2009, n. 4493.

(28) Secondo la Cassazione francese la morte di un animale (nella specie il *“cavallo Lunus”*) può costituire per il suo proprietario la scaturigine di un pregiudizio d’ordine soggettivo e affettivo suscettibile di dare luogo a riparazione monetaria (Cass., Ire, 16 gennaio 1962, D. 1962, 199; in termini Cass., Ire, 27 gennaio 1982, JCP 1983, II, 19923).

persona e deve essere valutato in concreto tenendo conto della gravità della lesione e della serietà del danno” (29).

Di rilievo anche la decisione che ha affermato la risarcibilità a titolo di danno morale (da reato) non solo delle sofferenze transeunti ma anche di quelle “stabili e permanenti” quali i patemi d’animo e turbamenti psico-fisici derivanti dalla continua sottoposizione a controlli medici tesi ad accertare l’assenza di patologie tumorali cagionate dalla sottoposizione ad agenti inquinanti cancerogeni che comunque determinino, a prescindere dall’insorgenza del cancro, un peggioramento della qualità della vita (30).

Fin qui è stata ripercorsa la giurisprudenza della Sezione terza applicativa ad interessi di indiscussa rilevanza costituzionale (salute, integrità fisica e morale, rapporti familiari) delle nuove tecniche liquidative.

Quanto alle situazioni soggettive atipiche, la Sezione ha formato il proprio convincimento alla luce delle specificità e caratteristiche proprie delle fattispecie concrete sottoposte al suo giudizio anche in considerazione degli elementi probatori forniti dalle parti attoree.

In questo modo è stata ammessa la tutela risarcitoria della situazione soggettiva di coloro che avessero dettagliatamente prospettato “effetti molesti, fastidiosi e insalubri del fumo passivo” derivanti dalle “*immissioni moleste di fumo di sigarette*” prodotte dai vicini che li avevano costretti a “*tenere chiuse le finestre anche in piena estate per tutelare la propria salute*” rilevandosi, altresì, che “*la sentenza impugnata [aveva] descritto le conseguenze delle lamentate immissioni sul modo di vivere la casa dei danneggiati*” individuando “*ciò che [avrebbe potuto] essere liquidato come danno non patrimoniale*” (31).

Un’interpretazione più rigorosa, per converso, è stata seguita in relazione alla cassazione senza rinvio di una decisione del Giudice di pace di Catania che aveva condannato l’Agenzia delle Entrate a pagare € 300,00 in favore di un cittadino a titolo di “*danni morali e da stress subiti a seguito delle lungaggini dell’iter burocratico affrontato per ottenere lo sgravio di somme non dovute*” (l’annullamento in autotutela era intervenuto solo a sei mesi di distanza dalla sua richiesta dopo reiterati solleciti e visite allo sportello). Per la Sezione terza un tale pregiudizio al “*diritto alla tranquillità*” non raggiunge la soglia dell’“*ingiustizia costituzionalmente qualificata*” (32).

(29) Cass., sez. III, 20 gennaio 2009, n. 1351.

(30) Cass., sez. III, 13 maggio 2009, n. 11059.

(31) Cass., sez. III, 31 marzo 2009, n. 7875.

(32) Cass., sez. III, 9 aprile 2009, n. 8703 (“*nella specie, non sussiste un’“ingiustizia costituzionalmente qualificata”, tantomeno si verte in un’ipotesi di danno patrimoniale prevista dal legislatore ordinario, risultando, piuttosto, la ritenuta lesione del “diritto alla tranquillità” insuscettibile di essere monetizzata, siccome inquadrabile in quegli sconvolgimenti quotidiani “consistenti in disagi, fastidi, disappunti, ansie ed in ogni altro di insoddisfazione (c.d. bagattellari) ritenuti non meritevoli di tutela risarcitoria*”).

La decisione, tuttavia, non deve essere letta come una bocciatura assoluta del c.d. “diritto alla tranquillità”.

Probabilmente, la posizione della Corte sarebbe stata di segno diverso laddove quel cittadino fosse stato colpito da una serie di “cartelle pazze” emessa a causa di macroscopici errori del sistema informatico dell’ente impositore.

In una fattispecie concreta quale quella esaminata dalla Sezione terza un cittadino dovrebbe tollerare e sopportare le inefficienze altrui, mentre nel secondo e diverso caso ipotizzato, attesa la gravità qualitativa della lesione, sembra opportuno riconoscere una qualche forma di risarcimento.

3.2 L’orientamento della Corte dei conti, del Consiglio di Stato e dei giudici civili di merito.

Anche la giurisprudenza contabile (33), amministrativa (34) e di me-

(33) C. conti, sez. Campania, 24 aprile 2009, n. 473, secondo la quale il danno al senso di appartenenza alla repubblica (c.d. danno all’immagine), pur non avendo natura inviolabile, riceve sicuramente una copertura costituzionale (“*Si evince dagli atti, del resto, la rilevante qualifica rivestita da tre dei quattro convenuti con funzione di sindaco, vice-sindaco e/o consigliere comunale mentre l’addebito per danno all’immagine può essere contestato solo entro certi limiti al P. titolare di una funzione non apicale quale quella di esperto amministrativo della commissione di gara. L’attività posta in essere dai convenuti, integrando astrattamente specifiche previsioni di reato (in concreto patteggiate o estinte per prescrizione o per morte del reo), costituisce, a prescindere da valutazioni penalistiche, un comportamento gravissimo anche in considerazione del fatto che tre dei quattro convenuti figuravano come il “vertice ideale” della comunità amministrata. La cattiva gestione delle finanze pubbliche genera nei consociati un senso di sconforto e delusione, nonché mina alle radici il senso di appartenenza allo “Stato-persona”. Tale pregiudizio, costituzionalmente rilevante ai sensi dell’art. 1, 5, 97, 114 Cost., deve essere risarcito in favore dell’Ente pubblico locale danneggiato (Comune di Forio). La Repubblica, difatti, una ed indivisibile, costituita da enti locali, regioni e dallo Stato, è sensibile alla promozione del senso civico dei cittadini e alla pubblicizzazione delle proprie attività promozionali dei beni e degli interessi della persona, nonché accrescitive della concorrenzialità e potenzialità del sistema economico-sociale. Ingenti risorse pubbliche vengono riversate per migliorare la qualità della comunicazione istituzionale (legge 7 giugno 2000, n. 150, recante “disciplina delle attività di informazione e di comunicazione delle pubbliche amministrazioni”), anche con la costituzione di uffici stampa e l’implementazione di web sites più efficienti e chiari, nonché, con particolare riferimento agli enti locali, attraverso la promozione di attività culturali, ricreative, sociali (per esempio feste di paese, manifestazioni, esposizioni, sagre, etc.). Tutte queste spese per promuovere la “cultura dello Stato” e il “senso di appartenenza dei cittadini e delle imprese alla Repubblica” sono vanificate da condotte quali quelle poste in essere dai convenuti che riescono a mandare in fumo gli sforzi di corretta e sana gestione della gran parte degli Amministratori italiani che giustificano, agli occhi della collettività, il prelievo fiscale pubblico che si dirige verso forme sempre più articolate di “federalismo fiscale”. Essendo, quindi, ammissibile in concreto una pretesa risarcitoria da lesione del senso di appartenenza dei cittadini alla Repubblica (c.d. “danno all’immagine” – Cass., sez. un., 25 giugno 1997, n. 5668; Id., 25 ottobre 1999, n. 744; Id., 4 aprile 2000, n. 98; Corte conti, sez. riun., 28 maggio 1999, n. 16/1999/QM, Id., 23 aprile 2003, n. 10/2003/QM), a prescindere dal dibattito sulla controversa natura giudica dello stesso (patrimoniale o non patrimoniale), l’esistenza della descritta situazione costituzionalmente rilevante (così C. cost. 233/03; in precedenza C. cost., 87 e 88/79 e Id., 184/86), lo rende sicuramente possibile oggetto di ristoro patrimoniale per equivalente pecuniario (ex art.*

2043-2059 c.c. e 1, 5, 97, 114 Cost.). Difatti le previsioni costituzionali integrano pienamente il requisito previsto dall'art. 2059 c.c. (che contrariamente a quanto comunemente ritenuto non contempla una "riserva di legge" ma una mera "previsione di legge"), anche perché le richiamate sentenze della Consulta (C. cost., 87 e 88/79, Id., 184/86 e Id., 233/03) non hanno subordinato la "tutela risarcitoria minima" al requisito dell'inviolabilità ma esclusivamente alla copertura costituzionale della situazione soggettiva pregiudicata attivata in giudizio attraverso l'azione risarcitoria. Il "danno al senso di appartenenza dei cittadini alla Repubblica" (c.d. danno all'immagine), peraltro, nel rispetto della sua natura giuridica di danno-conseguenza, risulta ampiamente asseverato nei suoi elementi oggettivi e soggettivi: clamor fori, gravità delle condotte, lesione del senso di appartenenza dei cittadini allo "Stato" (rectius Repubblica). Al riguardo, come ampiamente condiviso dalle Sezioni Unite della Cassazione, si può pacificamente far ricorso a presunzioni gravi, precise e concordanti (Cass., sez. un., 13 novembre 2008, n. 26972). Nel rispetto del principio compensativo [in Italia i danni punitivi sono contrari all'ordine pubblico (Cass. civ., sez. III, 19 gennaio 2007, 1183) e, secondo una certa ricostruzione, anche al principio di ragionevolezza posto dall'art. 3 Cost. (App. Trento, sez. Bolzano, 16 agosto 2008, n. 151)] il danno al senso di appartenenza dei cittadini alla Repubblica può ben essere liquidato equitativamente ex art. 1226-2056 c.c. Nel concreto i fatti dannosi tangenziali sono gravissimi e posti in essere da soggetti posti al vertice della comunità amministrata in dispregio di ogni principio di "morale politica").

(34) Sul punto Cons. stato, sez. IV, 31 marzo 2009, n. 1899, secondo cui va accolta la domanda di risarcimento del danno non patrimoniale subito da un magistrato per l'attribuzione dell'incarico al quale aveva diritto ad altro soggetto, ove si possano ragionevolmente ritenere effettivamente verificati e provati gli stress e i patemi d'animo conseguenti allo scavalco (nella specie disposto con un atto discostatosi dal giudicato), e allo svolgimento dell'incarico da parte del collega all'interno del medesimo ufficio ("13.1. Va premesso che il sereno svolgimento delle funzioni da parte dei magistrati ha un sicuro rilievo costituzionale, così come la loro aspirazione a conseguire gli incarichi direttivi, previsti dalla legge. L'art. 104 Cost., sulla indipendenza della magistratura, e l'art. 105 Cost., sulle funzioni del C.S.M., mirano a salvaguardare la magistratura nel suo complesso ed ogni suo singolo componente. Analoghi principi sono desumibili dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (rilevanti nell'ordinamento interno per l'art. 117 Cost. e l'art. 6 del Trattato di Maastricht), da cui emerge che le Amministrazioni devono dare pronta e integrale esecuzione alle decisioni irrevocabili di giustizia, emesse a tutela del magistrato (CEDU, Sez. V, 26-4-2006, Zubko c. Ucraina, § 68; CEDU, Sez. V, 20-12-2007, Ptashko c. Ucraina, § 19; Sez. V, 15-5-2008, Petrova, § 19). Pertanto, l'illecito commesso in violazione della posizione soggettiva del magistrato, inerente alle sue funzioni, comporta una ingiustizia costituzionalmente qualificata. Rilevano, conseguentemente, i principi individuati dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza 11 novembre 2008, n. 26972, per i quali l'art. 2059 del codice civile – anche nell'ambito dei rapporti di lavoro – consente la risarcibilità dei pregiudizi di tipo esistenziale non solo quando l'illecito costituisca reato o comporti la violazione di un diritto inviolabile della persona, ma in ogni caso in cui sia ravvisabile la lesione di un bene costituzionalmente protetto. Di tali pregiudizi conosce il giudice amministrativo, nelle materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva (Sez. Un., 13 ottobre 2006, n. 22101), sicché – per la liquidazione del danno – si può tenere conto della incidenza dell'illecito sul sereno svolgimento delle funzioni da parte del magistrato e delle conseguenze di tipo esistenziale derivanti dal mancato conferimento di un incarico previsto dalla legge. 13.2. Ciò posto, risultano infondate le deduzioni delle Amministrazioni appellanti incidentali, secondo cui la mancata qualificazione dell'illecito come reato renderebbe irrilevante il danno non patrimoniale e precluderebbe la sua risarcibilità. Infatti, anche con riferimento ai rapporti di lavoro, il danno non patrimoniale è risarcibile quando l'illecito e la lesione riguardino beni costituzionalmente protetti, tra cui rientrano le prerogative dei magistrati e del loro status nell'esercizio delle loro funzioni. Inoltre, nella specie si possono ragionevolmente ritenere effettivamente verificati e provati gli stress e i patemi d'animo (dedotti in primo grado e ritenuti sussistenti dal TAR) conseguenti allo scavalco disposto con l'atto discostatosi dal giudicato, e allo svolgimento dell'incarico da parte del collega all'interno del medesimo ufficio. 13.3. Quanto alle censure dell'interessato, volte a una liquidazione del danno non patrimoniale in misura supe-

rito (35), sia pure continuando talvolta ad utilizzare le vecchie categorie formali, si è allineata agli orientamenti della giurisprudenza di legittimità attraverso un sindacato più cauto e ragionevole sui danni non patrimoniali conseguenti ad un’*“ingiustizia costituzionalmente qualificata”*. Del resto, al di là dei profili di *“etichetta”* (taluni giudici di merito hanno continuato a discorrere di danno esistenziale pur adeguandosi al nuovo rigore), le Sezioni unite saranno ben liete di riscontrare che conformemente alle loro indicazioni, il sindacato giurisdizionale si stia rivelando più severo nei risarcimenti dei danni non patrimoniali da lesioni di valori ed interessi della persona evitando sconfinamenti nell’area del patologico utilizzo abusivo del principio costituzionale della *“tutela risarcitoria minima”*.

4. Considerazioni finali: “restano in terra” le vesti del “danno esistenziale” ma la sua ontologia rivive nel danno biologico (come sua componente personalizzante) e in quello morale (nella sua nuova e più ampia configurazione).

Terminata la rassegna della giurisprudenza in materia si possono fi-

riore a quella statuita nella sentenza gravata, a pp. 4-17 l’appello principale si è soffermato sulla gravità dell’illecito, ha riproposto le deduzioni originarie sul danno all’immagine, sulla umiliazione ricevuta e sul disagio e sullo stress derivante dalla incidenza sulla fiducia nella legge e nelle istituzioni ed ha chiesto che siano considerati il danno morale soggettivo, il danno biologico e quello esistenziale” (p. 16). Osserva al riguardo la Sezione che vanno respinte le deduzioni riguardanti il danno biologico, poiché non è stato né dedotto né provato che si sia verificata una lesione temporanea o permanente all’integrità psicofisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale. Quanto alle censure riguardanti la liquidazione ‘in misura esigua’ del danno morale e dei pregiudizi di tipo esistenziale, ritiene la Sezione che per la determinazione del quantum possa essere presa in decisiva considerazione anche l’attività amministrativa susseguente alla commissione dell’illecito, specie quando essa sia positivamente valutabile, in quanto qualificabile secundum ius. Per la liquidazione del danno secondo equità, rileva dunque anche la successiva emanazione della delibera dell’organo di autogoverno del 22 marzo 2007, favorevole all’interessato. La negativa incidenza sull’immagine e sul prestigio professionale dell’interessato si deve intendere senz’altro ridimensionata con l’emanazione di questa delibera, che gli ha conferito l’incarico di avvocato generale sulla base dei relativi apprezzamenti, a seguito della reiezione della formulata proposta di ritorno della ‘pratica in commissione’ (che ha condotto alla definizione dell’annosa questione con il provvedimento finale divenuto inoppugnabile). L’approvazione di tale delibera – susseguente alla commissione dell’illecito – induce a ritenere che, già alla data di proposizione del ricorso di primo grado, risultava ridimensionato il danno non patrimoniale originariamente patito dall’interessato, nella misura equitativamente liquidata dal TAR. Inoltre, per escludere una liquidazione superiore a quella effettuata dal TAR rileva anche il fatto che per la prima volta nel presente giudizio sono stati indicati i principi applicabili per ravvisare la responsabilità amministrativa dell’organo di autogoverno, nella specifica fattispecie in cui non vi sia stata la corretta esecuzione del giudicato”.

(35) Trib. Nola, sez. II, 22 gennaio 2009 (danni riportati da un bambino per un morso di un cane improvviso ed inaspettato al viso); Trib. Milano, sez. V, 19 febbraio 2009, n. 2334 (danni da incidente stradale); Trib. Montepulciano, 20 febbraio 2009, n. 74 (danni da reiterata e protratta violazione della carta del servizio pubblico telefonico).

nalmente tirare le fila.

Nella giurisprudenza esaminata, quindi, non sembra sia scomparsa l'ontologia del danno esistenziale che è, a seconda delle ipotesi, refluita nel danno biologico (come sua "*componente personalizzante*") (36) o nella rinnovata configurazione del danno morale (non più limitato alla sofferenza transeunte interiore) (37).

Appare evidente, quindi, che, salvo l'allargamento del danno morale e biologico alle spese del danno esistenziale, *nihil novi sub soli!*

Sulla scorta dell'analisi delle decisioni passate in rassegna, pertanto, ritornando solo descrittivamente al dibattito tra "esistenzialisti" ed "antiesistenzialisti", sembra proprio possa ritenersi che le Sezioni unite, senza scontentare nessuno, abbiano soddisfatto entrambe le parti in causa (esistenzialisti ed antisenzialisti), soprattutto senza incidere sul principio costituzionale della "*tutela risarcitoria minima*" degli interessi e valori della persona umana. Negando cittadinanza formale al danno esistenziale come sottocategoria autonoma del danno non patrimoniale, non ne hanno disconosciuto l'ontologia facendola, per converso, refluire, a seconda dei casi, nelle sottocategorie (delle quali la giurisprudenza di legittimità continua pacificamente a discorrere) del danno biologico (come sua "*componente personalizzante*") (38) o del danno morale (in una rinnovata, più ampia, dimensione) (39). Le tecniche liquidative, specie se finalizzate a riportare chiarezza nella giungla dei risarcimenti, sono nella piena disponibilità del giudice di nomofilachia sempreché non determinino nel concreto (come non pare sia accaduto in questo breve periodo) indebite falcidie di tutela giurisdizionale ai valori ed interessi della persona umana che, come chiarisce il preambolo al Trattato di Lisbona del dicembre 2007, è stata finalmente posta al centro delle politiche dell'Unione europea. Del resto, una soluzione diversa dall'interpretazione sinora prospettata sarebbe disallineata sia rispetto ai principi del quadro di riferimento comune per il diritto privato europeo (l'art. VI - 2:101 del QCR accademico espressamente contempla la risarcibilità di danni, sostanzialmente esistenziali, etichettati "*impairment of quality of life*") (40), che con le principali esperienze continentali europee (in Francia, ad esempio, il danno esistenziale è risarcito da tempo (41) e ha di recente trovato l'im-

(36) Cass., sez. III, 20 gennaio 2009, n. 1351.

(37) Cass., sez. un., 14 gennaio 2009, n. 557; Id., sez. III, 11 febbraio 2009, n. 3359.

(38) Cass., sez. III, 20 gennaio 2009, n. 1351.

(39) Cass., sez. un., 14 gennaio 2009, n. 557; Id., sez. III, 11 febbraio 2009, n. 3359.

(40) "*In this Book [...] non-economic loss includes pain and suffering and impairment of the quality of life*" (art. VI - 2:101 dei *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference (DCFR) - Outline Edition*, 2009).

(41) "*L'indemnité due par le responsable doit réparer non seulement l'atteinte à l'intégrité*

portante conferma della Plenaria della Corte di cassazione d'oltralpe (42), ampiamente condivisa dalla giurisprudenza successiva) (43).

physique de la victime, mais aussi, le cas échéant, le préjudice résultant de la diminution des plaisirs de la vie, causée notamment par l'impossibilité ou la difficulté de se livrer à certaines activités normales d'agrément" (Paris, 2 dicembre 1977, D. 1978, 285, con commento di Lambert-Faivre).

(42) La Cassazione francese danno esistenziale (*préjudice d'agrément*) ogni pregiudizio di carattere personale risultante da turbamenti, disturbi o scompigli alle normali condizioni della vita che determinino privazioni e perdite dei piaceri ordinari dell'esistenza ("*Le préjudice d'agrément est le préjudice subjectif de caractère personnel résultant des troubles ressentis dans les conditions d'existence*" Cass., ass. plén., 19 dicembre 2003, in *Bull. civ.*, 8, in D., 2004, 161 e in *RTD civ.* 2004, 300).

(43) Cass., 2e, 3 giugno 2004, in *Bull. civ.*, II, n. 276; Id., 19 aprile 2005, in *Bull. civ.*, II, n. 99; Id., 11 ottobre 2005, in *Bull. civ.*, II, n. 242; Id., 5 ottobre 2006, in *Bull. civ.*, II, n. 254).

L'informazione, la formazione e le buone prassi: cardini per la sicurezza sui luoghi di lavoro

di Flavio Ferdani*

SOMMARIO: 1.- Premessa. 2.- Quadro normativo. 3.- Formazione, informazione professionale e addestramento dei lavoratori. 4.- Qualità, sicurezza, legalità. 5.- Le buone prassi. 6.- Le conclusioni.

1. Premessa

I gravi incidenti, spesso sfociati nelle cosiddette morti bianche che continuano a colpire il nostro paese, hanno riproposto in tutta la sua drammaticità l'inaccettabilità di un tributo così alto per l'espletamento di una attività lavorativa, anche se a livello nazionale secondo il Rapporto Inail, nel 2008 numero degli incidenti sul lavoro e le morti bianche sono scese sensibilmente (1).

Pur a fronte di un calo nel 2008 di 37.500 incidenti rispetto all'anno precedente, tuttavia a livello Europeo il tasso di incidenza UE sugli infortuni l'Italia rimane - seppur leggermente - al di sopra della media Ue (il 2,6% rispetto 2,3%).

Fra i fatti luttuosi che più di tutti hanno destato notevole allarme nell'opinione pubblica vanno annoverati fra tutti i gravissimi incidenti verificatisi a Torino all'interno della Thyssenkrupp e alla scuola di Rivoli, che sono stati purtroppo non gli ultimi di una lunga serie di eventi luttuosi, che secondo un'indagine condotta dall'Eurispes nel solo anno 2006 ha provocato più vittime che la guerra in Iraq.

Tutto ciò ha spinto l'opinione pubblica e il Presidente della Repubblica, quale massimo garante della Costituzione, a richiamare con forza l'assoluta necessità di porre in essere tutte le iniziative utili a frenare queste vere e proprie sciagure.

Spinto da questa pressante azione il governo nell'agosto 2007 ha deciso di delegare l'attuazione di un sistema normativo che fosse in grado di dare una risposta pronta ed efficace alla domanda di sicurezza richiesta da tutto il paese.

In esito a ciò l'esecutivo ha adottato norme ancora più stringenti in ma-

(*) Capo di Gabinetto della Prefettura di Pisa.

(1)

Rapporto Inail - Totale infortuni a livello nazionale distinti per tipologia e per anno:							
	2007	2008	Var. %		2007	2008	Var. %
Totale infortuni	912.410	874.940	-4,1	Casi mortali	1.207	1.120	-7,2

teria di sicurezza sui luoghi di lavoro, sia nell'ottica di una riorganizzazione di tutte le norme relative alla sicurezza sia per garantire una loro uniformità a livello nazionale, tenuto conto del dettato di cui all'articolo 117 (2) della Costituzione che ripartisce fra Stato e Regioni la materia appunto della sicurezza sui luoghi di lavoro.

E il legislatore nel 2008, accogliendo le determinazioni governative ha emanato i provvedimenti nell'ambito della delega ricevuta. Il sistema sanzionatorio adottato nel testo unico ha suscitato non poche perplessità da parte del mondo imprenditoriale, che ha ritenuto il testo unico troppo basato su di un eccessivo inasprimento delle pene sostenendo che fin dai tempi di Beccaria non ha mai funzionato da efficace deterrente.

Tra le principali novità la nuova normativa ha previsto l'ampliamento del campo di applicazione delle disposizioni in materia di salute e sicurezza, ora riferite a tutti i lavoratori che si inseriscano in un ambiente di lavoro, senza alcuna differenziazione di tipo formale, il cosiddetto principio di effettività della tutela che implica la tutela di tutti coloro che, a qualunque titolo, operano in azienda e ricomprende anche i lavoratori autonomi, con conseguente innalzamento dei livelli di tutela di tutti i prestatori di lavoro.

Il Testo Unico ha rappresentato quindi il tentativo del Governo di procedere ad una sistemazione organica delle norme che devono disciplinare la complessa delicata tematica della sicurezza sui luoghi di lavoro, al quale sarebbe opportuno seguisse da parte datoriale l'approvazione a livello aziendale di un codice di comportamento etico o di un codice di autodisciplina che, certo aiuterebbe la crescita della cultura di sicurezza negli ambienti di lavoro e nel contempo potrebbe accrescere il valore dell'impresa stessa.

In particolare era necessario che la prevenzione della salute e della sicurezza assumesse caratteri di effettività e non fosse basata su regole formali, ma piuttosto su criteri che potessero integrare il sistema normativo tradizionale con strumenti quali: la formazione, l'informazione, le buone prassi, gli accordi collettivi, per dare vita ad una complessa rete che potesse favorire una sinergia fra imprenditori e lavoratori, parti sociali e pubbliche istituzioni in un sapiente *mix* di pubblico e privato.

Al di là di tutto questo le troppe morti sul lavoro devono però indurci ad una amara riflessione: la mancanza negli ambienti di lavoro di una cultura che permetta di tenere la sicurezza nella dovuta considerazione, prendendo atto che, nessun fatturato, nessuna crisi economica e finanziaria, che pure sta avendo pesanti ripercussioni sul mondo delle imprese, nessun profitto ad ogni costo, nessuna concorrenza o una competitività spinta sempre più in alto sia

(2) La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. Sono materie di legislazione concorrente quelle relative a: ...tutela e sicurezza del lavoro.

nazionale che internazionale, può giustificare una morte bianca.

La sicurezza non può né essere ritenuta esistente per definizione, né può ammettersi la mancanza di una adeguata cultura d'impresa sulla sicurezza, poiché il datore di lavoro deve sempre attivarsi per organizzare le attività lavorative in modo sicuro, atteso che la sua responsabilità può derivare sia da comportamenti attivi ma anche omissivi (3) ad esempio non realizzando le misure di sicurezza o non informando i lavoratori circa i rischi della attività.

Occorre invece lavorare per creare i presupposti che possono dare vita ad un percorso virtuoso all'interno dell'azienda che aumenti la sicurezza elevandola a cardine per la tutela dell'integrità fisica del prestatore.

E' necessario che i manager siano costantemente aggiornati sulle normative, abbiano capacità organizzative per poter definire strategie di azione, possano pianificare interventi mirati finalizzati a ridurre gli incidenti al minimo, sappiano coordinare gli interventi nel campo della sicurezza.

Tutto questo in quanto la sicurezza non può essere considerata un valore diviso per compartimenti stagni, ma un plusvalore che richiede una analisi completa che deve investire tutte le possibili combinazioni della vita aziendale e degli ambienti di lavoro in genere, atteso che l'obbligo di sicurezza si estende a tutto l'ambiente ove opera il lavoratore (4).

A cominciare ad esempio dalle scuole che, non solo costituiscono un luogo di apprendimento e di studio per i giovani, ma sono anche un ambiente di lavoro per tutto il personale docente e non docente, che è chiamato a vigilare sulla sicurezza e sull'incolumità degli alunni nel tempo in cui fruiscono della prestazione scolastica; esiste infatti tra i due soggetti un rapporto giuridico definito dalla Cassazione di "contatto sociale".

Proprio in base a tale presupposto in una recente sentenza la Suprema Corte ha riconosciuto il diritto dell'alunno ad un risarcimento del danno non patrimoniale da parte del docente, perché proprio in virtù di quel "contatto sociale" per il docente si instaura, nel complessivo obbligo dell'istruzione anche quello di protezione e vigilanza (5).

Questo per riaffermare che la tutela della sicurezza deve essere l'obiettivo di azioni positive nell'ambito di una rinnovata e più diffusa cultura della sicurezza che deve cominciare fin dagli anni della scuola dell'obbligo nel solco tracciato dai nostri Costituenti, che hanno colto nella salute non solo un diritto fondamentale dell'individuo, ma anche, e significativamente un interesse della collettività.

Non a caso pur essendo riconosciuta la libertà di impresa essa va accompagnata dal monito che essa non deve mai recare danno alla sicurezza dell'in-

(3) Cass. 18 maggio 2006 n. 11664.

(4) Cass. 7 marzo 2006 n. 4840.

(5) Cass. 11 novembre 2008 n. 26972.

dividuo, anche perché finirebbe per incidere sulla sua libertà mortificandone la dignità di uomo.

2. *Quadro normativo*

La sicurezza sui luoghi di lavoro costituisce una priorità fondamentale, o meglio ancora un obiettivo prioritario e ciò lo si desume dall'esame di una copiosa normativa esistente al riguardo.

A livello europeo il Trattato istitutivo Cee all'articolo 118 prevede che gli stati membri si devono adoperare per promuovere il miglioramento in particolare dell'ambiente di lavoro per tutelare la sicurezza e la salute dei lavoratori, e si fissano come obiettivo l'armonizzazione, in una prospettiva di progresso, delle condizioni esistenti in questo settore.

Proprio l'adeguamento agli standards imposti dal recepimento della normativa comunitaria aveva portato all'emanazione del Decreto legislativo 19 settembre 1994 n.626, attuativo delle normative comunitarie e il cui perseguimento era appunto il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori sul luogo di lavoro.

A distanza di circa 14 anni ha fatto seguito il 15 maggio 2008 il D.Lgs. n. 81/2008, ormai conosciuto come Testo Unico sulla Sicurezza sul Lavoro pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 101 del 30 aprile scorso ed attuativo dell'art. 1, legge n. 123/2007 che norma le misure in tema di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro e delega il governo *“per il riassetto e la riforma della normativa in materia di salute e di sicurezza delle lavoratrici e dei lavoratori nei luoghi di lavoro, mediante il riordino e il coordinamento delle medesime in un testo normativo”* (6).

Il testo riscrive la materia della salute e sicurezza sul lavoro le cui regole, fino a oggi contenute in numerose disposizioni succedutesi nel tempo, sono state rivisitate in maniera maggiormente organica.

Questo perché la sicurezza deve costituire per l'azienda (7) sia un obiettivo, ma anche una condizione di limite ad un esercizio dell'attività d'impresa, che non può essere totalmente libera ma contenuta dall'esigenza del rispetto appunto delle norme sulla sicurezza che deve essere pensata come valore da difendere in chiave assoluta.

Anche la Costituzione Europea non ha mancato di riaffermare l'esigenza della sicurezza prevedendo all'articolo 87 della Costituzione Europea il diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa e all'articolo 91 il diritto di ogni lavoratore a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose.

(6) Articolo 1 decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81.

(7) Il complesso della struttura organizzata dal datore di lavoro pubblico o privato.

Anche la nostra Carta Costituzionale che pone il lavoro quale principio cardine stabilendo all'articolo 1 che "l'Italia è una Repubblica fondata sul lavoro" prevede diversi articoli con i quali riafferma l'importanza dell'obbligo della sicurezza nello svolgimento del rapporto di lavoro ed in particolare quello della tutela della salute come fondamentale diritto dell'individuo.

L'articolo 32 si spinge anche oltre laddove riconosce la tutela della salute come fondamentale interesse della collettività, cioè come tutela dell'integrità fisica e, più in generale della salute in quei rapporti caratterizzati da un coinvolgimento della persona nella fase di esecuzione del rapporto. Ha quindi affermato con forza la necessità di limitare i pregiudizi che, eventualmente l'esecuzione del contratto stesso può arrecare alla salute di una delle parti contraenti.

Ma la Costituzione contempla anche altri articoli in tema di sicurezza, quali l'art. 35 che tutela il lavoro in tutte le sue forme e applicazioni e l'art. 41 al comma 1, che pur stabilendo che l'iniziativa economica privata è libera, tuttavia pone un correttivo nel comma 2 laddove stabilisce che non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza che deve intendersi oltre che in se senso proprio, anche come incolumità, libertà e dignità umana; valore quest'ultimo affermato esplicitamente nell'articolo 1 della Costituzione Europea.

Quindi le norme che impongono all'imprenditore il rispetto delle misure di sicurezza costituiscono attuazione dei principi di cui agli artt. 32 e 41 comma 2 Cost. che riconoscono al diritto alla salute una valenza prevalente su quello alla libertà di iniziativa economica.

Sulla base della graduazione degli interessi desumibile dal comma 2 dell'art. 41 Cost., l'interesse alla sicurezza del lavoratore è quindi prevalente rispetto a quello dell'imprenditore di organizzare liberamente la propria attività economica.

Vi è poi l'articolo 2087 del codice civile che è norma definibile aperta in quanto supplisce alle carenze della normativa che ragionevolmente non può prevedere tutti i rischi e che ricorre ogni qualvolta venga accertato che il datore di lavoro non ha adottato le misure necessarie a tutela della integrità fisica e delle condizioni di salute del prestatore d'opera.

Più nel dettaglio l'art. 2087 codice civile, con particolare riferimento al contratto di lavoro subordinato, prevede che l'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure a tutela della sicurezza secondo tre criteri: la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica ottemperando non solo a regole cautelari scritte, ma anche alle norme prevenzionali che una figura-modello di buon imprenditore è in grado di ricavare dall'esperienza, secondo i canoni di diligenza, prudenza e perizia (8).

(8) Cass. Sez. IV, 16 settembre 2008 n. 38819.

Questi tre presupposti dettano la via maestra per indirizzare la propria attività ed impongono di predisporre tutte quelle cautele che l'esperienza del momento storico suggerisce, quelle misure che il progresso tecnico scientifico o tecnologico pone a disposizione e che sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro.

Tra i compiti di prevenzione che fanno capo al datore di lavoro vi è infatti anche quello di dotare il lavoratore di strumenti e macchinari del tutto sicuri, dovendo in proposito ispirare la sua condotta alle acquisizioni della migliore scienza ed esperienza, per fare in modo che il lavoratore sia posto nelle condizioni di operare con assoluta sicurezza (9).

Detto articolo contiene sostanzialmente i precetti che devono essere rispettati per garantire la sicurezza sul lavoro. E' evidente che tali precetti sono riferiti in via esclusiva all'imprenditore e la ragione di tale precipuo riferimento va ricercata nel fatto che tale norma è contenuta nel codice civile ed è finalizzata a prevedere la responsabilità civile per l'imprenditore che non rispetti tali precetti.

Nel nostro ordinamento l'imprenditore è l'unico responsabile civile dell'impresa e il legislatore con l'art. 2087 ha posto a carico dell'imprenditore il dovere di sicurezza per quel che riguarda i lavoratori subordinati; tant'è che la Suprema Corte con una recente sentenza (10) ha reso più facile il riconoscimento del danno morale dovuto ai parenti delle vittime, stabilendo che non è necessaria la prova specifica della sua sussistenza, atteso che la prova può essere desunta anche solo in base allo stretto vincolo familiare.

E' quindi fondamentale ribadire la centralità del ruolo del datore di lavoro che deve essere il cultore della sicurezza, dovendo arrivare non solo a predisporre le misure infortunistiche, ma anche a sorvegliare continuamente sulla loro adozione da parte degli eventuali preposti e dei lavoratori, in quanto in virtù della generale disposizione di cui all'articolo 2087 egli è individuato quale garante dell'incolumità fisica dei prestatori di lavoro (11).

Un datore di lavoro deve quindi porre in essere un modello organizzativo che metta in atto efficaci strategie di prevenzione (*loss prevention*) e gestione dei rischi (*risk management*), proprio per la sua posizione di garanzia di contenuto ampio, che richiede al datore di lavoro di allestire misure di sicurezza idonee e che si realizza attraverso delineati compiti di vigilanza, di controllo e provvedimenti impeditivi.

Gli obblighi e le responsabilità incombono in via prioritaria sul datore di lavoro e non trasferibili ad esempio ad un preposto seppur presente sul cantiere, fatto salva dell'esistenza della prova rigorosa di una delega espressa-

(9) Cass. 5 dicembre 2008 n. 45335.

(10) Cass. sent. n. 20188/2008.

(11) Cass. Pen. Sez. IV, 12 aprile 2005, n. 20595.

mente e formalmente conferitagli, con pienezza di poteri ed autonomia decisionale e particolare competenza (12).

A conferma del ruolo prioritario che l'imprenditore riveste, va rimarcato come il nuovo testo unico ha introdotto l'istituto della "*compliance programs*" secondo il quale, qualora l'imprenditore adotta modelli organizzativi migliorativi della sicurezza, gli stessi acquisiscono efficacia esimente ai fini di una eventuale responsabilità penale.

Anche la possibilità di fruire da parte dell'imprenditore edile di una speciale riduzione contributiva prevista dell'11,50 dei premi Inail subordinata alla presentazione del Durc e alla mancanza di condanne passate in giudicato per violazioni delle norme sulla sicurezza sui luoghi di lavoro negli ultimi cinque anni, va nella direzione di riconoscere un ruolo premiale a quelle imprese che hanno avviato un circolo virtuoso nel campo della sicurezza, che hanno adottato un'etica come effettiva linea di condotta.

Tutto ciò non deve però indurci a ritenere assente o minoritario il ruolo dei lavoratori o meglio del rappresentante dei lavoratori che, in virtù dell'articolo 9 dello Statuto ha la possibilità di controllare l'applicazione delle norme per la prevenzione infortuni e delle malattie professionali.

E' soprattutto importante dare maggiore concretezza al binomio Rls /datore di lavoro che devono operare per un realizzare un benessere condiviso sul luogo di lavoro, attraverso la realizzazione di una sorta di leale collaborazione tra i due soggetti, atteso che il Rls deve collaborare alla tutela dell'incolumità propria e delle altre persone presenti sul luogo di lavoro.

L'auspicio è quindi di un nuovo patto d'impresa per la formazione tenendo conto che l'impresa è formata da personale.

3. Formazione, informazione professionale e addestramento dei lavoratori

Fondamentale è poi il ruolo della formazione, della informazione professionale, dell'addestramento dei lavoratori che devono essere garantite attraverso l'apprendimento di competenze specifiche (la cosiddetta *safety education and training*) ed al quale il Testo unico ha riservato due distinti articoli: il 36 e il 37.

In particolare secondo l'articolo 37 il datore di lavoro deve prevedere che ogni lavoratore riceva una formazione sufficiente ed adeguata sulla sicurezza lavoro.

Va detto che esiste una perfetta osmosi tra informazione e formazione: la prima consiste nel porre a conoscenza il lavoratore della complessa realtà aziendale, quale conoscenza appunto dei rischi professionali che sussistono

(12) Cass. Pen. Sez. IV, 10 febbraio 2009, n. 20395.

sul luogo di lavoro; così facendo si garantisce la conoscenza dei rischi e si dà vita quindi ad un elemento fondamentale di prevenzione (13).

Nel dettaglio è l'articolo 36 comma 1 e 2 che sancisce gli elementi sui quali il lavoratore deve ricevere una adeguata informazione (14).

Parallela all'informazione esiste la formazione (15) mediante la quale possono essere forniti gli elementi conoscitivi (il cd sapere che) e le conoscenze professionali (il cd. sapere come).

Esiste un dovere e un obbligo di mantenere e di migliorare la propria competenza professionale attraverso la formazione continua che è attività svolta ad assicurare e garantire le proprie aspettative.

Qualificare le maestranze significa conseguire vantaggi sul piano della operatività concreta dei lavoratori che possono ottenere una formazione quanto mai utile per evitare i rischi e porre in essere comportamenti più improntati alla consapevolezza, alla conoscenza e alla padronanza in un contesto lavorativo anche diverso dal precedente.

Sotto questo profilo un ruolo importante può essere svolto dalla costituzione di una formazione pre-ingresso al mondo del lavoro; una sorta di apprendistato che è espressamente prevista dall'art. 55 del Testo Unico che permette di dedicare un determinato numero di ore alla formazione che viene svolta prima che venga costituito il rapporto di lavoro.

Ciò permette a chi non è mai entrato nel ciclo produttivo di acquisire un vero e proprio valore aggiunto e cioè almeno quelle base essenziali, quelle conoscenze tecniche utili ai fini della salvaguardia della propria sicurezza; ma non solo ciò permette anche un altro risultato e cioè quello di contrastare eventuali illegalità al momento dell'immissione di nuova manodopera nei cantieri.

Sotto questo profilo utile ai fini di una maggiore sicurezza e consapevolezza professionale soprattutto in settori a rischio come il settore edile, potrebbe rivelarsi l'innovazione introdotta dalle parti sociali e dall'Ance che prevede che ciascun lavoratore prima dell'assunzione in impresa debba ricevere una formazione di mestiere presso la più vicina scuola edile. Ciò potrebbe agevolare l'inserimento professionale, per fornire al neoassunto ad un definitivo inserimento nel mondo del lavoro.

Puntare sulla formazione e sulla consapevolezza soggettiva dei rischi, sulla conoscenza per evitare di restare vittima di operazioni sbagliate è l'arma

(13) Il complesso delle disposizioni o misure necessarie anche secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, per evitare o diminuire i rischi professionali nel rispetto della salute della popolazione e dell'integrità dell'ambiente esterno.

(14) Art. 36, comma 1 e 2, sui rischi per la salute e sicurezza sul lavoro connessi all'attività dell'impresa in generale, sulle procedure che riguardano il primo soccorso, la lotta antincendio, evacuazione dai luoghi di lavoro, ecc.

(15) Art. 37 D.Lgs. n. 81/2008.

più adatta ed efficace per limitare gli infortuni.

La cognizione dei rischi di infortunio costituisce un elemento di forza nella battaglia civile per una maggiore sicurezza sul lavoro in quanto da sempre il sistema formativo ritiene che conoscere le mansioni che si è chiamati a svolgere sia un elemento decisivo, insieme al pieno rispetto delle norme sulla sicurezza, per rafforzare la cultura della sicurezza nel mondo del lavoro.

Quanto più il dipendente “tesorizza” per sé utili conoscenze tanto più si garantisce contro gli infortuni ma può altresì favorire una positiva ricaduta anche per gli altri lavoratori di tutte quelle conoscenze che potranno sicuramente tornare utili per la loro attività futura.

Dare vita ad una formazione e informazione adeguata su tutti i rischi generici e specifici che sono connessi ad una determinata attività lavorativa, sulle attrezzature di lavoro, significa dare al lavoratore gli strumenti che possono permettere di ridurre gli infortuni sul lavoro.

Significa soprattutto far acquisire al lavoratore piena consapevolezza sui rischi del lavoro e quindi dare vita ad un elemento irrinunciabile per garantire una maggiore sicurezza.

La formazione deve riguardare quindi anche le fasce più deboli degli imprenditori per convincerli sulla consapevolezza dei diritti del dipendente tenuto conto che il T.U. ha esteso anche alle piccole imprese il valore della prevenzione.

Per tali aziende potrebbe essere ad esempio percorribile la strada dei finanziamenti agevolati attraverso i quali permettere l'acquisto di nuovi macchinari più innovativi in tema di sicurezza, ottenere le certificazioni aziendali, fare corsi di formazione. Inoltre tutto ciò richiamerebbe l'attenzione delle imprese sul possibile binomio che chi investe in sicurezza viene premiato mediante la concessione di risorse finanziarie specifiche e tassi agevolati.

Va presa coscienza da parte dell'imprenditore che la sicurezza non deve essere un lusso ma lo standard che deve tener conto delle aspettative dei dipendenti per cui va fatto un salto di qualità culturale che non può che tornare a vantaggio delle imprese.

Sulla formazione dovranno essere attuate e progettate azioni specifiche volte a definire percorsi utili alla crescita e alla professionalizzazione dei lavoratori; potremo parlare della necessità di dare vita ad una responsabilità etica delle imprese nell'adeguamento alle normative sulla sicurezza sia sugli imprenditori che sui lavoratori; dare vita ad una sorta di “*business ethic*”.

Non può tacersi il fatto che l'imprenditore quale destinatario iure proprio della sicurezza è titolare o meglio ancora assume in sé una posizione di garante fissata ai sensi dell'articolo 18 comma 1 lettera f del Testo unico nella materia della prevenzione e della sicurezza ed anche della correttezza dell'agire del lavoratore e deve quindi esercitare un controllo continuo e pressante affinché i lavoratori rispettino le norme sulla sicurezza, evitando che

questi possano sottrarvisi instaurando magari prassi di lavoro non corrette (16) eliminando anche quei comportamenti inusuali e fonti di pericolo.

Il datore di lavoro, infatti, si trova in posizione di garanzia rispetto al dipendente in relazione all'obbligo di assicurare adeguate condizioni di sicurezza e non è sufficiente rispettare le prescrizioni, ma è anche necessario agire in ogni caso con la diligenza, la prudenza e l'accortezza necessarie ad evitare che dall'attività derivi un nocumento a terzi (17).

Proprio il ruolo di "garante" del datore di lavoro fa sì che lo stesso deve esigere dal lavoratore il rispetto delle regole di cautela, svolgendo un controllo continuo e pressante per evitare che il lavoratore ponga in essere prassi di lavoro non corrette e pericolose (18); ciò in quanto la normativa contro gli infortuni mira a salvaguardare l'incolumità del lavoratore anche dai rischi derivanti da sue disattenzioni o sue imprudenze (19) e fermo restando comunque che - a fronte di comportamenti imprudenti e non abnormi - la responsabilità del datore di lavoro non è automatica, ma presuppone sempre l'accertamento della sua colpa.

Ne è riprova il fatto che anche le più recenti sentenze giurisprudenziali non escludono la responsabilità del datore di lavoro neppure nel caso di sussistenza della colpa del lavoratore, fatto salvo il fatto che la condotta dello stesso abbia assunto i caratteri dell'abnormità, interrompendo il quel caso il nesso causale di cui all'articolo 41 comma 2 (20) del Codice penale tra l'evento lesivo e la condotta del datore di lavoro (21).

Solo in presenza di un comportamento del lavoratore che presenti i caratteri della eccezionalità, della abnormità, dell'esorbitanza rispetto al procedimento lavorativo e alle precise direttive organizzative ricevute, che sia del tutto imprevedibile o inopinabile, il datore di lavoro può andare esente da responsabilità.

Occorre cioè un comportamento imprudente del lavoratore, che sia stato posto in essere da quest'ultimo del tutto autonomamente e in un ambito estraneo alle mansioni affidate - e pertanto - al di fuori di ogni prevedibilità per il datore di lavoro o rientri nelle mansioni che gli sono proprie ma sia consistito in qualcosa di radicalmente e ontologicamente lontano dalle ipotizzabili e,

(16) Cass. 23 ottobre 2008, n. 39888.

(17) Il concorso di cause preesistenti o simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione od omissione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità fra l'azione od omissione e l'evento. Le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono state da sole sufficienti a determinare l'evento. In tal caso, se l'azione od omissione precedentemente commessa costituisce per sé un reato, si applica la pena per questo stabilita. Le disposizioni precedenti si applicano anche quando la causa preesistente o simultanea o sopravvenuta consiste nel fatto illecito altrui.

(18) Cass. Pen. Sez. IV, 22 gennaio 2007, n. 10109.

(19) Cass. Pen. Sez. IV, 28 febbraio 2008.

(20) Cass. Pen. Sez. IV, 6 maggio 2009.

(21) Cass. 8.4.2008 n. 22615 e ancora Sez. IV 25.3.2009.

quindi, prevedibili, imprudenti scelte del lavoratore nella esecuzione del lavoro (22).

Pertanto, in ogni caso di ipotesi di infortunio sul lavoro originato dall'assenza o inidoneità delle misure di prevenzione, nessuna efficacia causale per escludere la responsabilità del datore di lavoro può essere attribuita al comportamento del lavoratore infortunato, che abbia dato occasione all'evento, quando questo sia comunque da ricondurre alla mancanza o alla insufficienza di quelle cautele che, se adottate sarebbero valse a neutralizzare proprio il rischio di siffatto comportamento (23).

Non va dimenticato che anche la vigilanza sull'applicazione delle misure disposte dal RSPP e sulla loro osservanza da parte del lavoratore sono a carico del datore di lavoro (24), e anche quando nell'infortunio abbia concorso la colpa del lavoratore, il danno non risarcibile dall'INAIL non deve essere sopportato dall'Inps nel suo intero ammontare. L'imprenditore deve infatti provare l'imputabilità, anche parziale, al lavoratore affinché il concorso di colpa incida sull'ammontare del risarcimento (25).

Né la responsabilità del datore di lavoro viene meno in concorrenza di eventuali profili colposi del fabbricante che ha venduto un macchinario pur provvisto di marchio Ce, se l'imprenditore non ha svolto una attività di informazione mediante istruzioni chiare circa la pericolosità della macchina, unita a tutte le altre misure di prevenzione previste *ex lege* contro gli infortuni (26).

Ciò in quanto le norme in materia di prevenzione del rischio (la cosiddetta *safety management*) degli infortuni sul lavoro sono dirette a tutelare il lavoratore anche contro gli incidenti intrinsecamente connaturati all'esercizio dell'attività svolta, anche se ciò non deve portarci a considerare come assoluta la responsabilità del datore di lavoro altrimenti entrerebbe nel campo di una responsabilità di tipo oggettivo.

Non può infatti sottacersi come l'articolo 41 della Costituzione garantisce la libertà di iniziativa economica privata, precisando tuttavia che essa non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana.

Va tuttavia detto che anche il lavoratore preposto alla prevenzione può essere chiamato a rispondere personalmente degli infortuni subiti dagli altri lavoratori, per non aver ottemperato o fatto ottemperare al rispetto delle norme antinfortunistiche e non può certo costituire un esimente il trincerarsi

(22) Cass. Sez. IV, 13 ottobre 2004, n. 40164.

(23) Cass. Pen. sez. IV, 6 novembre 2006, n. 41951 e Cass. Pen. sez. IV, 18 gennaio 2007, n. 6348.

(24) Cass. Sez. IV, sent. 20.5.2008 n. 27420.

(25) Cass. Sez. Lavoro 4.8.2008 n. 21112.

(26) Cass. Pen. n. 45335 del 5.12. 2008.

dietro un livello di qualifica ritenuto troppo basso, se quest'ultimo è stato adeguatamente formato e quindi sia in possesso delle nozioni adeguate a tale compito (27).

4. *Qualità, sicurezza, legalità.*

Si tratta di una trilogia espressione della necessità di adottare un sistema meritocratico nei confronti delle imprese per garantire una corretta puntuale valutazione dei rischi (il cosiddetto *risk assment*), che costituisce sinonimo di qualità negli interventi, di corretta applicazione delle norme di sicurezza per i lavoratori.

Quando si dà vita ad un sistema intero di totale legalità in tutte le fasi della complessa attività lavorativa si ottiene un altro importante risultato : quello di eliminare quei soggetti che con comportamenti scorretti inquinano il mercato.

Bisogna quindi riconoscere il *know-how* delle singole imprese assumendo atteggiamenti premiali verso quegli imprenditori che attraverso il rispetto dei doveri di sicurezza danno vita ad una attività di produzione connotata da condizioni di legalità.

Occorre che la parte datoriale prenda coscienza che operare in un ambiente di lavoro più sicuro e protetto aumenta il grado di reputazione e di affidabilità dell'intera azienda, ne accresce la qualità della vita lavorativa e di conseguenza il valore intangibile della stessa.

Il compito di un lungimirante imprenditore è infine quello di analizzare e valutare il sistema di gestione interno già esistente ed eventualmente provvedere a un adeguamento del proprio modo di operare per cercare di migliorare e correggere le gestione aziendale, per prevenire ed evitare gli infortuni sul lavoro, assumendo un ruolo di "facilitatore naturale" della comunicazione tra valori aziendali e risorse umane.

Solo in tale modo si può arginare o meglio ancora eliminare il rischio (28) che i lavoratori possono subire nell'esercizio della loro attività lavorativa e garantire la prevenzione dei reati. La prevenzione deve diventare un vero e proprio obiettivo di programma, che deve far parte magari di un codice di comportamento etico che non è solo produrre carta ma serve a stabilire norme da rispettare e fare rispettare per garantire la sicurezza propria e degli altri.

(27) Cass. Pen. n. 29323 del 15 dicembre 2008.

(28) Probabilità di raggiungimento del livello potenziale di danno nelle condizioni di impiego o di esposizione a un determinato fattore o agente oppure alla loro combinazione.

5. Le buone prassi

In tale contesto un passo in avanti importante può essere quindi costituito dalla politica delle buone prassi (29) che vede nel datore di lavoro un soggetto che può *individuare soluzioni organizzative o procedurali per la riduzione dei rischi ed il miglioramento delle condizioni di lavoro. Tutto ciò che può seriamente aiutare a incrementare la sicurezza nei luoghi di lavoro, va apprezzata e sostenuta sia dalla parte datoriale che dei lavoratori.*

E' un passo importante in quanto il costante monitoraggio e l'aggiornamento delle procedure, dei modelli di gestione aziendale consente da un lato di revisionare sempre una procedura lavorativa, atteso che un modus operandi non costituisce un elemento immutabile ed immodificabile ma presenta sempre margini di miglioramento grazie ai mutamenti organizzativi e produttivi o evolutivi che la ricerca determina soprattutto nel campo tecnologico consentendo di raggiungere livelli di eccellenza.

Quali possono essere gli scopi e gli obiettivi delle buone prassi:

- rendere evidente, con esempi pratici, i vantaggi determinati dalle buone prassi in termini di sicurezza e salute a tutti i datori di lavoro, Rls e lavoratori;
- incentivare la massima circolazione di informazioni sulle buone prassi;
- favorire l'acquisizione di una mentalità aperta e collaborativa con la forza lavoro, con conseguente miglioramento e valorizzazione dei rapporti;
- aumentare il convincimento che accrescere la sicurezza migliora l'ambiente di lavoro, la qualità della vita e il senso di appartenenza;
- sostenere lo scambio e la diffusione di informazioni sui modi efficaci di prevenzione e sulle "soluzioni pratiche" adottate tramite Internet, siti Web e altri mezzi di comunicazione;
- accrescere la consapevolezza che la prevenzione dei rischi è interesse di tutti;
- promuovere azioni all'interno delle imprese per agevolare la prevenzione di rischi;
- favorire la crescita di una mentalità premiale verso quelle imprese, che hanno contribuito in modo rilevante e innovativo alla diffusione della cultura della legalità nel mondo del lavoro.

Vi è poi un altro profilo da considerare; il coinvolgimento del rappre-

(29) Nozione buone prassi coerenti con la normativa vigente e con le norme di buona tecnica, adottate volontariamente e finalizzate a promuovere la salute e la sicurezza sui luoghi di lavoro attraverso l'osservanza delle disposizioni e delle istruzioni impartite dall'azienda; l'utilizzo corretto di macchinari; apparecchiature e utensili; l'utilizzo appropriato dei dispositivi di protezione; la segnalazione immediata al datore di lavoro di deficienze dei mezzi e dispositivi; il non rimuovere o modificare senza autorizzazione i dispositivi di sicurezza o di segnalazione o di controllo; non compiere di propria iniziativa operazioni o manovre pericolose e fuori dalle sue mansioni; sottoporsi ai controlli sanitari previsti.

sentante dei lavoratori è importante per l'esperienza acquisita nel processo produttivo e quindi può meglio di ogni altro individuare eventuali criticità e suggerire proposte migliorative; può quindi assumere un ruolo di "stakeholders", in quanto primo soggetto interessato sotto vari profili che la sicurezza sia una priorità di una organizzazione economica sia - come già detto - per il contributo che può portare in termini di esperienza, stimolando da parte del datore di lavoro l'adozione tutte quelle modifiche che sia il progresso che la tecnica ogni giorno ci pone davanti.

Ma vi è un altro aspetto delle buone prassi e dei comportamenti virtuosi che non può essere trascurato ed è la ricaduta positiva che l'individuazione di una procedura ottimale può avere per le imprese proprio perché produce un miglioramento della qualità dei processi in tema di sicurezza e permette la possibilità di una sua diffusione a tutte le attività similari facendo sì che i miglioramenti ottenuti in tema di sicurezza siano acquisiti a costo zero da numerose altre imprese.

Tutto ciò serve a sancire e ricondurre l'ambiente di lavoro al rispetto dei canoni della sicurezza garantendo forme di dialogo e di collaborazione tra i diversi ruoli quello datoriale e quello dei rappresentanti del lavoratore che devono essere entrambi impegnati nella difficile battaglia civile per elevare il valore della sicurezza.

6. Conclusioni

I gravi e ripetuti incidenti sul lavoro richiedono che venga sempre più accresciuto il livello della sicurezza per il prestatore di lavoro attraverso una maggiore attenzione alla cultura della "safety" in azienda, mediante una mirata sorveglianza sul sistema, una metodica attività di vigilanza, una costante informazione e formazione del personale, una attenta definizione delle procedure, un'efficace comunicazione, un monitoraggio delle procedure e un pieno coinvolgimento dell'intera organizzazione aziendale.

Partendo dal presupposto che nell'impresa operano delle persone, fondamentale è anche un maggiore coinvolgimento dei rappresentanti dei lavoratori che sono i primi portatori di interessi e titolari di legittime aspettative affinché gli obiettivi di un'azienda siano raggiunti rispettando le esigenze di sicurezza.

Occorre poi che il datore di lavoro preveda che ogni lavoratore riceva una formazione sufficiente ed adeguata sulla sicurezza lavoro, che sia data rilevanza alla formazione, all'informazione professionale e all'addestramento dei lavoratori che devono essere garantite attraverso l'apprendimento di competenze specifiche (la cosiddetta *safety education and training*).

Formare, informare ed addestrare le maestranze significa conseguire vantaggi sul piano della operatività concreta dei lavoratori che possono ottenere

una formazione quanto mai utile per evitare i rischi e porre in essere comportamenti più improntati alla consapevolezza, alla conoscenza e alla padronanza e finalizzati a evitare incidenti sul lavoro.

E' un processo complesso, ma se pienamente realizzato potrà portare ad una gestione realmente etica dell'attività d'impresa, consentendo di dare vita ad un nuovo e proficuo rapporto fiduciario con i prestatori d'opera.

L'abuso del diritto spazia dalla proprietà al voto assembleare attraverso la violazione del principio di buona fede

di Andrea Scalzo*

Spesso nel linguaggio comune utilizziamo il concetto di abuso (dal latino *ab uti*, nel significato di usare male) per indicare un uso distorto, illecito, eccessivo di qualche cosa: di un potere, di un'attività, di una facoltà persino di un diritto. Ma, sotto quest'ultimo aspetto, parlare di "abuso del diritto" sembrerebbe quasi una contraddizione in *terminis* dal momento che in via generale un dato comportamento, purchè formalmente corrispondente al contenuto di un diritto non può risultare abusivo e, perciò illegittimo (in ossequio al brocardo latino "*qui suo iure utitur neminem laedit*" - *(Chi esercita un proprio diritto non danneggia alcuno)*) (1). Infatti, coloro i quali negano l'elaborazione di un siffatto principio insistono proprio sulla incompatibilità delle due espressioni "abuso" e "diritto": se il diritto soggettivo è espressione di libertà, il suo esercizio deve essere garantito al titolare qualunque sia lo scopo che questi persegua (2). In realtà, l'ordinamento qualificando come lecito il compimento di un diritto, attribuisce al soggetto la libertà di farlo in essere ma in **uno spazio di libertà e non di arbitrio** (3), con la conseguenza che comportamenti

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

(1) In realtà, sin dall'epoca romana il diritto del singolo di godere e disporre delle sue cose, ha conosciuto limiti ben precisi, imposti in primo luogo dall'interesse pubblico oltre che dalle esigenze sociali: si pensi, ad esempio, alla figura arcaica dell'*iter limitare*, obbligo imposto a ciascun proprietario di lasciare libero dalle colture e da ogni forma di utilizzazione permanente uno spazio di due piedi e mezzo lungo il confine del suo fondo, antecedente storico della normativa sulle distanze legali. Ancora, le Istituzioni di Giustiniano ammonivano: conviene allo Stato che nessuno abusi delle proprie cose (*expedit enim rei publicae, ne quis re sua male utatur*). Al proposito riferivano come una costituzione di Antonino Pio avesse dato ai presidi delle provincie il potere di intervenire nel caso in cui il proprietario del fondo seviziasse senza ragione i propri schiavi, oggetti, come noto, di sua proprietà. Inoltre in altra autorevole fonte (*Paulus libro XLIX ad Edictum*, in D. 39.3.2.9) si riporta il caso del proprietario del fondo che diverta il corso delle acque di un torrente impedendone il deflusso nel fondo vicino. Riferendo l'opinione di Labeone, Paolo concorda nell'escludere che contro il proprietario sia esperibile l'*actio aquae pluviae arcendae*, essendo l'azione volta ad impedire unicamente le manipolazioni che accrescano il deflusso dell'acqua. L'Autore significativamente aggiunge: "sempréché il proprietario abbia agito per evitare a sé un danno, non per nuocerti".

(2) Cfr. per tutti, F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 1989, Napoli, 76 ss; ROTONDI, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. Civ.*, 1923, 105 ss; CANDIAN, *Nozioni istituzionali del diritto privato*, Milano, 1949, 28; V. SCIALOJA, *Degli atti di emulazione nell'esercizio dei diritti*, in *Foro it.*, 1878, I, 481 ss.

(3) Cfr., G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. Dir. pubbl.*, 1949, I, 259, nota 41 secondo cui "il diritto soggettivo ha ad oggetto "un comportamento futuro, che è già individuato e che, nello Stato moderno, è sempre limitato dalla norma".

arbitrari e, dunque, abusivi cessano di essere esercizio del diritto (4). Infatti, lo spirito della nostra Costituzione e la moderna coscienza sociale impongono un richiamo costante al preminente valore della “*solidarietà*” che, inevitabilmente attenua la concezione del diritto soggettivo quale “mera espressione di libertà” per attribuire sempre maggiore rilievo ai limiti che il singolo è tenuto ad osservare nell’esercizio, potenzialmente pieno ed assoluto, del diritto medesimo dal momento che “laddove inizia l’abuso lì finisce il diritto” (5). Tuttavia, manca nel nostro ordinamento una disposizione che, in via generale, consacrì l’abuso del diritto (“*abus du droit*”, “*Rechtsmissbrauch*”, “*abuse of rights*”, “*abuso del derecho*”) stabilendo dei criteri per rilevarlo; il progetto preliminare del codice civile aveva predisposto (6), sul modello di quello svizzero (7), una norma di carattere generale anche se la formula non fu riprodotta nel testo finale in quanto fu giudicata tale da compromettere la certezza del diritto (attesa la grande latitudine di potere che essa avrebbe attribuito al giudice). La scelta del nostro codice è stata quella di utilizzare l’abuso come *ratio* giustificatrice di singole norme (8): ad esempio l’art. 833 cod. civ. disciplina il divieto degli atti emulativi (“*il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri*”) al fine di reprimere l’abuso nell’ambito della proprietà (9), o ancora l’art. 330 cod. civ. prevede una decadenza del genitore in caso di abusi di questa o ancora nella materie delle obbligazioni e dei contratti assumono rilievo i limiti derivanti dalla clausola della buona fede (artt. 1175 e 1375 cod. civ.). Infatti, il di-

(4) Cfr., P. RESCIGNO, *L’abuso del diritto*, in *Riv. dir. Civ.*, 1965, I, 205. L’Autore individua l’abuso secondo due ordini di ideologie: quella cattolica e quella socialista. Secondo la visione cattolica l’abuso del diritto si ritrova in quell’atto moralmente riprovevole che lede la coscienza, il foro interno dell’individuo; viceversa, secondo il secondo punto di vista “socialista” abusivo è considerato quell’esercizio che non trova il consenso nella comunità sociale, destinatario della funzione stessa del diritto.

(5) Cfr., M. PLANOIL, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1939, 269 “*le droit cesse où l’abus commense*”.

(6) Art 7: “*Nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il diritto medesimo gli è stato riconosciuto*”. Sul dibattito circa l’opportunità di codificare il principio dell’abuso del diritto nella codificazione del 1942 v. GIORGIANNI, *L’abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963, 5 ss.

(7) Infatti, il modello tedesco reca, infatti, la regola, frutto di generalizzazione dell’antico divieto di atti di emulazione, secondo la quale “*l’esercizio del diritto è inammissibile se può avere il solo scopo di provocare danno ad altri*”; l’art. 2 del codice civile svizzero ha adottato la più ampia formulazione secondo la quale “*il manifesto abuso del proprio diritto non è protetto dalla legge*”.

(8) Occorre rilevare come il termine “abuso” ricorre spesso nel linguaggio del codice civile: si vedano l’art. 10 (“*Abuso dell’immagine altrui*”), l’art. 1015 c.c. (“*Abusi dell’usufruttuario*”), l’art. 2793 c.c. (“*Se il creditore abusa della cosa data in pegno, il costituente può domandare sequestro*”; ma questa disposizione va letta congiuntamente a quella dell’art. 2792 c.c., che vieta al creditore l’uso della cosa, e quindi l’abuso è la violazione di una regola espressa);

(9) Cfr., COMPORTE, *Ideologia e norma nel diritto di proprietà*, in *Riv. dir. Civ.*, 1984, I, 309: “la teoria dell’abuso del diritto si pose in contrasto con gli enunciati del pensiero liberale classico e manifestò la crisi della concezione meramente individualistica della proprietà”.

ritto di proprietà è stato spesso inteso quale diritto volto alla realizzazione di qualunque interesse egoistico del proprietario (*ius utendi et abutendi*), anzi, è stato ampiamente sostenuto al riguardo come “*il proprietario si differenzi dai titolari di altri diritti reali proprio in quanto può fare tutto ciò che l’ordinamento non vieta, rispetto ai secondi i quali possono fare solo ciò che l’ordinamento permette*” (10). Questa ricostruzione appare nettamente in contrasto con quella che la Costituzione indica come la “*funzione sociale della proprietà*” con la conseguenza di poter qualificare come abusivi (e dunque illeciti) atti che non realizzano alcun interesse del titolare ma un interesse, appunto, “diverso”. Ma, le stesse preoccupazioni che, durante i lavori di preparazione del codice, avevano sconsigliato di recepire l’abuso come categoria generale per il timore che essa potesse attentare alla certezza del diritto, hanno condotto verso interpretazioni restrittive dell’art. 833 cod. civ., riducendo nel contempo l’ambito di azione. Infatti, è costante l’indirizzo secondo cui, perché un atto possa considerarsi emulativo (*id est*, abusivo), occorra la coesistenza di due elementi: il primo di carattere soggettivo, consistente nell’*animus nocendi o aemulandi*, ossia nell’intenzione del proprietario di arrecare pregiudizio o molestia ad altri, con relativo onere probatorio a carico del danneggiato; l’altro elemento, di carattere oggettivo, consistente nella totale assenza di utilità che derivi al proprietario dall’atto compiuto (11). Tuttavia, tale ricostruzione (costantemente seguita a livello giurisprudenziale) è stata ampiamente criticata in dottrina, in quanto finirebbe sostanzialmente nel vanificare e annullare l’ambito di applicazione della norma, nonché la possibilità, da esso consentita, di reprimere abusi del proprietario. Basti pensare alla difficoltà di fornire la prova dell’*animus nocendi* (il cui onere è a carico dell’attore), senza trascurare la circostanza che, anche la minima utilità, o meglio un vantaggio utile o capriccioso, avrebbe salvato l’atto dal divieto in questione. Così, onde evitare i risultati aberranti fatti propri dalla giurisprudenza, si è tentato di rivalutare in chiave ampliativa, i presupposti applicativi dell’art. 833 cod. civ. (12) cercando di neutralizzare l’elemento psicologico dell’intenzione di cagionare danno o molestia e spiando la strada a criteri “oggettivi” di valutazione della condotta abusiva (13). Infatti, l’art. 833 c.c., nel suo tenore letterale, non attribuisce rilevanza alcuna all’*animus nocendi*, in quanto lo “scopo” di cui al presente articolo, indicherebbe semplicemente la finalità oggettivamente perseguita dall’atto (14), con

(10) Cfr., V. SCIALOJA, *Procedura civile romana. Esercizio e difesa dei diritti. Lezioni*, Roma, 1894, 21.

(11) Cfr., Cass. 9.10.98, n. 9998.

(12) Si veda, in particolare, S. PATTI, (voce) *Abuso del diritto*, in *Digesto disc. priv.*, 6 ss.

(13) Così, quanto all’elemento oggettivo, viene ravvisato nella sproporzione tra il sacrificio del destinatario degli effetti dell’atto e l’utilità anche oggettivamente apprezzabile del *dominus*.

(14) Cfr., PERLINGERI, *Introduzione alla problematica della “proprietà”*, Milano, 1970, 199 ss; MAZZONI, *Atti emulativi, utilità sociale e abuso del diritto*, in *Riv. dir. Civ.*, 1969, II, 606.

la conseguenza di poter valutare emulativi atti non giustificati da alcun interesse del proprietario e dunque inutili (15). Dunque, possiamo qualificare “**emulativo**” l’atto astrattamente rientrante nell’ambito delle prerogative del *dominus*, ma che in concreto, in relazione alle modalità e alle circostanze del suo esercizio, risulta estraneo al contenuto del diritto perché non riconducibile all’interesse ad esso sotteso. La qualificazione di una condotta come abusiva non esprime un giudizio valutativo condotto attraverso il riferimento ad un valore (etico, morale, etc.) ma un giudizio meramente logico di conformità della condotta stessa all’interesse sotteso all’iscrizione del diritto (16). Ad esempio l’art. 1127 cod. civ. dopo aver riconosciuto al proprietario dell’ultimo piano di un edificio il diritto di elevare una nuova costruzione su di esso, attribuisce ai condomini la facoltà di opporvisi “*solo se questa pregiudica l’aspetto architettonico dell’edificio ovvero diminuisce notevolmente l’aria o la luce dei piani sottostanti*”. E’ chiaro come la facoltà dei condomini di opporsi alla sopraelevazione è vincolata alla tutela di interessi specifici il cui ricorrere deve essere accertato in concreto al fine di rilevare, ove risulti uno sviamento dell’interesse tutelato, un’ipotesi di abuso. Ancora, nella diversa materia delle obbligazioni è significativo il dettato dell’art. 1180 cod. civ. “*il creditore può opporsi all’adempimento del terzo solo se ha interesse a che il debitore esegua personalmente la sua prestazione*”; è evidente che questa disposizione non intende consegnare al creditore un potere arbitrario di rifiutare la prestazione del terzo, ma l’interesse a che il debitore esegua personalmente la prestazione cui allude la disposizione deve essere inteso in senso oggettivo ossia l’esercizio della facoltà di opporsi all’adempimento del terzo deve essere vagliato individuando quale interesse venga dedotto dal creditore ed un eventuale sviamento dell’interesse tutelato evidenzierà una fattispecie di abuso. Quanto detto ci permette di porre in rilievo come fenomeni “abusivi” siano rinvenibili nell’esercizio di qualsiasi diritto e, dunque, anche in ambito contrattuale, rinvenendo nello sviamento dell’interesse e nella violazione della buona fede le due gambe che sorreggono e fondano la categoria dell’abuso del diritto (17). Ad esempio, una situazione tipicamente abusiva è configurabile nell’ambito della disciplina della condizione, come elemento accidentale del contratto. Nella fase di pendenza, l’art. 1358 c.c. richiede ai titolari dei diritti condizionati un comportamento impron-

(15) Altro temperamento operato dalla giurisprudenza ritiene sufficiente per l’integrazione dell’elemento costitutivo dell’*animus nocendi* la mera consapevolezza del danno recato, operando dunque una scissione all’interno del dolo, tra volontà e rappresentazione. Cfr. Cass. civ., sez. II, 9 ottobre 1998, n. 999, in *Giust. civ. Mass.* 1998, 2046.

(16) Cfr., C. SALVI, *Abuso del diritto. I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, 132.

(17) Cfr., U. NATOLI, *Note preliminari a una teoria dell’abuso del diritto nell’ordinamento giuridico italiano*, op cit., 26 ss; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Dir. Civ. comm. Cicu-Messineo*, III, 1, Milano, 2002; D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, in *Enc. Dir. Agg.*, II, Milano, 1998, 8 ss; G. CAT-TENEO, *Buona fede e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. Proc. civ.*, 1971, 634.

tato a buona fede per conservare integre le ragioni della controparte. Ebbene, anche nella condizione, le parti dovranno esercitare il loro diritto rispettando dei limiti interni; il loro mancato rispetto determina una lesione delle situazioni giuridiche altrui con il relativo abuso, pur restandosi formalmente nell'ambito del diritto esercitato. A tutela della parte che subisce, nella fase di pendenza, l'esercizio abusivo del diritto, il legislatore prevede una tutela reale riconoscendo la finzione di avveramento della condizione non verificatasi per causa imputabile alla controparte *ex art. 1359 c.c.*. Dunque, attraverso il principio della buona fede, il giudice può effettuare un controllo ulteriore, oltre che diverso rispetto alla sua classica valutazione, individuando una soluzione, non fornita in modo espresso dal diritto scritto, in grado di correggere e porre nel nulla gli effetti di condotte abusive (18). Infatti, intesa la buona fede come oggetto di un obbligo che entra nel contratto integrandone il contenuto - specificandosi nel dovere (negativo) di non abusare della propria posizione al fine di non aggravare ingiustificatamente la condizione della controparte, nonché, nel dovere (positivo) di attivarsi per salvaguardare l'utilità della controparte nei limiti in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio delle proprie ragioni - si è visto nella violazione della buona fede un indice sintomatico di abuso del diritto, sanzionato nelle forme tipiche della responsabilità contrattuale o, talora, attraverso rimedi che potremmo definire di 'esecuzione in forma specifica. Tuttavia, qualificando l'abuso quale sviamento d'interesse sotteso all'ascrizione del diritto, sorgono delle difficoltà nella individuazione delle ipotesi in cui si concretizzi un siffatto sviamento specie in tutte quelle situazioni in cui più semplicemente si verificano ipotesi di semplice "approfittamento", ossia situazioni contingenti che pongono una parte, in punto di fatto, in una posizione di maggiore forza contrattuale, e le consente di imporre all'altro contraente condizioni più gravose (19). Ad esempio, nell'art. 9 L. 18 giugno 1998 n. 192 che, nel disciplinare la *sub* fornitura nelle attività produttive, sanziona con la nullità l'accordo che realizza un eventuale abuso di dipendenza economica; l'art. 7 del D.Lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, che stabilisce, in materia di ritardi dei pagamenti nelle transazioni commerciali, la nullità dell'accordo gravemente iniquo in danno del creditore; ancora la L. 6 maggio 2004, n. 129, che disciplina il *franchising*, predisponendo un apparato protettivo a tutela dell'affiliato quale contraente debole. Anche in ambito societario, specie nelle società di capitali, sono spesso ravvisabili comportamenti abusivi: infatti, l'art. 2247 c.c. qualifica la società quale "contratto", in esecuzione del

(18) Cass., 11 febbraio 1980, n. 960, in *Giust. Civ.*, 1980, I, 1947, con nota di VIRGILIO.

(19) Cfr., F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. Civ.*, 2005, I, 663 ss; F.D. BUSNELLI - E. NAVARETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Diritto privato*, 1997, Padova, 171-174; G. VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. Priv.*, 2005, 743 ss; G. D'AMICO, "Regole di validità" e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996, 337 ss.

quale le parti dovranno, come sopra evidenziato, necessariamente comportarsi secondo correttezza e buona fede. Basti pensare a tutti quei comportamenti posti in essere dalla maggioranza dei soci (specie nell'ambito delle società capitalistiche) (20) al solo scopo di arrecare danno "spingendo fuori" dalla compagine sociale alcuni soci (si pensi ad una delibera un aumento di capitale adottata al solo scopo di liberarsi di una scomoda minoranza, sapendo che questa non sarà in grado di sottoscrivere le azioni di nuova emissione, o ancora una deliberazione assembleare con cui i soci di maggioranza convengono di non distribuire utili puntando all'autofinanziamento). La dottrina è incerta sulla identificazione dello specifico vizio dal quale è in tal caso affetta la deliberazione. Mentre in passato la giurisprudenza aveva spesso fatto ricorso analogico alla figura dell'eccesso di potere, attinta dal diritto amministrativo, ora, invece, più correttamente ci si esprime in termini di violazione della buona fede (21): esercitando il diritto di voto, il socio dà esecuzione al contratto di società configurando l'abuso quale violazione del principio di buona fede (art. 1375 c.c.) (22). Infatti, tutti i contratti devono essere eseguiti secondo buona fede: essendo la società un contratto, i soci votando in assemblea, danno ad esso esecuzione, e dunque l'espressione del voto non può essere non soggetta al canone di cui all'art. 1375 c.c. Altre volte si è parlato di invalidità per illiceità del motivo (art. 1345 c.c.) (23). Ad ogni modo, a prescindere da queste ricostruzioni dottrinali, la conseguenza che ne deriva è sempre la stessa ossia la deliberazione assembleare è annullabile a norma dell'art. 2377 c.c. Infatti, sono impugnabili *ex art 2377 cod. civ.*, le delibere che non sono prese in conformità della legge o dell'atto costitutivo anche se, resta ad ogni modo escluso ogni sindacato di merito sulla convenienza o sulla opportunità della deliberazione (24). Il giudice può semplicemente annullare una deliberazione la quale

(20) Nell'ambito delle società di persone ciascun socio ha, a norma dell'art. 2262 c.c. un preciso diritto alla divisione annuale degli utili, ed un diritto alla loro integrale divisione "dopo l'approvazione del rendiconto" salvo patto contrario.

(21) Cass. 26 ottobre 1995, n. 11151 con la quale la Suprema Corte si è pronunciata per l'annullabilità della deliberazione assembleare di società di capitali ispirata da un interesse extrasociale della maggioranza. La sentenza muove dalla premessa che, con l'esercizio del voto, il socio dà esecuzione al contratto di società, sicché il diritto di voto deve, a norma dell'art. 1375, essere esercitato secondo buona fede. Dunque, in questa sentenza il canone della buona fede è utilizzato come criterio di valutazione dell'esercizio del diritto, atto a distinguere fra uso ed abuso del proprio diritto.

(22) Cfr., PREITE, *L'abuso della regola di maggioranza*, Milano, 1993, 222.

(23) Cfr., MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi nelle deliberazioni di assemblea delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1956, 460 ss.

(24) Cass., 26 ottobre 1995, n. 11151; Cass., 30 ottobre 1970 n. 2263, in *Riv. dir. Comm.*, 1970, II, 398; Cass., 4 marzo 1963, n. 511, in *Foro it.*, 1963, I, 684. Il principio è costantemente formulato in questi termini: il giudice "deve circoscrivere l'indagine entro i limiti del controllo di legittimità, essendogli precluso ogni penetrante esame di merito, come lo stabilire se un atto deliberato sia o meno indispensabile oppure se il medesimo risultato non possa conseguirsi con altro mezzo tecnico diverso da quello prescelto".

non appaia in nessun modo riferibile alle esigenze sociali facendo leva proprio sull'abuso commesso dalla maggioranza la quale, utilizzando la posizione di potere della quale gode, ha di fatto conseguito vantaggi esclusivamente ad essa riferibili. Trattasi di un sindacato di legittimità e non di merito: dunque, si discute non della convenienza del provvedimento deliberato, ma della mancanza assoluta dei suoi presupposti e, soprattutto, dell'essersi l'assemblea servita di esso per scopo estranei alla sua funzione. Assunto il dovere di buona fede *ex artt.* 1175 e 1375 c.c. come integrativo del contenuto stesso del contratto, la violazione di esso concreta un inadempimento contrattuale, con conseguente applicazione dei rimedi legislativamente previsti per reagire a quest'ultimo (quindi, oltre che 1218 c.c., anche 1453 o 1460 c.c.). Finora dell'abuso del voto si è parlato con riferimento al solo voto positivo che concorre a formare la deliberazione che si impugna ma, nulla osta alla impugnazione per violazione della buona fede contrattuale anche del voto negativo, che impedisca l'adozione della deliberazione (si pensi all'abuso perpetrato dal socio detentore del 50% delle azioni che, per esercitare una indebita pressione sull'altro socio o sugli altri soci detentori dell'altro 50%, voti sistematicamente contro l'approvazione del bilancio, limitandosi alla mera espressione del voto negativo, senza lamentare alcuno specifico vizio del bilancio). Dunque, sebbene il legislatore non abbia positivizzato il divieto di abuso del diritto (nonostante un tentativo in tal senso fosse stato fatto nel progetto preliminare del codice civile), trattasi questo di un principio valevole in ogni settore del diritto, che si pone "al di sopra" degli istituti fungendo da "sovrastruttura aggiuntiva rispetto alla disciplina positiva" (25). Infatti, il principio del divieto di abuso del diritto ha effettivamente un contenuto precettivo eccedente rispetto alla mera somma dei singoli istituti "costitutivi", e tale eccedenza consiste in un potere di etero - integrazione del diritto. Che il divieto dell'abuso riesca ad eliminare ogni forma d'immoralità o di arbitrio nei rapporti giuridici privati è, ad ogni modo, una illusione che nemmeno i primi commentatori della formulano nutrono; è un'illusione che il divieto in questione sia sufficiente a moralizzare il diritto. Tuttavia la formula può servire, e si è rilevata uno strumento duttile e prezioso, almeno là dove arbitrio, anormalità ed offesa al comune sentimento siano un fenomeno non più individuale ma di un intero gruppo. E' significativo che lo stesso pensiero giuridico inglese, così restio a sondare la malizia del singolo, ritenga senz'altro possibile l'indagine quando si tratti di *conspiracy*, di combinazione di forza che si avvalgono di una libertà a danno di altri (26).

(25) Così C. SALVI, *Abuso del diritto. I) Diritto civile*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. I, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 1988; in quest'ordine di idee, v. già A. SCIALOJA, *Il «non uso» è «abuso» del diritto soggettivo?*, in «*Foro italiano*», 1961, I, cc. 256-258.

(26) Cfr., R. O'SULLIVAN, *Abuse of rights*, Oxford, 1963, 71.

Finito di stampare nel mese di ottobre 2009
Servizi Tipografici Carlo Colombo s.r.l.
Via Roberto Malatesta n. 296 - Roma